

SU501-15

Sentencia SU501/15

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Caso en que accionante presentó excusa para no tomar posesión en el cargo porque su compañera permanente sería nombrada Secretaria de Gobierno de la Alcaldía Distrital

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-En casos de interpretación irrazonable

Esta Corte ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis: i. cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que ésta no tiene (contraevidente), es decir, deriva interpretativamente una norma jurídica que no se desprende del marco normativo que ofrece la disposición aplicable al caso, vulnerando de esta manera el principio de legalidad. En otras palabras, se trata de una hipótesis en la cual se arriba a una norma jurídica cuya adscripción a la disposición de la que se pretende su derivación no es posible por contrariar los principios básicos de la lógica y las reglas de la experiencia o, ii. Cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad (ii.1) contraviene postulados de rango constitucional o (ii.2) conduce a resultados desproporcionados.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores. Sin embargo, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad y la autonomía judicial, los falladores pueden apartarse del precedente aplicable si en sus providencias hacen una referencia expresa a este y explican las razones con base en las cuales se justifica el cambio de jurisprudencia. Finalmente, en el caso del precedente vertical, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. Y en caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, se produce una violación a los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

PERDIDA DE INVESTIDURA-Fundamentos constitucionales/PERDIDA DE INVESTIDURA-

Concepto

Es posible afirmar que dentro de las diversas funciones que cumple la institución de la pérdida de la investidura, la jurisprudencia constitucional ha destacado que: de una parte, es la herramienta mediante la cual el constituyente buscó asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los representantes elegidos popularmente. Pero de otra, al tratarse de un derecho político de todo ciudadano, la pérdida de investidura constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa, que permite a los ciudadanos ejercer directamente un control sobre sus representantes por causales precisas de rango constitucional, y desarrolladas mediante la ley, encaminadas a preservar la integridad de la función de representación política.

PERDIDA DE INVESTIDURA-Naturaleza y alcance

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Causal por incumplimiento del deber de posesión en el cargo

Sobre la causal 3ª, relativa a la pérdida de la investidura por la no posesión oportuna en el cargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que este tipo de previsiones hacen referencia al compromiso que adquiere el representante con sus electores y con la institución, razón por la que debe posesionarse cuando se instala la corporación de la que hará parte. Lo anterior, debido a que la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha explicado la necesidad de distinguir entre el momento en el que se adquiere la investidura y el momento en el que inicia el ejercicio de las funciones del cargo. La investidura se adquiere como consecuencia del resultado del escrutinio general y con base en el cual las autoridades competentes hacen la declaratoria de elección y expiden las credenciales correspondientes. Por su parte, el desempeño de las funciones públicas asignadas, implica la toma previa de la posesión en el cargo, mediante el juramento en los términos que señala la ley. Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado respecto a la mencionada causal, que el representante popular debe exponer las razones que le impidieron cumplir con su obligación constitucional con los electores, las cuales deben corresponder a situaciones de fuerza mayor. Lo anterior, por cuanto no basta con expresar “la simple dificultad que pueda tener (...) el llamado para tomar posesión del cargo legislativo en un momento dado”, por lo tanto, deben exponerse razones que lleven a concluir que existió fuerza mayor. Y en tal caso, la Mesa Directiva de la corporación debe evaluar la excusa y aceptarla, pues en caso de que no se configure una causal de fuerza mayor, debe rechazarla y comunicar tal decisión para la posesión. De esta manera, la acreditación de esta causal requiere la comprobación de la falta de posesión del representante popular dentro del plazo indicado, y que ello no hubiere ocurrido por una situación de fuerza mayor.

FUERZA MAYOR-Como eximente de responsabilidad

La fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, está señalada en el artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1º de la ley 95 de 1890) el cual dispone que: “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por

un funcionario público. etc.". Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea irresistible; (ii) que sea imprevisible y (iii) que sea externo respecto del obligado.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Improcedencia por no existir sustantivo en la interpretación del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, la excusa del actor no constituía fuerza mayor para la posesión en el cargo de Concejal

Es errada la interpretación que plantea la demanda respecto a la situación del accionante. Contrario a lo afirmado, al momento de posesionarse en el cargo éste no se encontraba en ninguna situación de inhabilidad e incompatibilidad y, por tanto, tampoco se encontraba frente a alguna situación de fuerza mayor pues no se enfrentaba a ninguna situación irresistible, imprevisible o externa al cumplimiento de sus obligaciones, comoquiera que su compañera permanente no hacía parte de la administración distrital para el momento en el que adquirió su investidura, e incluso, ni siquiera para el momento en el que debía iniciar el ejercicio de sus funciones.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Improcedencia por no existir violación directa de la Constitución en relación con los derechos a la igualdad, la autodeterminación de la mujer y el derecho a desempeñar cargos públicos

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la autodeterminación de la mujer y el acceso a cargos públicos, la Sala no puede admitir el argumento del actor según el cual, la decisión adoptada por el Concejo de Estado implicaría que su compañera permanente estaba sujeta para la aceptación de su cargo en la administración distrital al deseo de su compañero. En este caso lo que realmente se necesitaba aclarar era que la obligación de tomar posesión por parte del accionante, era una circunstancia jurídica anterior a la designación de la compañera permanente, que la inhabilitaba (art. 292 C.N. y art. 49 L. 617 de 2000), razón por la que no constituía una situación de fuerza mayor. Dicha circunstancia en manera alguna constituye una situación de discriminación en razón del género y de su condición de mujer de la señora López Obregón. Para explicar que ello no es así, bastaría con intercambiar los roles de género para demostrar que, independientemente de su condición de hombre o mujer, la situación se ceñía a establecer que la elegida o el elegido como Concejal debía tomar posesión del cargo porque había sido electa con anterioridad, y que quien no podía, posteriormente, ser nombrado en la administración distrital (igualmente, hombre o mujer) era su compañero o compañera porque estaba inhabilitado para hacerlo por expresa prohibición constitucional (art. 292 C.N. y 48 de la ley 617 de 2000).

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Improcedencia por no existir desconocimiento del precedente judicial

La Sala encuentra que no se acreditó que la decisión de pérdida de investidura se hubiese producido con violación del precedente, como quiera que las decisiones invocadas por el accionante se produjeron frente a situaciones fácticas distintas a las que son objeto del presente examen. La sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado indicada por el

accionante no constituía un precedente aplicable al caso concreto porque se estudiaba la excusa para no posesionarse presentada por un llamado varios meses después de haberse elegido, no la de un elegido cuya vocación de posesión es más certera, tal como en el caso del ahora actor. Por consiguiente, no se encuentra que la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado haya incurrido en la causal específica de procedibilidad por desconocimiento del precedente judicial. De esta manera, al encontrar que en la providencia judicial que se demandó mediante la acción de tutela que se examinó, no se configuraron ninguno de los cargos formulados por el demandante, se confirmarán las decisiones de instancia, pero por las razones expuestas en la presente sentencia.

Referencia: expediente T-3.756.821

Acción de tutela presentada por Carlos Arturo Romero Jiménez contra la Sección Primera del Consejo de Estado.

Magistrada Ponente (e):

MYRIAM AVILA ROLDÁN

Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa –quien la preside–, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia proferida en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al resolver la impugnación presentada contra el fallo de la Sección Segunda –Subsección B– de la misma Corporación, dentro de la acción de tutela promovida, mediante apoderado, por Carlos Arturo Romero Jiménez contra la Sección Primera del Consejo de Estado.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, por remisión de la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2° de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Posteriormente, la Sala de Selección N° 3 escogió el fallo para revisión mediante auto del 12 de marzo de 2013.

En sesión del 17 de abril de 2013, la Sala Plena de esta Corporación decidió asumir el conocimiento del presente asunto, con fundamento en el artículo 54A del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

Posteriormente, en cumplimiento de lo ordenado en auto del 12 de agosto de 2015, el expediente de tutela fue remitido al despacho de la magistrada (e) Myriam Ávila Roldán, en razón a que la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió no acoger el proyecto de fallo inicialmente presentado por la magistrada Gloria Ortiz Delgado, en el caso de la

referencia.[1]

El 13 de abril de 2012, el ciudadano Carlos Romero Jiménez interpuso acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso efectivo a la administración de justicia y a la participación en política, los cuales estima vulnerados con la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado que lo sancionó con pérdida de investidura, por no posesionarse en el cargo de concejal del Distrito de Bogotá.

La acción de tutela sostiene que la decisión impugnada incurrió en defectos sustantivo y fáctico, desconoció el precedente y violó la Constitución, porque, a pesar de que el accionante expuso que estaba imposibilitado para ocupar el cargo de concejal en razón a que su esposa sería nombrada como Secretaria de Gobierno Distrital de Bogotá, el Alto Tribunal consideró que la designación de su pareja no constituía una excusa válida para abstenerse de tomar posesión de su cargo. Por consiguiente, le impuso la sanción de pérdida de su investidura.

1. Hechos

1. En los comicios del 28 de octubre de 2007, el señor Carlos Romero Jiménez fue elegido concejal de Bogotá por el partido Polo Democrático Alternativo, para el período constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

De acuerdo con la constancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la votación efectuada en tal fecha, el partido Polo Democrático Alternativo obtuvo 104.004 votos y el señor Carlos Romero Jiménez alcanzó la tercera votación más alta de su partido, con 13.737 votos.[2]

2. De conformidad con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, los concejales electos deberán tomar posesión de su cargo dentro de los tres días posteriores a la instalación del Concejo, que para el caso del período 2008-2011 del Concejo de Bogotá, ocurrió el 1º de enero de 2008.

3. El 1º de enero de 2008 se llevó a cabo la primera sesión del Concejo de Bogotá para el período 2008-2011, en la que tomaron posesión los concejales electos. Sin embargo, el señor Carlos Romero Jiménez no se presentó y ese mismo día envió una comunicación al Presidente de la Corporación, en la cual expuso lo siguiente:

“[E]n virtud del anuncio del señor Alcalde Mayor de Bogotá, doctor SAMUEL MORENO ROJAS en el acto de posesión esta mañana, de que nombrará como Secretaria de Gobierno a mi esposa, CLARA LÓPEZ OBREGÓN, me veo imposibilitado para asumir el cargo de Concejal de Bogotá, para el cual fui elegido en los pasados comicios electorales, con el fin de evitar inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes.

Solicito a usted, señor Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el régimen electoral, llamar a quien corresponda sucederme para que asuma como concejal de Bogotá.”[3]

4. En la misma sesión, cuando se daba cumplimiento al primer punto del orden del día, que consistía en el llamado a lista y la verificación del quórum, la Secretaria del Concejo dejó

constancia de la comunicación remitida por el señor Romero Jiménez. Una vez leída, el Presidente señaló:

“Muy bien, dejo constancia que como Presidente, recibo la notificación del concejal Carlos Romero, de no tomar posesión, y en consecuencia también dejo constancia que han sido informados todos los concejales en esta Plenaria de dicha situación, por lo tanto señora Secretaria impartió instrucción a usted para que se sirva constatar con el Consejo Nacional Electoral o con la Registraduría o el órgano competente, quien [sic] es el concejal que debe ser llamado a ocupar esta curul y proceda en consecuencia.

La Presidencia entonces, imparte instrucción para que sea llamado el siguiente ciudadano de acuerdo al orden, en sucesión de votos, que le haya correspondido al Partido del Polo Democrático”[4].

5. El 8 de enero de 2008, el recién posesionado alcalde mayor de Bogotá para el período 2008-2012, Samuel Moreno Rojas, en uso de su facultad de libre nombramiento[5], designó a la señora Clara Eugenia López Obregón en el cargo de “Secretario de Despacho Código 020 Grado 09 de la Secretaria de Gobierno”, tal como consta en el Decreto 006 de 2008 firmado por el alcalde mayor.[6]

6. El 21 de enero de 2008, por medio de Resolución No. 01 de 2008, el Presidente del Concejo de Bogotá D.C. dejó constancia de que el señor Carlos Romero Jiménez no tomó posesión en la sesión de instalación del Concejo y que, conforme con el Acta Parcial de Votos expedida por el Consejo Nacional Electoral, quien seguía en orden con mayor votación de los concejales elegidos del partido Polo Democrático Alternativo, era el señor Laureano García Perea. En consecuencia, resolvió:

“(i) Declarar a partir de la fecha la vacancia del cargo de concejal de Bogotá D.C., ante la no posesión del doctor CARLOS ARTURO ROMERO JIMÉNEZ por lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.

(ii) Llamar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de expedición de la presente resolución para que tome posesión del cargo de Concejal de Bogotá D.C., al señor LAUREANO ALEXI GARCÍA PEREA (...).”[7]

7. El 30 de septiembre de 2010, el señor Carlos Romero, a través de apoderado, solicitó al Presidente del Concejo de Bogotá ser llamado a tomar posesión del cargo de concejal. Argumentó que al inicio del período, no se posesionó porque su esposa iba a ser nombrada secretaria de gobierno y, en efecto, durante varios años ejerció como tal. Sin embargo, manifestó que la señora Clara López dejó de trabajar en la Alcaldía de Bogotá. En consecuencia, estimó que bajo esa nueva circunstancia debía ser requerido para tomar posesión del cargo de concejal, pues él nunca renunció.

2. De la demanda de pérdida de investidura

El 4 de febrero de 2011, el ciudadano Mauricio Alberto Pérez Ruiz presentó acción de pérdida de investidura contra el señor Carlos Arturo Romero Jiménez, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El demandante consideró que el señor Romero no tomó

posesión de su cargo de concejal dentro de los tres días siguientes a la fecha de la instalación del Concejo de Bogotá para el período 2008-2011, y de acuerdo con la Ley 617 de 2000, esta situación es causal de pérdida de investidura. Advirtió que la norma sólo permite eximir de la sanción a quien no toma posesión de su cargo por un evento de fuerza mayor. Sin embargo, considera que en el caso del señor Carlos Romero, la excusa presentada para justificar su negativa de posesionarse como concejal, no constituye fuerza mayor. A continuación se explican los argumentos del demandante del proceso de pérdida de investidura.

El ciudadano Pérez Ruiz aseguró que, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007, la doctora Clara López Obregón no podía ser designada funcionaria del mismo Distrito Capital, por ser cónyuge de un concejal electo. En consecuencia ella no debió aceptar el cargo en la alcaldía, y su esposo debió posesionarse como concejal. Así lo expone:

“quien tenía el deber de abstención y por ende la obligación de no aceptar el cargo de Secretaria de Gobierno de Bogotá, era la doctora CLARA LÓPEZ OBREGÓN, toda vez que era ella quien se encontraba impedida para desempeñar un cargo público porque tenía pleno conocimiento de que su esposo había sido elegido concejal desde el 28 de octubre de 2007, y que éste tenía el deber constitucional y legal de tomar posesión del cargo al momento de la instalación del Concejo o dentro de los tres días siguientes”[8].

Agregó el ciudadano que la persona elegida popularmente tiene una responsabilidad política superior ante la sociedad y sus electores, diferente a los funcionarios públicos designados o nombrados directamente. Los primeros deben representar a sus electores y cumplir los compromisos designados de su mandato, sin interponer sus intereses personales, tal como lo disponen los artículos 123 y 133 de la Constitución.

“(…) el hecho alegado por el citado concejal electo sí era superable, por cuanto NO ERA IRRESISTIBLE, teniendo en cuenta que se encontraba en la posibilidad de tomar posesión del cargo, ya que en quien eventualmente concurría el impedimento para aceptar la designación como Secretaria de Gobierno de Bogotá D.C., era en su esposa, la doctora CLARA LÓPEZ OBREGÓN, teniendo en cuenta que el doctor ROMERO JIMÉNEZ había sido elegido desde octubre de 2007, para de esta manera hacer prevalecer principios fundamentales del Estado Constitucional como la soberanía popular y evitar defraudar al electorado absteniéndose de tomar posesión del cargo.” [9]

3. Sentencia de primera instancia en el proceso de pérdida de investidura

En sentencia del 22 de marzo de 2011[10], la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la pretensión de pérdida de investidura. La sentencia analizó, principalmente, dos asuntos. Por un lado, la conducta del señor Romero Jiménez frente a sus obligaciones como concejal electo y la causal de pérdida de investidura alegada. Por otro lado, la actuación del Presidente del Concejo de Bogotá en relación con el trámite que le dio a la justificación del demandado.

Primero, en relación con la conducta del señor Romero Jiménez la sentencia consideró que la excusa que éste presentó al Concejo para explicar por qué no tomaba posesión de su

cargo configuraba fuerza mayor. Señaló que el nombramiento de la señora Clara López Obregón no era previsible, pues era una facultad discrecional del máximo mandatario distrital. Aunque el alcalde y el concejal electo pertenecían al mismo partido político, jurídicamente la decisión del nombramiento de la secretaria de gobierno corresponde exclusivamente al alcalde. Por lo tanto, el señor Romero no lo podía prever.

Sin embargo, el Tribunal consideró que la excusa alegada por el demandado respecto a la imposibilidad de tomar posesión de su cargo porque el alcalde anunció el nombramiento de su esposa como secretaria de gobierno, no es un evento irresistible, pues se trata de una "mera expectativa en su esposa, susceptible de ser modificada dada la naturaleza del cargo para el que fue nombrada"[11]. La providencia precisó que el alcalde mayor anunció el 1º de enero 2008 que nombraría a la doctora Clara López Obregón en el gabinete distrital, y el nombramiento se produjo tan solo el 8 de enero de 2008. De allí que, "ni para el día de instalación del Concejo, ni dentro de los tres días siguientes, existía un verdadero impedimento legal para que ocurriera la posesión regular del demandado"[12].

El fallo resaltó también la excusa presentada por el señor Romero Jiménez, consistente en que le resultaba "imposible negarle la oportunidad a [su] esposa para que pudiera desempeñarse como Secretaria de Gobierno"[13]. A juicio de la Sala, esta motivación tenía una connotación personal que no podía ser catalogada de irresistible, "pues ésta se opone a la responsabilidad política que antepone los intereses de la sociedad por sobre los particulares del electo"[14].

En consecuencia, consideró que no existía fuerza mayor en la situación alegada por el concejal elegido.

Segundo, en relación con la respuesta del Concejo de Bogotá a la justificación del señor Romero, la sentencia estimó que su Presidente valoró de forma equivocada las razones expuestas por el concejal electo, debido a que consideró que existía una falta temporal, sin que ésta se hubiera configurado. Al respecto, la Sala estimó que el demandado actuó de forma diligente al informar por qué no se posesionaría y la respuesta que obtuvo de la Mesa Directiva del Concejo "generó el convencimiento al demandado de que en efecto, lo argüido lo eximía de responsabilidad y a su vez lo habilitaba para poder ejercer el cargo una vez desapareciera la presunta falta temporal"[15]. En consecuencia, su actuar en el proceso de pérdida de investidura estaba amparado en la buena fe y la confianza legítima.

Finalmente, el Tribunal de Cundinamarca precisó que la responsabilidad objetiva está proscrita en materia disciplinaria, por ello, es necesario examinar los hechos para revisar si la conducta tuvo dolo o culpa y fue antijurídica, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002. Al analizar la situación particular, concluyó la Sala que, aunque la conducta de no tomar posesión dentro de los tres días siguientes al inicio de sesiones, se enmarcó objetivamente en un hecho prohibido por el Legislador y no se configuró una causal de fuerza mayor; la aceptación de la excusa por parte del Presidente del Concejo, demostró una ausencia de culpabilidad.[16]

La decisión de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se adoptó con 16 votos favor, tuvo 13 salvamentos de voto y 7 aclaraciones.

4. Sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura. -Decisión que se censura mediante la acción de tutela que se revisa-.

El 7 de julio de 2011, la Procuradora 125 Judicial II para Asuntos Administrativos presentó recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se declarara la pérdida de investidura solicitada.

El recurso de apelación sostuvo que la justificación del señor Romero para no tomar posesión del cargo de concejal no cumplía con los requisitos del artículo 66 del Código Civil para configurar una fuerza mayor, así que no lo eximía de la sanción de pérdida de investidura. Por otra parte, indicó que el anuncio del nombramiento no era irresistible frente a la obligación del señor Romero de posesionarse como concejal dentro de los tres primeros días de la instalación del Concejo, pues se trataba de una "decisión basada en un hecho que bien podría haberse rechazado no por él, quien estaba en la obligación de posesionarse en el cargo (...), sino por su esposa Doctora CLARA LÓPEZ OBREGÓN, una vez el Alcalde de la ciudad de Bogotá, tomara la decisión de designarla como Secretaria de Gobierno, en razón de encontrarse inhabilitada para el ejercicio del cargo, dado que el demandado ejercía como concejal del Distrito Capital, lo que la obligaba a declinar su aceptación" [17] (Negrillas fuera del texto).

Frente a la actuación de la Mesa Directiva del Concejo y su Presidente, la agente del Ministerio Público señaló que no encontraba que tales autoridades hubieran avalado la excusa presentada por el concejal electo, pues tan sólo habían adoptado las decisiones pertinentes para permitir el funcionamiento de la Corporación. Agregó que, dada la experiencia del demandado, él conocía la regulación respectiva a la posesión y las sanciones de las que es objeto quien no actúa de acuerdo con lo dispuesto en la ley, así que no era posible sostener que las actuaciones de la Mesa Directiva del Concejo lo hicieron incurrir en error.

Además, respecto a la petición del señor Carlos Romero el 30 de septiembre de 2010 para ser llamado a posesionarse y ocupar el cargo de concejal, ya que su esposa para ese entonces no ejercía el cargo de secretaria de gobierno de Bogotá, la procuradora afirmó que, tal como lo solicitó el señor Romero en el 2008, el Concejo de Bogotá declaró la vacancia de su cargo y su curul fue ocupada por otra persona. Por consiguiente, de acuerdo con el Decreto 2400 de 1968 y el Decreto 1950 de 1973, su requerimiento se entendió como un retiro definitivo del servicio.

En sentencia del 16 de febrero de 2012, la Sección Primera del Consejo de Estado[18] revocó el fallo del Tribunal y declaró la pérdida de investidura del señor Carlos Romero Jiménez.

La decisión de segunda instancia señaló que no se evidenciaba fuerza mayor porque no concurrían los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de esta figura. Consideró que el evento no era previsible porque la designación de la señora Clara López como secretaria de gobierno correspondía únicamente al alcalde. Sin embargo consideró que la situación no era irresistible pues al momento en que el señor Carlos Romero debía tomar posesión de su cargo, el nombramiento de su esposa era sólo una expectativa, pues el alcalde había anunciado la designación pero no había actuado administrativo en ese sentido.

La sentencia sostiene que el concejal electo tenía plazo para posesionarse hasta el 4 de enero de 2008. No lo hizo en virtud del anuncio del alcalde de Bogotá, según el cual su esposa sería designada secretaria de gobierno de la alcaldía de la ciudad. No obstante, su pareja fue nombrada el 8 de noviembre de 2008. En consecuencia, la Sala estimó que cuando el concejal tenía la obligación de posesionarse (del 1º al 4 de enero de 2008) el nombramiento de su esposa era una expectativa y el “anuncio no puede admitirse como una causal de justificación, por cuanto en ese momento se trataba de una simple probabilidad, de una situación eventual que no había llegado a definirse ni concretarse”[19]. Al respecto la Sección Primera precisó que la conducta adecuada en ese evento era tomar posesión y, posteriormente, renunciar al cargo:

“[E]l concejal ROMERO JIMÉNEZ ha debido tomar posesión de su cargo, sin perjuicio de que días después, al producirse el nombramiento de la doctora LÓPEZ OBREGÓN, presentara renuncia al cargo de concejal, si su deseo era el de permitir que su esposa desempeñara el cargo para el cual fue nombrada”[20].

Así mismo, indicó la decisión que el señor Romero expresó que le resultaba imposible negarle la oportunidad a su esposa para que desempeñara el cargo de Secretaria de Gobierno, lo cual, en concepto de la Sala, no era una justificación legal, ni “idónea ni valedera para excusar su proceder y más aún cuando la esposa del concejal también habría podido tomar la decisión de no aceptar el nombramiento que se le hizo para no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital” (Negritillas fuera del texto)[21].

Respecto a las consideraciones del Tribunal de Cundinamarca sobre la existencia de una confianza legítima en la actuación del señor Romero Jiménez, avalada por la conducta de las directivas del Concejo de Bogotá, la Sección Primera del Consejo de Estado se apartó de la decisión. A su juicio, la determinación del señor Romero de no tomar posesión del cargo no fue provocada por las autoridades porque el acto administrativo del Presidente del Concejo que declaró la vacancia y luego, llamó a otra persona a ocupar la curul, fue expedido el 16 de enero, tiempo en el cual había vencido el plazo para que el concejal Romero se posesionara. Por eso, concluyó que, como lo señaló el Ministerio Público, “el demandado se está escudando en su propia culpa y su propia torpeza, lo cual es jurídicamente inadmisibles de conformidad con el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”[22]

5. De la solicitud de tutela y los cargos formulados por el accionante.

El 13 de abril de 2012, el señor Carlos Romero Jiménez, a través de apoderado, presentó acción de tutela ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en contra de la sentencia del 16 de febrero de 2012, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

La acción de tutela sostiene que la sentencia del Consejo de Estado incurrió en defecto sustantivo, defecto fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. Precisa también que la decisión vulneró los derechos fundamentales del señor Romero Jiménez al debido proceso, a la igualdad, al acceso efectivo a la administración de justicia y a la participación política.

El apoderado expone que la sentencia objeto de revisión desconoce las garantías mencionadas por dos argumentos principales:

(i) “Desconoce que la doctora CLARA LÓPEZ OBREGÓN tenía derecho de decidir de manera libre y autónoma si aceptaba el cargo de Secretaria de Gobierno del Distrito, razón por la cual su decisión era ajena a la voluntad del señor ROMERO JIMÉNEZ y constituía para él una causal de fuerza mayor que le impedía posesionarse del cargo de Concejal.

La Sección Primera del Consejo de Estado, para llegar a la conclusión contraria, considera que la decisión de la doctora CLARA LÓPEZ OBREGÓN requería del permiso o de la aquiescencia de su esposo.

(ii) Desconoce el precedente jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado sentado en la sentencia del 13 de noviembre de 2001, respecto de un Senador y aplicado posteriormente por el Tribunal de Cundinamarca respecto de un concejal. Según dicho precedente, es la Corporación de elección popular a la cual pertenece el demandado la que debe pronunciarse sobre la existencia de fuerza mayor que éste alega y su omisión en el cumplimiento de este deber no debe acarrear la pérdida de investidura del demandado

La sentencia objeto de tutela ni siquiera menciona este precedente en sus consideraciones.”[23]

En relación con el primer argumento, la tutela señala que la fuerza mayor se presenta cuando existe una causa ajena que escapa a la libre voluntad del concejal, que además resulta imprevisible e irresistible[24]. En el caso objeto de estudio, aduce que para el señor Romero era imprevisible que el alcalde nombrara a su esposa como parte del gabinete distrital y era inevitable que la doctora López Obregón aceptara tal designación.[25]

En consecuencia, precisa que la sentencia del Consejo de Estado incurre en “defecto fáctico, sustantivo y de violación directa de la Constitución al considerar [la Sección Primera] que el señor ROMERO tenía derecho a impedirle a la señora Clara López Obregón que asumiera su cargo o que ésta tenía la obligación de solicitar su aquiescencia o permiso para hacerlo”[26].

El accionante reprocha que la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado señale que el nombramiento de la señora Clara López era potestad exclusiva del alcalde, pero no reconoce que la aceptación del cargo por parte de la señora Clara López era ajena a la voluntad del señor Carlos Romero. Así, la decisión de aceptar el nombramiento era exclusiva de la señora Clara López y ajena a la voluntad del señor Carlos Romero. Por lo tanto, dicha designación constituía una situación de fuerza mayor para el accionante.

En ese sentido, el apoderado se opone al argumento del Consejo de Estado según el cual la señora López Obregón habría podido no aceptar su nombramiento como Secretaria de Gobierno, así:

“A juicio de la Sala, la razón expresada por el doctor ROMERO en su intervención no está catalogada en nuestro ordenamiento jurídico como una imposibilidad de orden legal y, por

lo mismo, no puede tomarse como una justificación idónea ni valedera para excusar su proceder y más aún cuando la esposa del concejal también habría podido tomar la decisión de no aceptar el nombramiento que le hizo para no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital”[27]

El accionante señala que las aseveraciones del Consejo de Estado son contrarias al artículo 13 de la Constitución, pues sostienen que “la esposa es la que debe sacrificar sus derechos a favor del esposo”[28]. Agrega que, en gracia de discusión, si existiese el deber de no aceptar el cargo por parte de la señora López, el señor Carlos Romero no tenía ninguna posibilidad de exigirle el cumplimiento de tal deber, pues se trata de un acto que sólo le corresponde a ella, y “[l]o único que podía hacer el señor ROMERO era respetar la decisión adoptada por su esposa y realizar las acciones necesarias para no incurrir en violación de las normas legales y constitucionales a las que estaba sometido”[29].

En relación con lo sugerido por la sentencia del Consejo de Estado, relativo a que la señora Clara López hubiera podido no aceptar el nombramiento, dice el accionante, que tales consideraciones “según las cuales la aceptación del cargo público de la esposa está sujeto al deseo o el permiso de su esposo, y aquellas en las cuales la esposa obra indebidamente cuando no se abstiene de ejercer sus derechos para no afectar a su esposo”[30], son contrarias a los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución.

En consecuencia, la no aplicación de tales disposiciones constitucionales constituyó una “vía de hecho por defecto sustantivo”[31] porque: (i) desconoce la norma que consagra la fuerza mayor como eximente para aplicar la pérdida de investidura; (ii) es contraria al ordenamiento jurídico porque considera que la aceptación del cargo de la señora López depende del deseo de su esposo; (iii) se fundamenta en una norma inexistente, pues no hay disposición que obligue a las mujeres a aceptar un cargo según la voluntad de su pareja; y (iv) desconoce el derecho a la igualdad y autodeterminación de las mujeres.[32]

En relación con el vicio de desconocimiento del precedente, el accionante dice que la sentencia impugnada ignoró la jurisprudencia relacionada con el caso concreto, al no tener en cuenta la sentencia del 13 de noviembre de 2001 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que resolvió la pérdida de investidura del senador Manuel Guillermo Mora. Advierte que tal decisión constituye un precedente que debe ser observado por las Secciones de esa Corporación, las cuales no pueden apartarse de él, “(i) sin advertirlo expresamente, y (ii) sin señalar las razones que justifican la adopción de una interpretación distinta”[33]

El accionante considera que de acuerdo con el precedente citado, “la Corporación de elección popular tiene el deber legal de pronunciarse sobre la existencia de la fuerza mayor y que cuando dicha Corporación no rechaza la excusa presentada, debe entenderse que ella se ajusta al ordenamiento jurídico”[34].

Finalmente, el apoderado señala que la tutela cumple con los requisitos generales de procedencia porque: (i) tiene relevancia constitucional ya que se desconoce el derecho a la igualdad de género, dado que la decisión está orientada a que una mujer sólo pueda aceptar un cargo público cuando cuente con la aquiescencia de su esposo; (ii) la sanción de pérdida de investidura atenta contra el derecho a participar en política; (iii) la decisión atacada por vía de tutela es una sentencia de segunda instancia frente a la cual no existe

recurso; y (iv) cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción se interpone dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la providencia objeto de reproche.

6. Respuesta de la Sección Primera del Consejo de Estado

El 14 de mayo de 2012, el Magistrado Marco Antonio Velilla, en respuesta a la acción de tutela, solicitó negar las pretensiones y declarar improcedente la acción. En su escrito señaló que la acción de tutela es improcedente para revisar providencias judiciales, e identificó algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en esa dirección[35].

7. Sentencia de primera instancia

El 7 de junio de 2012, la Sección Segunda -Subsección B- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, negó las pretensiones de la tutela[36]. Estimó que ésta tenía como objeto insistir en los argumentos que el accionante expuso en el proceso ordinario, los cuales fueron estudiados y rechazados en las decisiones judiciales del proceso de pérdida de investidura. Concluyó que la acción de tutela no podía ser utilizada para continuar con el debate de fondo y esbozar los argumentos derrotados en la acción judicial idónea.

Respecto a la afirmación de la Sección Primera sobre la posibilidad que tenía la señora Clara López de no aceptar el nombramiento de Secretaria de Gobierno Distrital, la sentencia de tutela de primera instancia señala que esa consideración no sugiere que las mujeres deban renunciar a sus derechos para permitir que los hombres desempeñen sus labores. El fallo sostiene que la sentencia del Consejo de Estado sólo hacía énfasis en la obligación de posesionarse que tienen aquellas personas elegidas en cargos de elección popular, en virtud de la especial responsabilidad que tienen frente a sus electores.

8. Impugnación

El 28 de junio de 2012, el apoderado judicial del señor Carlos Romero Jiménez, presentó impugnación contra la sentencia del 7 de junio de 2012 de la Sección Segunda -Subsección B- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Manifestó que la decisión que sancionó al señor Romero con pérdida de investidura omitió aplicar normas constitucionales y legales en el estudio del caso concreto, lo que llevó a concluir la inexistencia de una fuerza mayor como justificación de su conducta. Reiteró que el concejal electo, “en su condición de esposo de la doctora Clara López, no tenía ninguna potestad prohibirle que se posesionara”[37]. Además, señaló que si una sentencia decide apartarse del precedente, debe enunciar cuál es el fallo del cual se aparta y por qué no acoge su línea de argumentación. Por ello, aunque la sentencia objeto de reproche en la acción de tutela haya expuesto razones para concluir que no se presentó fuerza mayor en la situación descrita por el accionante, era necesario que acompañara estas consideraciones de los precedentes aplicables al caso, que no serían tenidos en cuenta al tomar la decisión.

9. Decisión de segunda instancia

En providencia del 30 de agosto de 2012, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó

la sentencia de primera instancia, al estimar que la tutela era improcedente porque pretendía un nuevo estudio de los supuestos fácticos y jurídicos del fallo emitido en el curso del proceso de pérdida de investidura[38].

10. Insistencias presentadas para la selección y revisión de la acción de tutela de la referencia.

Dentro del proceso de selección de tutelas realizado por esta Corte, la Sala de Selección número tres de 2013 recibió dos escritos de insistencia en relación con la acción de tutela de la referencia presentados por los magistrados Mauricio González Cuervo y Jorge Iván Palacio Palacio. A continuación se reseñan los argumentos de las mencionadas intervenciones.

Insistencia del magistrado Mauricio González Cuervo

Mediante escrito de insistencia del 12 de marzo de 2013, el magistrado González Cuervo sostuvo que en este caso se presentaban cuestionamientos de orden constitucional en torno a la afectación del derecho al debido proceso dentro del proceso de pérdida de investidura que se adelantó contra el accionante. En particular, destacó que la sentencia de primera instancia estudió uno a uno los argumentos del actor para posteriormente descartarlos, la sentencia de segunda instancia no lo hizo, acudiente a la fórmula general de improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, dejando en duda la posibilidad de controlar de fondo la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, consideró que la selección del caso permitiría a la Corte pronunciarse en torno al alcance de los deberes y la posibilidad de apartarse justamente de los empleos de elección popular, bajo la valoración de las causales invocadas y el papel de las corporaciones públicas de elección popular frente a la misma. Finalmente, agregó que el caso también permitiría desarrollar la jurisprudencia en torno a temas como el precedente vertical, sus atributos y los requisitos que debe cumplir el juez en casos en los que decida apartarse del mismo.

El magistrado Palacio consideró que era importante la selección del presente asunto porque la ley 734 de 2002 establece que la responsabilidad disciplinaria debe rechazarse desde el punto de vista objetivo, ya que el elemento culpa-dolo se hace trascendente para la imposición de la sanción. Así mismo, expresó que en el proceso de pérdida de investidura como un proceso de carácter sancionatorio se deben aplicar los principios de esta materia, dentro de los cuales están precisamente el de la presunción de inocencia y buena fe, que no fueron valorados por el juez de segunda instancia en el proceso ordinario. Igualmente, sostuvo que la decisión de declarar la pérdida de investidura termina limitando el derecho constitucional a elegir y ser elegido, y consecuentemente, afecta el derecho al trabajo del accionante.

Sobre la posible configuración del defecto fáctico contra la providencia acusada, y con respecto a la constitución de la confianza legítima, ésta puede originarse con: (i) la omisión de la oposición por parte de la administración y (ii) la emisión del acto administrativo que declaró la vacancia del cargo, como actuación posterior a la no toma de posesión.

Finalmente, indicó que en el presente asunto era posible que se configurara un defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, respecto de casos con similitudes fácticas y procesales, en casos de miembros de corporaciones públicas de elección popular, sobre quienes se han aplicado criterios de decisión sustancialmente distintos a los emitidos en contra del actor.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

1. Esta Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala Plena de esta Corporación decidió asumir el conocimiento del proceso de la referencia, en la sesión del 17 de abril de 2013, con fundamento en el artículo 54A del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

2. Presentación del caso, formulación del problema jurídico y estructura de la decisión.

2. La Sala Plena de la Corte estudia en sede de revisión la acción de tutela propuesta por el señor Carlos Romero Jiménez contra la sentencia de pérdida de investidura que profirió el Consejo de Estado como juez de segunda instancia en el proceso adelantado en su contra.

En el caso, el demandante fue elegido en los comicios del 28 de octubre del 2007 como miembro del Concejo del Distrito Capital para el periodo 2008-2011. El día 1º de enero de 2008 se instaló el Concejo de Bogotá y los funcionarios electos tomaron posesión de su cargo. No obstante, el accionante no se presentó a la sesión, y en su lugar envió una comunicación en la que aducía la imposibilidad de asumir el cargo para el que había sido elegido porque el recién elegido alcalde mayor había anunciado que nombraría a su esposa, la señora Clara López Obregón como Secretaria de Gobierno. Por tal razón, y con el fin de evitar la incursión en alguna causal de inhabilidades o incompatibilidades sobrevivientes.

El 30 de septiembre de 2010, el señor Romero Jiménez radicó una petición para que se le diera posesión en el cargo, alegando que su cónyuge había dejado de ser Secretaria de Gobierno del Distrito Capital y que por ese mismo hecho habían desaparecido las razones que le impidieron tomar posesión al comienzo del período. No obstante lo anterior, la precitada solicitud le fue posteriormente denegada.

El 4 de febrero de 2011 el ciudadano Mauricio Alberto Pérez Ruiz presentó acción de pérdida de investidura contra el señor Carlos Romero Jiménez por considerar que había incurrido en la causal de pérdida de la investidura prevista en el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, consistente en no tomar posesión del cargo dentro de los tres siguientes días a la instalación del Concejo. En el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la pretensión de la demanda al considerar que el Presidente del Concejo aceptó la excusa presentada por el señor Romero y por tanto generó en él un

convencimiento de que estaba actuando de forma correcta, razón por la cual no había culpabilidad en su conducta.

3. En sentencia de segunda instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la decisión anterior y declaró la pérdida de investidura. La mencionada Corporación sostuvo que la circunstancia alegada como fuerza mayor no era irresistible, pues al momento en que el señor Romero Jiménez tenía la obligación de posesionarse en el cargo, su esposa no había sido designada aún en la Alcaldía, en consecuencia, su nombramiento era una expectativa que no tenía la entidad de ser "irresistible", razón por la que debió haberse posesionado en su cargo, y cuando el nombramiento de su esposa fuera una realidad, debía renunciar. Agregó, también, que la esposa del señor Romero debió no haber aceptado ser Secretaria de Gobierno del Distrito porque su esposo había sido elegido popularmente al Concejo.

4. Frente a esta última decisión el señor Carlos Romero Jiménez instauró acción de tutela por considerar que se le vulneraron sus derechos al debido proceso, a la igualdad, al acceso efectivo a la administración de justicia y a la participación en política, debido a que en dicha providencia judicial se incurrió en los defectos sustantivo, defecto fáctico, violación de la Constitución y desconocimiento del precedente.

No obstante no especificar los cargos con base en cada uno de los defectos señalados, adujo dos razones fundamentales por las cuales consideraba que la sentencia censurada incurrió en aquel tipo de irregularidades. En primer lugar, señaló que la decisión del Consejo de Estado desconoció que la doctora Clara López Obregón tenía el derecho de decidir de manera libre y autónoma si aceptaba el cargo de Secretaria de gobierno del Distrito, razón por la cual su decisión era ajena a su voluntad y constituía para él una causal de fuerza mayor que le impedía posesionarse en el cargo de concejal. En segundo lugar, señaló que la decisión no tuvo en cuenta la sentencia del 13 de noviembre de 2001 de la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual la Corporación de elección popular a la cual pertenece el afectado debe pronunciarse sobre la existencia de fuerza mayor que éste tenga y su omisión en el cumplimiento de este deber no puede acarrear la pérdida de investidura del demandado.

5. Con base en los anteriores cargos la Sala Plena debe resolver si la providencia de segunda instancia del Consejo de Estado que declaró la pérdida de la investidura del accionante incurrió en alguno de los defectos de procedibilidad alegados por el accionante y, por tanto, determinar si vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al considerar que la excusa según la cual su compañera permanente sería nombrada como secretaria de gobierno, no era válida.

6. No obstante la Sala debe precisar que los defectos de procedibilidad alegado por el accionante no se corresponden con una discusión de índole probatoria, esto es, en torno a que la apreciación de las pruebas haya sido arbitraria. Así las cosas, en relación con el supuesto defecto fáctico, la Sala evidencia que el actor no acredita los elementos de juicio para demostrar que la decisión carece de fundamento probatorio apropiado o que el órgano judicial acusado hubiese dado a los medios probatorios existentes una valoración abiertamente irrazonable, irracional o contraevidente, razón por la que al tratarse de una

discusión de puro derecho no se estudiará dicho defecto, y, por lo tanto, se limitará al eventual análisis de los demás cargos de la demanda.

7. Por tanto, para resolver la controversia formulada por el accionante, la Corte deberá estudiar los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Constituye un defecto sustantivo, en la modalidad de interpretación irrazonable, considerar que el anuncio del nombramiento de la esposa de un concejal electo en un cargo que le generaría incompatibilidad e inhabilidad, no constituye causal de fuerza mayor que, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, exime al elegido de la pérdida de investidura, por la no posesión en su cargo?

(ii) ¿Viola directamente la Constitución la sentencia demandada al omitir la aplicación de los artículos constitucionales relativos al derecho a la igualdad (art. 13 C.N.), la autodeterminación de las mujeres (art. 43 C.N.), y el desempeñar de cargos públicos (art. 40 C.N.), al considerar que la excusa presentada por el señor Romero Jiménez para no tomar posesión del cargo de concejal, no constituía fuerza mayor?

(iii) ¿La sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado desconoció el precedente de la misma Corporación según el cual si la excusa presentada por un llamado a posesionarse en una Corporación pública no es rechazada, se entiende avalada?

8. Para resolver los anteriores cuestionamientos, la Sala encuentra que es necesario (i) reiterar su jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con un breve énfasis en las reglas atinentes a los defectos sustantivo o material, por violación directa de la constitución, y por desconocimiento del precedente judicial; así mismo, deberá (ii) analizar la institución de la pérdida de investidura en relación con sus fundamentos constitucionales, su naturaleza jurídica -democrática- y alcance, así como su aplicación en los casos de miembros de corporaciones públicas de elección popular; en este último apartado, se incluirá un (iii) análisis de la causal prevista en el numeral 3º del artículo 48 de la ley 617 de 2000, relativa al incumplimiento de posesión en el cargo, así como de la figura de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad en relación con dicha causal.

Finalmente, la Sala realizará (iv) el análisis del caso concreto, momento en el cual deberá constatar la concurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra la providencia judicial demandada, para posteriormente proceder al análisis de los cargos específicos planteados por el accionante.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

9. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias emitidas por los jueces de la república en virtud del artículo 86 Superior que, al consagrar la acción de tutela, previó expresamente que ella puede ser elevada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Así mismo ha considerado que para proteger la autonomía judicial y la seguridad jurídica, principios que también ostentan relevancia constitucional y que pueden verse afectados por la revisión en sede de tutela de los fallos judiciales, en estos casos el amparo procede solo cuando se reúnen estrictos requisitos contemplados en la jurisprudencia. En efecto, en numerosos fallos y, en especial, en la sentencia C-590 de 2005[39], la Corte estableció las causales de orden general y especial que debe examinar el juez constitucional para determinar si la acción de tutela procede como mecanismo de protección frente a la decisión adoptada por otro juez.

10. En primer lugar, ha dicho la Corte que la tutela procede únicamente cuando se verifica la totalidad de los requisitos generales de procedencia que se mencionan a continuación:

- (i) “Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (...)
- (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(...)
- (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;(...)
- (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)
- (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(...)
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela (...).”

En los eventos en los que la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado este examen, puede el juez constitucional entrar a analizar si en la decisión judicial se configura al menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad.

11. Los requisitos especiales de procedibilidad constituyen los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y son el aspecto nuclear de los cargos elevados contra la sentencia. La citada providencia C-590 de 2005 sintetizó de la siguiente forma las causales especiales de procedibilidad.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.[40]
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, en los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Por resultar pertinente para el análisis del caso sometido a revisión de la Sala, se hará una breve referencia a los defectos sustantivo o materia, por violación directa de la Constitución, y por violación del precedente judicial.

Breve caracterización del defecto sustantivo. La interpretación irrazonable como causal del defecto sustantivo.

12. La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.”[41] De igual forma ha señalado que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En este sentido has señalado que “[p]or tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”[42]

13. El desarrollo jurisprudencial de esta causal ha llevado a la identificación de una serie de situaciones en las que se incurre en dicho error, básicamente condensadas en los siguientes eventos:

(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.[43]

(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la

decisión adoptada.[44]

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.[45]

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.[46]

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.[47] (Subrayado).

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.[48]

14. Adicionalmente, esta Corte ha señalado[49] que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis:

(i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que ésta no tiene (contraevidente), es decir, deriva interpretativamente una norma jurídica que no se desprende del marco normativo que ofrece la disposición aplicable al caso, vulnerando de esta manera el principio de legalidad. En otras palabras, se trata de una hipótesis en la cual se arriba a una norma jurídica cuya adscripción a la disposición de la que se pretende su derivación no es posible por contrariar los principios básicos de la lógica y las reglas de la experiencia o,

(ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad (ii.1) contraviene postulados de rango constitucional o (ii.2) conduce a resultados desproporcionados.

15. En relación con la primera hipótesis (interpretación contraevidente), la Corte ha indicado que las fallas originadas en el proceso hermenéutico “han de ser protuberantes para que sea factible predicar que a la ley se le ha otorgado un sentido contraevidente”[50]. De manera que no es una simple discrepancia dogmática respecto de la opción interpretativa acogida por la autoridad judicial la que estructura el defecto sustantivo, sino que la misma ha de ser manifiestamente irracional, sin sentido, consecuencia de una desviación notoria del derecho.[51]

16. Sobre a la segunda fórmula de la interpretación irrazonable como defecto sustantivo, la Corte ha señalado[52] que si bien en este también se está en presencia de una afrenta al principio de legalidad, su nota particular esta dada “por una mayor incidencia del desconocimiento de la Constitución, dado que la interpretación de la ley se traduce en defecto sustantivo debido a que en el proceso interpretativo se dejan de tomar en cuenta

contenidos superiores que a la luz del caso concreto han debido guiar ese proceso y condicionar su resultado”[53]. Igualmente, ha indicado que “cuando la interpretación otorgada a la disposición legal es posible, pero contraviene el contenido constitucional aparejando la vulneración o el desconocimiento de los derechos fundamentales o preceptivas superiores, el juez constitucional está en la obligación de adecuar el contenido de dicha norma legal y hacerla consonante con los fines y principios constitucionales.”[54]

17. Adicionalmente, la Corte ha explicado que es probable que en algunas circunstancias concurren los dos motivos genéricos señalados “y que la interpretación contraevidente de la ley –que ya de por sí riñe con la Carta- comporte, así mismo, la vulneración de ciertos contenidos de la Constitución, que sean relevantes para el caso específico. Precizando que en todo caso estas fórmulas en principio son “independientes y, en consecuencia, no es indispensable que concurren para que sea viable hablar de defecto sustantivo derivado de la interpretación, pues pueden configurarse por separado, hipótesis en la cual, cada uno genera el anotado defecto sustantivo, sin necesidad de que se configure la otra causal”[55].[56]

Breve caracterización de la causal de violación directa de la Constitución

18. Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados[57].

19. Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto[58]; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución[59].

20. En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución: (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata,[60] y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución[61].

21. En el segundo caso, la jurisprudencia ha sostenido que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que de conformidad con el artículo 4 de la C.P., la Constitución es norma de normas, y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales, mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad[62].

Breve caracterización del defecto por violación del precedente judicial

22. En el marco de la evolución jurisprudencial en materia de tutela contra providencia judicial, la Corte ha revisado fallos de tutela proferidos con ocasión de supuestas vías de hecho por desconocimiento de un precedente judicial[63]. En este sentido, respecto a este defecto de las decisiones judiciales, la Corte ha sostenido que “para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales[64].” Adicionalmente, ha señalado que el desconocimiento del precedente jurisprudencial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, – sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad.[65]”

23. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan[66]. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos[67].

24. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales[68]. De hecho, en el ámbito judicial, dado que como se dijo, los jueces interpretan la ley y atribuyen consecuencias jurídicas a las partes en conflicto, “la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley.[69]”

25. De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial[70], los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes[71]. La importancia de este problema fue puesta de presente en la sentencia T-698 de 2004[72]:

“Este fenómeno de la contradicción en sede judicial, a pesar de que se considere por algunos como una reflexión meramente fútil o parte de un anecdotario judicial, es en realidad una circunstancia grave para una comunidad que se precia de buscar la seguridad jurídica. No debe olvidarse que de los fallos judiciales superiores, dependerán evidentemente otras definiciones judiciales en otras instancias, al igual que el “estado del arte” sobre un tema específico o sobre la aplicación normativa en casos concretos, aspectos que involucra no sólo a las partes, sino a los jueces inferiores, los demás

operadores jurídicos, los litigantes, la doctrina e incluso la jurisprudencia futura de un organismo judicial. Es decir, los fallos de las autoridades llamadas a asegurar la protección de los derechos de las personas, o llamadas a definir la interpretación normativa para casos concretos, delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico. De allí que, sentencias contradictorias de las autoridades judiciales en circunstancias en que aparentemente debería darse un trato igualitario, generan indefinición en elementos del ordenamiento y favorecen la contradicción o el desconocimiento del derecho a la igualdad de los asociados.”

26. Además de vulnerar el principio fundamental de la igualdad,[73], las decisiones judiciales contradictorias lesionan los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe.[74] En este sentido, la consistencia y estabilidad en la interpretación y aplicación de la ley tiene una relación directa con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, al menos por dos razones. En primer lugar, porque la previsibilidad de las decisiones judiciales “hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir qué es un comportamiento protegido por la ley.” De manera que, interpretaciones judiciales divergentes sobre un mismo asunto “impide[n] que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”[75] Y en segundo lugar, porque la confianza en la administración de justicia comprende “la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.”[76]

27. Igualmente, ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la autonomía judicial debe respetar ciertos límites al momento de interpretar y aplicar la ley.[77] En este sentido, la actividad de los jueces estaría condicionada por: (i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la Corporación se encarga de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar “la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones.”; (iii) la sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y (iv) al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez -individual o colegiado- en casos decididos con anterioridad.[78]

28. Adicionalmente, se ha precisado que la actividad judicial también se encuentra limitada por “el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico”, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como el principio de supremacía de la Constitución, que obliga a todos los jueces a interpretar el ordenamiento jurídico de manera compatible con la Constitución.[79]

29. En cuanto al respeto al precedente como límite de la actividad judicial, en particular la Corte ha señalado que está dado por las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto.[80] Igualmente ha dicho que es un asunto que adquiere relevancia constitucional pues en aras de garantizar el derecho a la igualdad, los jueces “deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos

anteriores.” Finalmente ha explicado que el problema surge cuando dos casos en principio similares son resueltos de manera diferente. Es preciso distinguir, sin embargo, cuáles son los argumentos jurídicos que constituyen el precedente y que, por tanto, resultan vinculantes y deben ser atendidos para resolver casos futuros. [81]

Al respecto, ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutive o *decisum*, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la *ratio decidendi* que puede definirse como “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”; y los *obiter dicta* o *dictum* que son “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”[82]

30. En consecuencia, es la *ratio decidendi* que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares[83], esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.[84] De manera que la *ratio decidendi* expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.[85]

31. Ahora bien, es importante resaltar que la jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia[86]. En este sentido, mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez -individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias; el precedente vertical implica que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes.[87]

32. En esta óptica, la Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. [88]

33. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia”[89] (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro

sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo[90] (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.[91]

34. Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurren necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.[92]

35. De manera que para apartarse del precedente sentado por los superiores (precedente vertical), se deben cumplir los requisitos que ha sentado la jurisprudencia constitucional: (i) que se refiera al precedente del cual se aparta, (ii) resuma su esencia y razón de ser y (iii) manifieste que se aparta en forma voluntaria y exponga las razones que sirven de sustento a su decisión. Esas razones, a su turno, pueden consistir en que 1) la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.[93]

36. En esta perspectiva ha concluido la Corte que ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia.[94]

37. En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.[95] En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.[96]

39. Sin embargo, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad y la autonomía judicial, los falladores pueden apartarse del precedente aplicable si en sus providencias hacen una referencia expresa a este y explican las razones con base en las cuales se justifica el cambio de jurisprudencia. Finalmente, en el caso del precedente vertical, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. Y en caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, se produce una violación a los derechos fundamentales a la

igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

4. La institución constitucional de la pérdida de investidura

Fundamentos constitucionales

40. En esencia, la pérdida de investidura es una sanción ética y política, que por su contenido es un mecanismo disciplinario revestido de las máximas garantías procesales y por tanto de naturaleza jurisdiccional. El origen de esta institución se remonta al artículo 13 del acto legislativo número 1 de 1979 en donde se establecían tres causales para perder la investidura: (i) la infracción del régimen de incompatibilidades; (ii) el desconocimiento del régimen de conflicto de intereses; y (iii) la ausencia a un determinado número de sesiones en donde se votaran proyectos de ley y de acto legislativo. La competencia para el juzgamiento correspondía al Consejo de Estado.[97] No obstante, esta reforma a la Constitución de 1886 fue declarada inexecutable por vicios de trámite por la Corte Suprema de Justicia. De manera que, sólo hasta la expedición de la Constitución de 1991 se contaría con la figura actual de la pérdida de investidura.

41. En el proceso que dio origen a la Constitución de 1991, uno de los principales intereses de la Asamblea Nacional Constituyente se centró en un amplio debate alrededor de la necesidad de fortalecer y depurar las instituciones representativas, como requisito fundamental para la revitalización del sistema democrático en el país.[98] Dentro de las medidas que se consideraron necesarias para tal fin, se destacó la necesidad de establecer un estricto régimen de control sobre los congresistas, diputados y concejales, esto es, sobre los miembros de las corporaciones públicas.[99] Pero además de establecer dicho régimen, el Constituyente estimó igualmente necesario crear un instrumento -una acción judicial- que permitiera imponer una sanción especial a los integrantes de los órganos de representación, especialmente a los congresistas, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura.[100]

42. De esta manera, se decidió instituir la acción de pérdida de investidura (arts. 183[101] y 184 C.N.) con la finalidad de proteger un conjunto de valores esenciales de la democracia, especialmente los principios de representación política y la ética pública[102]. Dicha objetivo implica, adicionalmente, que la acción de pérdida de investidura adquiere sentido si se tiene en cuenta que constituye un desarrollo y garantía del principio democrático. Sobre el fin de la pérdida de investidura, la Corte ha indicado[103] que esta busca “dignificar y enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas” razón por la que se erige en “un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan”.[104]

43. Respecto a la posibilidad de presentar acciones públicas de pérdida de investidura, la jurisprudencia ha señalado que se trata de un derecho político fundamental en una democracia participativa y deliberativa en la cual todo ciudadano puede intervenir en “la conformación, ejercicio y control del poder político” e “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” -artículo 40 C.N.-.[105] Lo anterior, comoquiera que la investidura[106] de los representantes elegidos popularmente -congresistas, diputados,

concejales o ediles- es, en esencia, la expresión del mandato democrático de la ciudadanía otorgado mediante el derecho fundamental al sufragio universal -art. 40 C.N.[107]- en el marco del proceso electoral.

44. Igualmente, la acción de pérdida de investidura es un desarrollo del principio de separación de poderes, de colaboración armónica de estos y, esencialmente, del sistema de pesos y contrapesos (check and balances) que caracteriza a los sistemas constitucionales contemporáneos. Con base en estos principios esenciales el Constituyente decidió que el control sancionatorio a los integrantes de las mencionadas corporaciones democráticas no está sujeto a la misma institución a la que pertenecen, sino a la rama jurisdiccional como entidad independiente y a-política del Estado, y de allí la razón para que la competencia para declararla no recaiga en una autoridad administrativa sino en una autoridad judicial.

45. A manera de síntesis, es posible afirmar que dentro de las diversas funciones que cumple la institución de la pérdida de la investidura, la jurisprudencia constitucional[108] ha destacado que: de una parte, es la herramienta mediante la cual el constituyente buscó asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los representantes elegidos popularmente. Pero de otra, al tratarse de un derecho político de todo ciudadano, la pérdida de investidura constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa, que permite a los ciudadanos ejercer directamente un control sobre sus representantes por causales precisas de rango constitucional, y desarrolladas mediante la ley, encaminadas a preservar la integridad de la función de representación política.[109]

La naturaleza y alcance de la pérdida de investidura

46. Respecto a la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, esta Corte ha explicado[110] que la acción de pérdida de investidura tiene unas particulares características que la hacen un sistema de responsabilidad sancionatorio especial. En primer lugar, la Corte ha resaltado su carácter de juicio político con connotación disciplinaria, que implica el ejercicio de una función jurisdiccional. En términos de la Corte la “pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con una sanción jurisdiccional, de tipo disciplinario”[111] y “que castiga la transgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan.[112]

47. La proyección eminentemente ética de la pérdida de investidura la aleja de la connotación penal de la sanción para situarla en la órbita del derecho disciplinario, como consecuencia de la infracción a los deberes funcionales asignados a los representantes de los ciudadanos, de quien en virtud de su condición se espera y exige una actitud especialmente “pulcra y delicada”[113]. Sin embargo, es necesario aclarar que, si bien los objetivos de la pérdida de investidura son la democratización y la legitimación del sistema político, esto no implica que la labor de juzgamiento se convierta en un proceso de naturaleza política en el que se hagan juicios de carácter moral a los miembros del Congreso o de las demás corporaciones públicas de elección popular[114]. Pues como ha señalado la Corte, “sólo la aplicación estricta de los términos jurídicos en que se enmarca la actuación del juez en los procesos de pérdida de investidura, así como el entender que

las normas jurídicas son el único parámetro aplicable a este tipo de juzgamientos pueden ser la base legitimadora de este proceso.”[115]

48. Como sanción la pérdida de investidura implica la cesación en el cargo y la pérdida del mandato de representación popular. Adicionalmente, acarrea una inhabilidad permanente, pues el sancionado no puede volver a ejercer el cargo del que se le priva por sentencia judicial dictada al término de un proceso jurisdiccional de índole disciplinaria[116]. Como se ha resaltado, la severidad de la pérdida de investidura se deriva de las consecuencias que el ordenamiento jurídico le asigna a la afectación de los derechos políticos de los electores, de ahí la entidad de los derechos que resultan limitados, dentro de los que se destaca el derecho a elegir y a ser elegido.[117] Y por tanto, debido a la altísima dignidad que supone el ejercicio de los cargos de representación dentro del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones que ella misma prevé.[118]

49. Como se señaló inicialmente, la jurisprudencia constitucional ha destacado que el proceso de pérdida de la investidura tiene un carácter disciplinario, de muy especiales características.[119] Sobre el particular ha reconocido que la pérdida de investidura constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos[120]. Ha expresado, igualmente, que es una institución autónoma en relación con otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, sin que el adelantamiento de dos o más procesos por la misma conducta comporte indefectiblemente la violación del principio universal del non bis in ídem. Por tal motivo, la ha distinguido del proceso penal[121], del disciplinario[122], y del proceso de nulidad electoral[123].

50. Aún más, la jurisprudencia constitucional ha llegado a afirmar que el carácter especial de la pérdida de investidura implica que las causales establecidas en dicha materia “son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva”, razón por la que no cabe su aplicación por “analogía ni por extensión”, ya que tienen por consecuencia una sanción “que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad”[124].

51. Sobre este especial énfasis, la jurisprudencia ha delimitado varios de los aspectos más relevantes que caracterizan al proceso de pérdida de investidura como un proceso jurisdiccional especial. No obstante, existen ciertos elementos de la pérdida de investidura que no han sido fijados por la doctrina constitucional debido a la escasa regulación que la propia Constitución realizó sobre su procedimiento, el cual, adicionalmente, debe ser observado con estricto rigor dado su carácter estricto y restringido. Como explicó la sentencia C-237 de 2012[125] “la pérdida de la investidura tiene a la Constitución de 1991 como fuente principalísima en su regulación, lo que hace relevante el hecho que algunas de las disposiciones constitucionales tienen eficacia jurídica directa”.

52. Así por ejemplo, se ha controvertido la necesidad de establecer el grado de culpabilidad del procesado, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que juzga el incumplimiento de obligaciones disciplinarias sobre la conducta del representante popular.[126] En efecto, en el proceso de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción, pues como ha

señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un sistema que establece una sanción de manera rígida y única, la pérdida de investidura.

53. Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de “ius puniendi estatal”[127], carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción rígida en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos. En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción rígida y única, la pérdida de la investidura.

54. Con todo lo anterior, la Corte reitera de manera enfática, que debido a las graves consecuencias que conlleva la pérdida de investidura, ésta está sujeta de forma igualmente estricta al cumplimiento de los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso, pues la necesidad de preservar la buena imagen de las corporaciones públicas y de la alta dignidad correspondiente a un representante de los ciudadanos, solo puede adquirir sentido si se observan con el “más estricto cumplimiento las garantías del debido proceso”[128] y del respeto de la dignidad humana que caracterizan a un Estado constitucional y democrático de derecho.[129] Esto implica que las finalidades de carácter político de la figura de la pérdida de investidura están siempre supeditadas a los derechos fundamentales de quienes son objeto de este proceso.[130]

55. Así, dentro de estas garantías del debido proceso, adquiere una especial relevancia, el respeto del principio constitucional de legalidad que implica la necesaria existencia de disposiciones jurídicas en las cuales se establezcan los procedimientos y las conductas que son calificadas para la imposición de la sanción.[131] Por tanto, la justificación de las condiciones bajo las cuales se juzga la pérdida de investidura encuentran fundamento en el hecho de que fue la propia Constitución la que delimitó el carácter excepcional, restringido, rígido y estricto de dicha institución constitucional.

El proceso de pérdida de investidura en el caso de miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Énfasis en la causal por incumplimiento del deber de posesión en el cargo.

56. Ahora bien, la figura de la pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones públicas de elección popular también tiene fundamento directo en la Constitución (arts. 291[132], 292 y 110). En la sentencia C-473 de 1997, la Corte explicó que en la Asamblea Nacional Constituyente se discutió ampliamente la posibilidad de ampliar dicha institución a los integrantes de dichas corporaciones[133], quienes debían tener un juzgamiento más severo que las acciones disciplinarias ordinarias encargadas a la Procuraduría General de la Nación o la sanción política del votante, debido a su alto grado de responsabilidad con la democracia. Lo anterior debido a que el ordenamiento jurídico consagra reglas precisas de conducta, exigibles a los individuos que conforman tales corporaciones “en garantía de su dedicación, probidad, imparcialidad, moralidad y cumplimiento, los cuales son elementos que se preservan por la necesidad de salvaguardar la institución de la pérdida de la investidura y de realizar los postulados de la Carta Política”.[134] Por esta razón, se instituyeron de forma expresa, aunque dispersa, determinadas faltas de los representantes

populares dentro del texto de la propia Constitución (arts. 291, 292 y 110).

57. La sanción de pérdida de investidura para los representantes populares se impone cuando estos incurren básicamente en alguna de las siguientes tres tipos de conductas: (i) la violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades; (ii) en conflictos de intereses que les resulta aplicable; (iii) o el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, como al hallarles responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado.[135]

58. En relación con las causales de pérdida de la investidura de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular -como los concejales-, estas están establecidas, tanto en la Constitución (arts. 291, 292, 323 y 110), como en la norma especial que las desarrolla, la ley 617 de 2000[136]. En cuanto a las causales constitucionales, el artículo 291 de la Carta señala la pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales que acepten cargos en la administración pública. El artículo 110 de la Constitución indica que las personas que desempeñen funciones públicas y que hagan contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos políticos, o que induzcan a otros a que lo hagan, salvo excepción legal, serán sancionados con la remoción del cargo o la pérdida de su investidura. Adicionalmente, el artículo 292 de la Carta dispone que los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio. Finalmente, el artículo 323 de la Constitución señala que los concejales y ediles del Distrito Capital no podrán ser parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas. Así las cosas, la institución de la pérdida de la investidura no fue únicamente establecida para los Congresistas (art. 183 C. N.), pues también está claramente prescrita para los miembros de las Corporaciones públicas de elección popular (arts. 193, 110, 292, 293 y 323 C.N.).

59. Como parte del desarrollo de la figura constitucional de la pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular (arts. 193, 110, 292, 293 y 323 C.N.) y en consonancia con el mandato según el cual el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores (art. 133 C.N.), el Legislador estableció en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 las causales legales por las cuales pueden ser sancionados con pérdida de investidura, tanto los diputados, como los concejales y ediles.[137] Dicha norma dispone:

“Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

Parágrafo 1º- Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Parágrafo 2º- La pérdida de la investidura será decretada por el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.”

60. Sobre la causal 3ª, relativa a la pérdida de la investidura por la no posesión oportuna en el cargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que este tipo de previsiones hacen referencia al compromiso que adquiere el representante con sus electores y con la institución, razón por la que debe posesionarse cuando se instala la corporación de la que hará parte. Lo anterior, debido a que la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales.[138]

61. Adicionalmente, el Consejo de Estado[139] ha explicado la necesidad de distinguir entre el momento en el que se adquiere la investidura y el momento en el que inicia el ejercicio de las funciones del cargo. La investidura se adquiere como consecuencia del resultado del escrutinio general y con base en el cual las autoridades competentes hacen la declaratoria de elección y expiden las credenciales correspondientes. Por su parte, el desempeño de las funciones públicas asignadas, implica la toma previa de la posesión en el cargo, mediante el juramento en los términos que señala la ley.[140]

62. Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado respecto a la mencionada causal, que el representante popular debe exponer las razones que le impidieron cumplir con su obligación constitucional con los electores, las cuales deben corresponder a situaciones de fuerza mayor. Lo anterior, por cuanto no basta con expresar “la simple dificultad que pueda tener (...) el llamado para tomar posesión del cargo legislativo en un momento dado”, por lo tanto, deben exponerse razones que lleven a concluir que existió fuerza mayor.[141] Y en tal caso, la Mesa Directiva de la corporación debe evaluar la excusa y aceptarla, pues en caso de que no se configure una causal de fuerza mayor, debe rechazarla y comunicar tal decisión para la posesión.

63. De esta manera, la acreditación de esta causal requiere la comprobación de la falta de posesión del representante popular dentro del plazo indicado, y que ello no hubiere ocurrido por una situación de fuerza mayor.

La fuerza mayor como eximente de responsabilidad

64. Como se señaló con anterioridad, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece los casos en los cuales los diputados, concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura. El numeral 3 indica que una de las

causales para recibir la sanción es no tomar posesión del cargo dentro de los tres días siguientes a la instalación de la respectiva corporación. Por su parte, el parágrafo 1° de dicha norma establece que la causal citada no tendrá aplicación cuando medie fuerza mayor.

65. La fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, está señalada en el artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1º de la ley 95 de 1890) el cual dispone que: “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público. etc.”. Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea irresistible; (ii) que sea imprevisible y (iii) que sea externo respecto del obligado”.

66. Sobre las características de la fuerza mayor, vale la pena citar la Sentencia del 20 de noviembre de 1989 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó que el hecho imprevisible es aquel “que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”. Por su parte, el Consejo de Estado ha enseñado que “la fuerza mayor es una de las especies que conforman el fenómeno jurídico denominado causa extraña.”[142]

67. Por su parte, el hecho irresistible es aquél “que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”. La imprevisibilidad, por tanto, hace referencia a un hecho que no se podía establecer con anterioridad a su ocurrencia,[143] en tanto la irresistibilidad hace referencia a una situación inevitable que no puede exigirse de la persona que la sufre un comportamiento para que no ocurra.

68. Igualmente, la jurisprudencia en la materia[144] ha señalado que la fuerza mayor requiere de la concurrencia de ambas condiciones (imprevisibilidad e irresistibilidad), razón por la que aún los ejemplos mencionados por el Código, a saber, “un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.,” podían no ser, en determinados casos, eventos de fuerza mayor, si por ejemplo: “el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito”. [145] Lo anterior también implica que la fuerza mayor no hace referencia exclusivamente a hechos de la naturaleza frente a los cuales el ser humano no puede actuar, puesto que existen otro tipo de casos en los que también concurren los elementos propios de la fuerza mayor.[146]

69. Adicionalmente, la fuerza mayor requiere que el hecho sobreviniente sea externo. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la exterioridad es una circunstancia jurídica, pues “ha de tratarse de un suceso o

acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la [persona] accionada”.

70. Finalmente, es necesario precisar que el juez debe valorar cada caso concreto de forma independiente para verificar si de ellas se desprende la existencia de una situación imprevisible, irresistible y externa, pues como ha señalado la Corte Suprema de Justicia: “conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.”[147]

III. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

71. Establecido el marco jurisprudencial que guiará este pronunciamiento, procede la Corte a efectuar el análisis respecto a la concurrencia de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para, posteriormente, estudiar los cargos constitutivos de las causales específicas de procedibilidad alegada por el accionante.

5. Constatación de los requisitos generales de procedibilidad

5.1. La Relevancia constitucional del asunto bajo examen.

72. Encuentra la Corte, que la censura se dirige contra una decisión judicial que el actor estima violatoria de garantías fundamentales derivadas del debido proceso, en la que se le sancionó con la pérdida de investidura al no haber tomado posesión del cargo de concejal. El demandante afirma que la obligación que se le endilga era de imposible cumplimiento pues de aceptar su posesión habría incurrido en alguna causal de incompatibilidad e inhabilidad, comoquiera que el Alcalde mayor de Bogotá había anunciado que su esposa sería nombrada como Secretaria de Gobierno.

El accionante considera que la sanción recibida vulnera su derecho fundamental al debido proceso pues se le exigió el cumplimiento de una obligación que no dependía de su voluntad, con lo cual, conjuntamente, se vulnera el principio de igualdad al suponer que él tenía incidencia en la decisión de su esposa de aceptar un cargo público.

73. La situación descrita reviste relevancia constitucional pues la situación planteada por el accionante envuelve una discusión sobre la afectación de garantías básicas de rango constitucional como el debido proceso y el derecho a la igualdad. Adicionalmente, la sanción de pérdida de investidura impuesta al actor afecta sus derechos políticos. Por tales razones, este requisito se encuentra satisfecho.

74. Sobre el particular observa la Sala que en este caso se agotaron las instancias ordinarias, sin embargo no se agotó el recurso extraordinario de revisión. Como ha señalado esta Corte, para proceder al estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial es requisito que la discusión jurídica que plantea el accionante hubiese sido agotada ante

los jueces de la jurisdicción ordinaria, debido a que, como regla general, los mecanismos creados por el legislador constituyen el escenario natural para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los asociados.

75. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen ciertos casos excepcionales en los que los mencionados medios ordinarios no salvaguardan adecuada o prontamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, razón por la que excepcionalmente resulta procedente la acción de tutela. Por tal motivo, tratándose de una acción de tutela en la que no se agotó el recurso extraordinario de revisión debe examinarse si los reproches elevados por el actor a través de los defectos alegados en la tutela, pueden ser resueltos a través del recurso extraordinario de revisión establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En ese sentido, quien cuestiona una sentencia de pérdida de investidura, en principio, requiere agotar el recurso extraordinario de revisión. No obstante, dado que las causales del mismo son taxativas y puede que en ella no sea posible tramitar los defectos que se analizan a través de una tutela contra providencia judicial, de encontrarlas no idóneas resultará procedente esta última cuando el defecto alegado no pueda ser tramitado a través del recurso de revisión.

76. El artículo 248 de la ley 1437 de 2011 regula el recurso extraordinario de revisión, y lo define de la siguiente manera: “[e]l recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos.” Por su parte, el artículo 250 de la misma ley, expone las siguientes causales por las cuales procede el citado recurso:

“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del

reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”

77. La Sala observa que el accionante alega la existencia de los defectos sustantivo, de violación directa de la Constitución, y de desconocimiento de precedente. Los dos en contra de la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se adujo que la excusa presentada por el señor Carlos Romero, no era una situación de fuerza mayor que lo eximiera de su deber de posesionarse en el cargo para el que fue elegido popularmente; y aquellos argumentos que señalaban la posibilidad del accionante de interferir en la aceptación del nombramiento de su esposa como secretaria de gobierno de Bogotá. Por su parte, el defecto relativo al desconocimiento del precedente se plantea porque la Sección Primera se apartó de una decisión de Sala Plena que resultaba vinculante en el caso concreto.

78. En diversas ocasiones la Corte ha indicado[148] la finalidad que cumple el recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de cosa juzgada propio de las sentencias ejecutoriadas. Sobre el particular ha señalado que permite enmendar los errores o irregularidades cometidas en determinada providencia, para que en aplicación de la justicia material, se profiera una nueva decisión que resulte acorde al ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, ha aceptado que el recurso de revisión, no se identifica con algunos de los reproches que pueden ser formulados en sede de tutela a través de la doctrina de los defectos específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así por ejemplo, en la sentencia T-935 de 2009 se advirtió que los defectos sustantivo y fáctico alegados por el actor en dicha oportunidad, no tenían “cabida dentro de las causales legalmente previstas para la procedencia de dicho recurso, al tenor de lo señalado por el artículo 188 del mismo estatuto [C.C.A.], por lo tanto, tampoco era menester agotarlo en el caso concreto.”[149]

79. En este nuevo caso, la Corte encuentra que comparadas las causales de revisión, con los defectos propuestos por el demandante, los reproches que eleva el accionante contra la sentencia de la Sección Primera no pueden ser resueltos por las primeras, pues ninguna de las causales hacen referencia a la discusión de fondo sobre la vulneración del debido proceso por irrazonable interpretación de la ley, ni por la presunta violaciones al principio de igualdad y a los derechos políticos expuestas por el demandante. Por lo tanto, se entiende superado el requisito de subsidiariedad.

5.3. Satisfacción del requisito de inmediatez

80. En este caso se cumple con el requisito de inmediatez, pues transcurrió un lapso de poco menos de dos meses entre la emisión de la última decisión y la presentación de la acción de tutela. En efecto, la tutela se presentó el 13 de abril de 2012 en tanto el fallo proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado data del 16 de febrero de 2012. Por tal razón,

se encuentra que este requisito está satisfecho, pues el periodo comprendido entre la acción de tutela y la decisión judicial demandada y que se considera vulneradora de los derechos fundamentales del actor, es razonable y no afecta el principio de seguridad jurídica de las decisiones judiciales.

5.4. La incidencia directa de una irregularidad procesal en la decisión impugnada.

81. Este presupuesto no aplica al caso bajo análisis puesto que el demandante canaliza sus reparos a través de los defectos sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente judicial, razón por la que no se discute una irregularidad en el procedimiento.

5.5. La identificación razonable de los hechos y derechos presuntamente vulnerados, y su alegación en el proceso judicial

82. Este presupuesto se encuentra debidamente cumplido. Los antecedentes dan cuenta de la censura del demandante quien señala como fuente de la vulneración de su derecho al debido proceso la sentencia de segunda instancia que profirió la Sección Primera del Consejo de Estado que declaró la pérdida de su investidura como concejal del Distrito Capital.

El accionante señala que la decisión consideró que la circunstancia que él alegó como fuerza mayor no era irresistible, pues al momento en que él tenía la obligación de posesionarse en el cargo, su esposa no había sido designada aún como funcionaria de la Alcaldía distrital, en consecuencia, su nombramiento era una mera expectativa que no tenía la entidad de ser "irresistible". Igualmente, la providencia judicial señala que el actor debió tomar posesión de su cargo, y cuando el nombramiento de su esposa fuera una realidad, debía renunciar.

5.6. No se trata de una tutela contra tutela

83. Como se indicó en este caso se impugna una decisión de segunda instancia en un proceso de pérdida de investidura emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado, en contra del señor Carlos Romero como concejal del Distrito Capital. De esta manera este requisito se encuentra cumplido.

6. Análisis de los cargos de la demanda

85. Como se indicó en la presentación de este caso, contra la decisión del 16 de febrero de 2012 que declaró la pérdida de investidura del demandante, se formularon varios cargos que la Corte sistematizó en los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Constituye un defecto sustantivo, en la modalidad de interpretación irrazonable, considerar que el anuncio del nombramiento de la esposa de un concejal electo en un cargo que le generaría incompatibilidad e inhabilidad, no constituye causal de fuerza mayor que, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, exime al elegido de la pérdida de investidura, por la no posesión en su cargo?

(ii) ¿Viola directamente la Constitución la sentencia demandada al omitir la aplicación de los

artículos constitucionales relativos al derecho a la igualdad (art. 13 C.N.), la autodeterminación de las mujeres (art. 43 C.N.), y el desempeñar de cargos públicos (art. 40 C.N.), al considerar que la excusa presentada por el señor Romero Jiménez para no tomar posesión del cargo de concejal, no constituía fuerza mayor?

(iii) ¿La sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado desconoció el precedente de la misma Corporación según el cual si la excusa presentada por un llamado a posesionarse en una Corporación pública no es rechazada, se entiende avalada?

6.1. La inexistencia de un error sustantivo en la interpretación del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. La excusa del actor no constituía fuerza mayor para la posesión en su cargo.

86. Como se ha reseñado, la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado analizó si la excusa presentada por el accionante el 1º de enero de 2008 ante el Concejo de Bogotá, constituía una situación de fuerza mayor que le impedía posesionarse en el cargo para el cual fue elegido. Dicho Tribunal consideró que las razones aducidas por el accionante no configuraban una circunstancia de ese tipo, comoquiera que el anuncio de nombramiento de la señora Clara López, realizado por parte del Alcalde Distrital el día 1º de enero de 2008, era una mera expectativa para la fecha, por lo tanto, no era un hecho cierto del cual se pudiese predicar una irresistibilidad y por tanto una circunstancia de fuerza mayor. Adicionalmente, la providencia señaló que el accionante debió cumplir con su deber de posesionarse en su cargo y cuando estuviese en firme el acto de designación de la doctora López, el señor Romero debió renunciar.

En el caso, el 1º de enero de 2008, día que se instaló el Concejo de Bogotá para el período 2008-2011, el señor Carlos Romero no se presentó y, en su lugar, envió, ante el Presidente de la Corporación, una excusa en la cual expuso las razones que le impedían tomar posesión del cargo de concejal, y solicitó llamar a quien correspondiera sucederlo para ocupar su curul. El accionante expuso que en la misma fecha, el Alcalde de Bogotá había anunciado que nombraría como secretaria de gobierno a su compañera permanente, lo que le impedía asumir su investidura de concejal, pues generaría una casual de incompatibilidad e inhabilidad y no podía impedirle a su pareja que aceptara tal designación.

Con base en estas circunstancias, el actor señala que la decisión accionada desconoce la norma (parágrafo 1º del art. 48 de la ley 617 de 2000) que consagra la fuerza mayor como excepción de la causal de pérdida de investidura que le fue aplicada, y no tiene en cuenta que, en este caso, lo que motivó la omisión de su deber de posesionarse del cargo fue una circunstancia ajena a su voluntad.

87. Pues bien, la norma que sirvió de fundamento a la decisión del Consejo de Estado es el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que efectivamente permite al elegido popularmente excusarse ante su inasistencia a la toma de posesión dentro de los tres primeros días de sesiones, en desarrollo de las garantías constitucionales de juzgamiento frente a su conducta, cuando mediere para ello una situación de fuerza mayor.

88. Frente a dicha norma, al analizar el sub examine la Sala encuentra que no se configura un defecto sustantivo, en los términos en que ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, toda vez la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó la norma pertinente

sobre la fuerza mayor como justificante frente a la causal examinada en el juicio de pérdida de investidura, y bajo una interpretación razonable concluyó que la excusa formulada no reunía los atributos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan dicha causal como eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, la Corte considera que la expectativa que generó el anuncio del Alcalde Mayor del distrito, sobre el eventual nombramiento de la compañera del actor como Secretaria de Gobierno, no satisfacía los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la fuerza mayor, interpretación que a juicio de la Corte resulta razonable. Lo anterior, con base en dos razones esenciales.

89. En primer lugar, la excusa presentada por el accionante ante el Concejo distrital el 1º de enero de 2008 no era válida ni lo exoneraba de su obligación de tomar posesión del cargo porque no se había cumplido en el momento en el que el debía tomar posesión. Por tal motivo, el Consejo de Estado concluyó acertadamente que si no existía el hecho generador de la supuesta inhabilidad al momento de cumplirla, el señor Romero Jiménez había incumplido su obligación constitucional y legal de tomar posesión de su cargo.

Sobre esta situación, el fallo del Consejo de Estado explicó que el accionante debía tomar posesión el día 1º de enero de 2008, y que el término para cumplir con dicha obligación se extendía hasta el día 4 de enero del mismo año (3 días hábiles). Y que el anuncio del Alcalde Distrital según el cual nombraría a la compañera permanente del actor como Secretaría de Gabinete, constituía una mera expectativa que no tenía ningún efecto al momento de la toma de posesión. Lo anterior, debido a que la circunstancia inhabilitante no estaba vigente al momento de tomar la posesión pues como evidenció el Consejo de Estado, el nombramiento de la señora López Obregón se realizó el día 8 de enero de 2008[150], es decir, 4 días después de haber expirado el término de los 3 días que tenía el señor Romero Jiménez para posesionarse.

90. Ahora bien, respecto a las características de la fuerza mayor del mencionado anuncio, la Corte encuentra que, si bien puede alegarse que la situación era ajena a la voluntad del señor Romero, y que por tanto era externa a sus obligaciones, no cumplía a cabalidad con el requisito de resultar imprevisible e irresistible de forma conjunta, tal y como lo exige la doctrina jurisprudencial en torno a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.[151] De hecho, es posible aceptar que el anuncio del nombramiento del Alcalde hubiera podido tener el carácter de imprevisible pues hacía parte de su fuero interno –el del Alcalde–, pero en todo caso nunca pudo ser irresistible para el actor pues bien podía tomar posesión del cargo sin ninguna consecuencia jurídica pues su esposa en ese momento específico no había sido nombrada como funcionaria de la administración distrital. De esta manera, a pesar de constituirse en una circunstancia externa al actor, e incluso aceptando que era imprevisible, no resultaba irresistible porque bien podía tomar posesión de su cargo, y eventualmente renunciar al mismo, tal y como lo concluyó razonablemente el Consejo de Estado.

92. Pero, además de lo explicado en precedencia, existe una segunda razón que resulta particularmente importante para la Corte debido a que explica por qué el actor no se encontraba en ninguna situación de inhabilidad e incompatibilidad al momento de tomar

posesión. Contrario a lo aducido en la excusa presentada el 1º de enero de 2008 ante la presidencia del Concejo Distrital de Bogotá, el señor Romero no se encontraba incurso en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad para el momento en el que debía tomar posesión; puesto que quien en realidad se encontraba imposibilitada para asumir su cargo era la señora Clara López Obregón. Para explicar esta situación, es necesario observar con el mayor rigor jurídico la situación en la que se encontraban tanto el accionante como su compañera para evitar cualquier tipo de confusión e, incluso, evitar llegar a considerar (como lo hizo el actor en la demanda) que se trata de algún tipo o forma de discriminación en razón del género. Lo que da pie a este tipo de confusión es la deficiente explicación que realizó la providencia del Consejo de Estado, en relación con la definición del momento a partir del cual el actor había adquirido su investidura, y las consecuencias inhabilitantes que dicha investidura irradiaban sobre la situación de su compañera permanente.

93. En efecto, como se señaló en los fundamentos de esta providencia, el Consejo de Estado ha explicado[153] la diferencia existente entre el momento en el que se adquiere la investidura para la que es elegido representante popular (congresista, diputado, concejal o edil), y el momento en el que se inicia el ejercicio de las funciones del cargo.[154] Con base en dicha distinción, es claro que el señor Carlos Romero Jiménez adquirió su investidura como Concejal a partir del 28 de octubre de 2007[155], momento en el cual fue elegido para integrar el Concejo distrital de Bogotá. Desde ese momento, había adquirido las dignidades y obligaciones que su investidura le confería en relación con los ciudadanos que lo habían elegido y, por tanto, debía posesionarse el 1º de enero de 2008 para iniciar el ejercicio de las funciones que a él le habían sido encomendadas.

94. Por su parte, la señora Clara López Obregón, al ser la compañera permanente del señor Romero, se encontraba inhabilitada desde el 28 de octubre de 2007 para desempeñar cualquier cargo dentro de la administración del Distrito capital por estricto mandato constitucional y legal. En efecto, es necesario recordar que el artículo 292 de la Constitución Política de 1991 ordena que “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” Dicha prohibición, está replicada en el artículo 49 de la ley 617 de 2000 el cual prescribe:

“Artículo 49.- Modificado por el art. 1, Ley 821 de 2003, Modificado por el art. 1, Ley 1148 de 2007. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.” (Subrayados adicionados al texto).

95. Por tal circunstancia, es errada la interpretación que plantea la demanda respecto a la

situación del accionante. Contrario a lo afirmado, al momento de posesionarse en el cargo éste no se encontraba en ninguna situación de inhabilidad e incompatibilidad y, por tanto, tampoco se encontraba frente a alguna situación de fuerza mayor pues no se enfrentaba a ninguna situación irresistible, imprevisible o externa al cumplimiento de sus obligaciones, comoquiera que su compañera permanente no hacía parte de la administración distrital para el momento en el que adquirió su investidura, e incluso, ni siquiera para el momento en el que debía iniciar el ejercicio de sus funciones (1º de enero de 2008).

96. Por tal razón, el anuncio realizado el 1º de enero de 2008 por el Alcalde Distrital al que hace referencia el actor, según el cual nombraría a su compañera como Secretaria de Gobierno, no tenía ninguna incidencia ni validez en relación con el deber de tomar posesión de su cargo, pues de haber ocurrido dicho nombramiento el Alcalde distrital y la señora Clara López Obregón habrían infringido la prohibición establecida en el artículo 292 de la Constitución y en el artículo 49 de la ley 617 de 2000.

97. De esta manera, el haber renunciado a la obligación de tomar posesión de su cargo, no constituye más que un acto de carácter personal por parte del señor Romero Jiménez que eximió a su compañera permanente de incurrir en la inhabilidad establecida en las normas citadas. No obstante, dicho acto por muy loable que se pueda llegar a considerar, constituye una circunstancia de estricto carácter personal, que no exime al demandante de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales en relación con el deber de tomar posesión de su cargo como Concejal del Distrito capital.

Con base en los anteriores argumentos la Corte encuentra que no prospera el cargo por defecto sustantivo alegado por la parte actora.

6.2. La inexistencia de la violación directa de la Constitución en relación con los derechos a la igualdad (art. 13 C.N.), la autodeterminación de la mujer (art. 43 C.N.), y el derecho a desempeñar cargos públicos (art. 40 C.N.).

98. El demandante asegura que la providencia demandada incurrió en una violación directa de los artículos 13, 43 y 40 de la Constitución al establecer que él tenía derecho a impedirle a su compañera permanente que asumiera el cargo de Secretaria de Gobierno, y que ella requería su permiso para aceptar tal designación.

99. Al respecto, la Sala evidencia que la providencia del Consejo de Estado señaló que el anuncio de nombramiento de la señora López, efectuado por el Alcalde Distrital -1º de enero de 2008-, era una mera expectativa. A su juicio, la manifestación del Alcalde debía concretarse con un acto administrativo de nombramiento y posterior aceptación por parte de aquella, pues no se trataba de un cargo de forzosa aceptación. Por eso, consideró que la excusa del accionante relativa a que su esposa sería nombrada en el gabinete distrital y que él no podría impedirle esa oportunidad, no era una situación irresistible. En consecuencia, no era una razón legal, “idónea ni valedera para excusar su proceder y más aún cuando la esposa del concejal también habría podido tomar la decisión de no aceptar el nombramiento que se le hizo para no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital”[156].

100. Como se explicó en el análisis del cargo anterior, la excusa presentada por el demandante no constituía una circunstancia de fuerza mayor, comoquiera que no tenía la entidad de ser irresistible al actor, y porque en todo caso, quien se encontraba inhabilitada al momento del término de posesión para ser designada como funcionaria en la administración distrital era la señora Clara López Obregón.

101. Ahora bien, sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la autodeterminación de la mujer y el acceso a cargos públicos, la Sala no puede admitir el argumento del actor según el cual, la decisión adoptada por el Consejo de Estado implicaría que su compañera permanente estaba sujeta para la aceptación de su cargo en la administración distrital al deseo de su compañero.

102. Nuevamente, como se explicó en el análisis del cargo anterior, en este caso lo que realmente se necesitaba aclarar era que la obligación de tomar posesión por parte del señor Romero Jiménez, era una circunstancia jurídica anterior a la designación de la señora Clara López, que la inhabilitaba (art. 292 C.N. y art. 49 L. 617 de 2000), razón por la que no constituía una situación de fuerza mayor. Dicha circunstancia en manera alguna constituye una situación de discriminación en razón del género y de su condición de mujer de la señora Clara López Obregón.

103. Para explicar que ello no es así, bastaría con intercambiar los roles de género para demostrar que, independientemente de su condición de hombre o mujer, la situación se ceñía a establecer que la elegida o el elegido como Concejal debía tomar posesión del cargo porque había sido electa con anterioridad, y que quien no podía, posteriormente, ser nombrado en la administración distrital (igualmente, hombre o mujer) era su compañero o compañera porque estaba inhabilitado para hacerlo por expresa prohibición constitucional (art. 292 C.N. y 48 de la ley 617 de 2000). También se puede utilizar el mismo ejemplo, reemplazando la condición de género por la de hijo o hija del elegido concejal, en lugar de la compañera permanente, pues la regla aplicable al caso es la misma. En suma, en este caso, contrario a lo planteado por el demandante, resulta absolutamente irrelevante el género del compañero o compañera permanente.

104. Con todo, la Corte halla cierta razón al demandante en considerar reprochables algunos de los argumentos expuestas por el Consejo de Estado, pues no se corresponde con el rigor jurídico de una decisión de la relevancia como la que se discute, señalar que la señora Clara López Obregón debía “tomar la decisión de no aceptar el nombramiento que se le hizo para no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital.” Lo que correspondía en estricto derecho era explicar que la regla de adjudicación –es decir, de decisión de la controversia– en este caso, se sustentaba en la situación de inhabilidad que sobrevenía a la compañera del actor, sin ninguna relación con su condición de mujer y compañera permanente.

105. Por lo expuesto, el sub examine no constituye un caso que deba interpretarse como un reproche hacia la libertad e igualdad de las mujeres para ejercer cualquier cargo público. Máxime cuando esta Corte ha reiterado y reafirmado en diversas ocasiones su posición en relación con la necesidad de proscribir todas las formas de discriminación, invisibilización y trato injustamente diferenciado hacia las mujeres. Lo anterior, comoquiera que “el trato

diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente.”[157] Como ha reconocido esta Corporación, la igualdad material de género aún constituye una meta, por la subsistencia de realidades sociales desiguales. Por ello, ha sostenido que “la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público, donde se incluyen los operadores jurídicos”[158]

106. Por las anteriores razones, la Corte precisa que el fundamento de la decisión que ahora se revisa únicamente puede estar apoyado en la estricta interpretación de los fines constitucionales que de la pérdida de investidura ha establecido la jurisprudencia constitucional, lo que implica la plena garantía del debido proceso que guía los pronunciamientos tanto el Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

107. Aclarado lo anterior, la Corte considera que contrario a lo expresado por el accionante, la sentencia del Consejo de Estado, tiene pleno sustento en la normatividad constitucional, especialmente en el artículo 40 y 113 de la Carta, pues tiene un claro énfasis en el respeto y la defensa de los derechos de representatividad de los electores, frente a los cuales no es posible anteponer ningún tipo de interés personal o familiar, pues las únicas circunstancias oponibles al deber democrático de desempeñar la investidura para la que se es elegido, están estrictamente delimitadas a los casos constitutivos de fuerza mayor.

108. Como se explicó en los fundamentos de esta providencia[159], nuestra Constitución ofrece una especial protección al principio de representación política como desarrollo del principio democrático que guía nuestro sistema político. Dentro de este ámbito de protección, se ha establecido un régimen de comportamiento estricto y riguroso tanto para los congresistas como para los miembros de las corporaciones públicas de elección popular (diputados, concejales y ediles). Y, adicionalmente, se ha establecido un procedimiento de juzgamiento y de sanción igualmente muy especial y severo en relación con su sanción.

109. Por tales consideraciones, al analizar la decisión proferida por el Consejo de Estado, la Corte encuentra que la misma se corresponde con los fines de la institución de la pérdida de investidura. Debido a su carácter sancionatorio especial, el juzgamiento de las conductas por parte de los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular es particularmente rígido pues con ellos se “castiga la transgresión al código de conducta intachable que los [representantes populares] deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan[160], y se inclina por privilegiar la finalidad de “dignificar y enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas.” Razón por la que se ha precisado que dicha figura se erige en “un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan”.[161]

110. En el caso del señor Romero Jiménez la Sala ha explicado cómo su actuación, se fundó en una circunstancia de carácter personal, la cual no constituía una circunstancia de fuerza mayor. Y que, a pesar de lo apreciable y noble que pueda llegar a considerarse su determinación con miras a beneficiar a su compañera permanente, no constituía una situación que lo excusara de su deber como representante elegido popularmente para tomar posesión de su cargo, máxime si se tiene en cuenta que al momento del cumplimiento de dicho deber, no existía ninguna situación para él inhabilitante.

111. Así las cosas, y frente a los argumentos planteados en este cargo, la Corte encuentra que tampoco se constató una violación directa de la Constitución en la valoración de la causal invocada como fuerza mayor, toda vez que no se advierte que el fallo cuestionado hubiese dejado de aplicar una disposición ius fundamental que fuese imperativa para regir el caso concreto, o que hubiese aplicado la ley al margen de los dictados de la Constitución. Por el contrario, el fallo impugnado se enfoca en una perspectiva de defensa de los derechos constitucionales de representatividad del electorado, frente a los cuales no pueden sobreponerse intereses personales o familiares, a menos que estos, en efecto, constituyan fuerza mayor.

6.3. De la ausencia de desconocimiento del precedente judicial en el caso concreto.

112. En relación con este cargo, el actor alega que la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado y con la que se declaró su pérdida de investidura no tuvo en cuenta el precedente fijado en la sentencia del 13 de noviembre de 2001, el cual estima, era vinculante. Para determinar si el demandante tiene razón, resulta necesario describir el contenido de la providencia que se alega como aplicable al caso concreto.

113. En la providencia referida, se analizó el caso del señor Manuel Guillermo Mora Jaramillo quien aparecía en el segundo renglón en la lista para la Cámara de Representantes que encabezaba Miguel Ángel Flores Rivera durante el período 1998-2002. El señor Flores Rivera fue sancionado con pérdida de investidura, razón por la cual la Cámara de Representantes convocó al señor Mora Jaramillo a ocupar la curul. El llamado se efectuó en dos ocasiones, a saber, el 6 de febrero y el 26 de abril de 2001. En la última ocasión, el Secretario General de la Cámara de Representantes le otorgó un plazo de ocho días para la posesión. Al respecto, el llamado señaló que renunciaba a ocupar la curul.[162] Por otro lado, cabe precisar que el demandado fue elegido alcalde de la ciudad de Cúcuta el 3 de noviembre de 2000, para el período 2001-2003, y tomó posesión de ese cargo el 27 de noviembre de 2000.

114. Al resolver la demanda de pérdida de investidura, el Consejo de Estado señaló que no era posible considerar que por figurar en el segundo renglón de la lista, el señor Mora Jaramillo hubiera sido elegido representante a la Cámara, pues el elegido era quien ocupaba el primer renglón.

Al examinar las razones del afectado para no tomar posesión de su cargo, señaló que no se trataba sólo de “la simple dificultad que pueda tener el Congresista elegido o el llamado para tomar posesión del cargo legislativo en un momento dado”, por lo tanto, debían exponerse razones que llevaran a concluir que había existido fuerza mayor. Y en caso de que la fuerza mayor no se configurare, correspondía a la Mesa Directiva, rechazarla y

comunicar tal decisión para la posesión.

Finalmente, el Consejo de Estado consideró que el cargo no prosperaba, pues la Mesa Directiva de la Corporación indujo “a error al Candidato llamado a tomar posesión del cargo vacante, lo cual resalta como práctica común en esa situación” al aceptar sus excusas y no rechazárselas, a pesar de no reunir los requisitos legales. En consecuencia, consideró que el actuar errado del demandado no es suficiente para decretar su pérdida de investidura.

115. Presentada la sentencia respecto de la cual se alega su desconocimiento, la Sala encuentra que tampoco se acreditó que la decisión de pérdida de investidura se hubiese producido con violación del precedente, comoquiera que las decisiones invocadas por el accionante se produjeron frente a situaciones fácticas distintas a las que son objeto del presente examen.

116. En dicho caso, se hace referencia a las excusas presentadas por un llamado a ocupar una curul en el Congreso. Al respecto, la Corte encuentra que esta calidad no se puede asimilar a la de quien es electo popularmente. El llamado no es elegido, sólo tiene una eventualidad de serlo. El deber de tomar posesión de quienes fueron elegidos popularmente, puede ser considerado más exigente que el deber de tomar posesión de quienes fueron llamados a suplir una curul que quedó vacante. En consecuencia, el reproche del primero no se extiende necesariamente para el segundo. En ese sentido, las consideraciones respecto a las excusas presentadas por los llamados para no asumir el cargo, no se trasladan, prima facie, a los electos.

117. Así las cosas, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado indicada por el accionante no constituía un precedente aplicable al caso concreto porque se estudiaba la excusa para no posesionarse presentada por un llamado varios meses después de haberse elegido, no la de un elegido cuya vocación de posesión es más certera, tal como en el caso del ahora actor.

118. Por consiguiente, no se encuentra que la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado haya incurrido en la causal específica de procedibilidad por desconocimiento del precedente judicial.

119. De esta manera, al encontrar que en la providencia judicial que se demandó mediante la acción de tutela que se examinó, no se configuraron ninguno de los cargos formulados por el demandante, se confirmarán las decisiones de instancia, pero por las razones expuestas en la presente sentencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de los términos del presente proceso.

Segundo.- CONFIRMAR las sentencias del 30 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta del

Consejo de Estado, y del 7 de junio de 2012 de la Sección Segunda –Subsección B- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto negaron la tutela promovida por el señor Carlos Arturo Romero Jiménez contra la Sección Primera del Consejo de Estado, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

María Victoria Calle Correa

Presidenta (e)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GULLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Magistrado

Ausente

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA SU-501/15

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Se debió declarar la procedencia, por cuanto no existió fuerza mayor, la excusa para no posesionarse en el cargo de Concejal presentada por el accionante fue razonable, válida y exonera de culpa (Salvamento de voto)

SANCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Para despojar de su investidura a una persona elegida popularmente, es necesario comprobar que su conducta tuvo un elemento de culpabilidad (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO A LA AUTONOMIA DE LA MUJER-Vulneración por Consejo de Estado al considerar que Secretaria de Gobierno Distrital debía renunciar para que su compañero permanente tomara posesión del cargo de Concejal, en proceso de pérdida de investidura (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-3.756.821

Acción de Tutela instaurada por Carlos Arturo Romero Jiménez contra la Sección Primera del Consejo de Estado

Magistrado Ponente (e):

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Con el respeto que merecen las providencias de esta Corporación, me permito manifestar mi salvamento de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la

referencia.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

1. Considero que en la sentencia SU-501 de 2015 se incurre, al menos, en varios errores conceptuales sobre la procedencia de la figura de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad en el caso sub examine, que han tenido como consecuencia la confirmación, por la Sala Plena de esta Corporación, de la sanción de pérdida de investidura impuesta al accionante por la Sección Primera del Consejo de Estado -en sede contenciosa-.

En este sentido, creo que ha debido la Sala profundizar sus argumentos en el análisis de la configuración de un defecto sustantivo y en la violación directa de la Constitución, en particular de los artículos 13 (igualdad) y 29 (debido proceso), en el fallo acusado.

2. Respecto de la figura de la fuerza mayor debo señalar que aunque no existió en principio fuerza mayor, la excusa para no posesionarse en el cargo de Concejal presentada por el accionante ante el Concejo de Bogotá el día 1º de enero de 2008 fue razonable, válida y exonera de culpa por dos razones: a). porque actuó con diligencia y transparencia; y b). porque la administración -la Presidencia del cabildo Distrital- procedió de forma tal que le generó confianza en su conducta.

En efecto, si se observa con atención, aunque el accionante no usó la palabra “renuncia”, manifestó por escrito una acción de la que puede concluirse -en la práctica- su renuncia: “En virtud del anuncio del sr Alcalde en el acto de posesión de esta mañana, de que nombrará como Secretaria de Gobierno a mi esposa CLARA LÓPEZ, me veo imposibilitado para asumir el cargo de Concejal de Bogotá, para el cual fui elegido en los pasados comicios electorales (2008-2011) con el fin de evitar inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes. Solicito a usted sr. Presidente de conformidad con lo dispuesto en el régimen electoral, llamar a quien corresponda sucederme para que asuma como Concejal de Bogotá”. (F.J. 3). (Subrayas fuera de texto).

Y así lo entendió el entonces Presidente del Concejo de Bogotá[163], que concluyó al respecto: “Muy bien, dejó constancia que como Presidente, recibo la notificación del concejal Carlos Romero, de no tomar posesión, y en consecuencia también dejo constancia que han sido informados todos los concejales en esta Plenaria de dicha situación, por lo tanto sra Secretaria (General del cabildo Distrital) imparto instrucción a ud para que se sirva constatar en el CNE o con la Registraduría o el órgano competente, quién es el concejal que debe ser llamado a ocupar esta curul (...). La Presidencia entonces, imparte instrucción para que sea llamado el siguiente ciudadano de acuerdo al orden (...)” (F.J. 3). (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, es claro que el accionante puso en conocimiento del Concejo de Bogotá - apenas le fue posible- todas las circunstancias relevantes para que se tomaran las determinaciones necesarias respecto de su renuncia. De igual forma, entendió que le era imposible posesionarse como Concejal de Bogotá por el inminente nombramiento de su compañera permanente como Secretaria de Gobierno Distrital; hecho por el cual, manifestó no poder posesionarse y así lo entendió y validó el cabildo Distrital. Esta simple circunstancia permite constatar que actuó de buena fe y con transparencia, lo que lo exime de culpa[164].

Adicionalmente considero relevante reflexionar sobre el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible. Si existen circunstancias válidas que impidan que una persona cumpla su deber de tomar posesión del cargo para el cual fue elegido, deben tenerse en cuenta. Este postulado conduce a que no se puede exigir una conducta que resulte imposible de soportar, y sin esa consideración, imponer una sanción perpetua a los derechos políticos.

2. Ahora bien, estimo que la sanción del accionante con pérdida de investidura es desproporcionada. Si bien en principio no se configuran las causales normativas para hablar fuerza mayor, la excusa presentada fue razonable y de buena fe, en tal virtud, que el Concejo de Bogotá admitió y validó la excusa presentada. Es por esto que dicha actuación no puede recibir la misma sanción que la simple ausencia, ni puede considerarse desleal con la función pública o con los electores. En esta medida, debo reiterar que la sanción impuesta es desproporcionada.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las sanciones a los derechos políticos deben responder a parámetros de legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, como bien lo señaló la Corte al analizar la naturaleza y el alcance de los derechos políticos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el proceso de pérdida de investidura en la sentencia C-254A de 2012.

Es por estas razones que comparto el argumento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en primera instancia contenciosa, señaló que aunque en principio no había fuerza mayor, no se podía sancionar al peticionario del presente caso porque fue diligente e incurrió en una situación de confianza legítima frente a la actuación del Presidente del Concejo de Bogotá que no objetó la excusa, contrario sensu la admitió y la tramitó, dándole a entender con esto, que su renuncia había sido válida, legítima y aceptada.

3. El régimen sancionatorio de pérdida de investidura, en relación con la causal de no posesión del cargo, se sitúa en un escenario que exige probar la responsabilidad subjetiva del obligado, como condición para la imposición del castigo. Para aplicar la sanción se exige una valoración de hechos. En el caso concreto no se logró demostrar la culpabilidad del accionado al no posesionarse y esta situación, por sí misma, no es suficiente para imponer una sanción de tal magnitud. En estas condiciones, es forzoso concluir que al accionante se le condenó objetivamente y, al hacerlo, se incurrió en defecto sustantivo por aplicación del régimen de responsabilidad objetiva.

Con todo, debo señalar que la pérdida de investidura es un proceso político-disciplinario y, como tal, siempre debe evaluarse la responsabilidad subjetiva del agente, en términos de demostrar la existencia de dolo o culpa grave en su conducta. Y así lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que lo ha reiterado en las siguientes sentencias: i) Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2004. CP: Camilo Arciniegas, y; ii) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de junio de 2010, CP: Filemón Jiménez.

4. Por último, considero que en el fallo del Consejo de Estado se configuró violación del artículo 13 de la Constitución en la medida en que no se valoró adecuadamente ni con

ponderación, la situación de un hombre y una mujer puestos en una misma posibilidad de acceso a un cargo público y en situación de unión permanente. Lamentablemente, lo que al respecto arguyó el Consejo de Estado fue la posibilidad de que la mujer sacrificara su oportunidad laboral para que el hombre pudiera tomarla en su lugar. En el caso concreto, si el accionante se hubiera posesionado habría inhabilitado automáticamente a su compañera permanente.

Esta clase de argumentos esbozados en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado no son respetuosos del principio de igualdad de las mujeres, ni de su autonomía. Además, teniendo en cuenta que al Estado le corresponde eliminar los obstáculos que tienen las mujeres para alcanzar la igualdad real en materia laboral, es relevante no hacer este tipo de consideraciones que pueden reafirmar una serie de discriminaciones sutiles, pero tremendamente dañinas para la sociedad.

Ahora bien, respecto al cargo de violación del artículo 29 de la Constitución, es claro que la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado omitió la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva en el procedimiento de pérdida de investidura, dado que no aplicó el principio de culpabilidad al imponer la sanción. Este principio tiene fundamento en las garantías dispuestas en el artículo 29 de la Constitución. Por lo tanto, la no aplicación de este principio constitucional constituye no solo un defecto sustantivo, sino también una violación directa a nuestra Carta Política.

Fecha ut supra

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU-501/15

SANCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Es desproporcionada (Salvamento de voto)

SANCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Para despojar de su investidura a una persona elegida popularmente, es necesario comprobar que su conducta tuvo un elemento de culpabilidad (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Se debió exonerar de la sanción, por cuanto se omitió dar aplicación al principio de culpabilidad como garantía del procedimiento de pérdida de investidura (Salvamento de voto)

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Obligación de asumir un rol activo en la eliminación de los estereotipos de género perjudiciales basados en la inferioridad de las mujeres (Salvamento de voto)

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Desigualdad en el ámbito laboral (Salvamento de voto)

ESTEREOTIPOS DE GENERO Y DERECHO A LA AUTODETERMINACION Y AUTONOMIA DE LA MUJER-Vulneración por Consejo de Estado al considerar que Secretaria de Gobierno Distrital debía renunciar para que su compañero permanente tomara posesión del cargo de Concejal, en proceso de pérdida de investidura (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-3756821

Acción de tutela presentada por Carlos Arturo Romero Jiménez contra la Sección Primera del Consejo de Estado.

Magistrada Ponente (e):

MYRIAM ÁVILA ROLDAN

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento brevemente las razones que me conducen a salvar el voto en la sentencia de la referencia, proferida por la Sala Plena, el 6 de agosto de 2015.

En la sentencia SU-501 de 2015, esta Corporación analizó la acción de tutela promovida por el ciudadano Carlos Arturo Romero Jiménez contra la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado que le impuso al actor la sanción de pérdida de investidura.

Los hechos de la acción de tutela se remontan a Una demanda ciudadana que pretendía que se sancionara al ciudadano Carlos Arturo Romero Jiménez con la pérdida de su investidura, pues después de haber sido elegido concejal de Bogotá para el período 2008-2011, presentó excusa para no tomar posesión en su cargo porque su compañera permanente sería nombrada Secretaria de Gobierno de la Alcaldía Distrital..

Como se relata en la sentencia, el Tribunal Administrativo no acogió la pretensión del demandante. La sentencia fue apelada y la Sección Primera del Consejo de Estado decidió revocar la decisión inicial y sancionar al ciudadano porque consideró que la excusa del demandado no configuraba una causal de fuerza mayor que lo eximiera de su deber de tomar posesión en el cargo. Estimó que el nombramiento de la compañera del concejal no era una situación irresistible, pues era una eventualidad. Consideró que el señor Romero Jiménez debió haber tomado posesión en el cargo para luego renunciar. Finalmente, la providencia expuso que la ciudadana Clara López Obregón debió “tomar la decisión de no aceptar el nombramiento que se le hizo para no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital”.

El ciudadano sancionado presentó acción de tutela contra dicha providencia judicial. La acción de amparo fue rechazada en primera y segunda instancia.

Luego, la Corte Constitucional la seleccionó para revisión. En una primera oportunidad presenté un proyecto de fallo que acogía las pretensiones del actor. Sin embargo éste no fue aprobado por la Sala Plena de esta Corporación y le correspondió a la Magistrada Myriam Ávila Roldan proyectar la decisión final.

La sentencia SU-501 de 2015[165] negó la acción de tutela porque consideró que no se configuraba ninguna causal específica para la procedencia de la misma. Argumentó que no existía defecto sustantivo porque la Sección Primera del Consejo de Estado hizo una interpretación razonable de la norma aplicable, y consideró que, en efecto, la situación aducida por el accionante no podía ser catalogada de fuerza mayor porque no era irresistible. Afirmó que el actor no estaba inhabilitado para ejercer su cargo, pues era su compañera en quien recaía tal condición, así que el anuncio del alcalde de nombramiento de la doctora Clara López como Secretaria de Gobierno de la ciudad, no tenía incidencia en el deber de tomar posesión en su cargo en el Concejo. Así mismo, sostuvo que no se presentó ninguna discriminación en contra de la doctora López, debido a que la sanción que recibió el accionante se fundamentó en que aquel no cumplió con el estricto deber jurídico de tomar posesión en su cargo, tal como lo establece la ley. Para terminar, sostuvo que no se desconoció el precedente de la sentencia del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 2001 porque las situaciones fácticas no eran comparables, así que las obligaciones en cada caso eran diferentes.

En esta oportunidad, discrepo de la decisión de la Sala Plena por varias razones. Primero, porque considero que las características que se le han adjudicado a la figura de pérdida de investidura en el fallo y la forma de resolver el caso concreto en la acción de tutela, desconocen principios constitucionales y derechos fundamentales del sancionado. Y segundo porque estimo que la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en una discriminación en razón de género. Explicaré brevemente la primera e intentaré detenerme con más detalle en la segunda.

La sanción de pérdida de investidura

Me aparto de una parte de la caracterización y las implicaciones jurídicas que, en virtud de este caso, se le endilgan a la pérdida de investidura. Esta sanción surge de un estricto código de ética que quiso adoptar el constituyente para las personas que asumen funciones de representación popular. En ese sentido, es razonable que por las amplias responsabilidades que se entregan a los elegidos, aquellos obtengan un fuerte castigo si desatienden sus obligaciones. Sin embargo, la sanción no debe constituir una restricción desproporcionada a los derechos de los afectados. Y es precisamente en ese sentido que deseo salvar mi voto con respecto a la sentencia de la referencia, pues estimo que la sanción fue desproporcionada.

La pérdida de investidura es una sanción perpetua. Es la imposibilidad, de por vida, de ejercer cargos públicos. Impide, para siempre, que una persona que sirvió al Estado, vuelva a trabajar en él. Así que, es una de las excepcionalísimas ocasiones en las que en un Estado Social de Derecho se permite la imposición de una restricción de tal magnitud, pues ni las penas de prisión por los delitos más graves son perpetuas. En cambio, las sanciones disciplinarias por el ejercicio de la investidura, sí.

En mi criterio, la gravedad que reviste la pérdida de investidura implica que ésta sólo puede ser impuesta cuando se cumplan estrictas condiciones. Primero, estimo que no es posible disponer esta sanción a partir de un examen de responsabilidad objetiva. Por el contrario, sólo cuando un examen jurídico guiado por el principio de culpabilidad lleve a concluir que

una persona no actuó con la debida diligencia frente a sus deberes, será posible imponer la sanción. Como lo presenté en mi ponencia inicial, en ocasiones, la Sala Plena del Consejo de Estado ha asegurado que la sanción de pérdida de investidura está determinada por la presencia de una responsabilidad subjetiva.[166]

La Corte Constitucional ha establecido que debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura “está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales”[167]. Por lo tanto, en el proceso de pérdida de investidura, debe aplicarse también el principio de culpabilidad, que gobierna los asuntos que se analizan en materia penal, para ofrecer todas las garantías al investigado. Así las cosas, para despojar de su investidura a una persona elegida popularmente, será necesario comprobar que su conducta tuvo un elemento de culpabilidad

De igual forma, por tratarse de una restricción de una altísima entidad a los derechos fundamentales del procesado, en mi criterio, la sanción solo se podrá aplicar cuando respete los criterios trazados por la jurisprudencia y los tratados internacionales para limitarlos. Como expuso esta Corporación en la sentencia C 254A de 2012, sobre los derechos políticos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al retomar el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Observación General No. 25, “el derecho a elegir y ser elegido puede ser objeto de limitación siempre y cuando se cumpla con parámetros de legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.”

En consecuencia, dado que la pérdida de investidura es una restricción a perpetuidad del derecho a ser elegido, considero que el examen jurídico que se efectúe sobre la conducta de un servidor público demandado debe detenerse en revisar si la restricción no sólo es acorde a lo dispuesto en la ley, sino también, si aquella cumple con los parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad exigidos en caso de restricción de un derecho fundamental.

Sobre el anterior asunto, considero que la actuación del señor Carlos Romero fue diligente y transparente. Desde el primer día de sesiones en el Concejo, él expuso las razones por las que creía que no podía tomar posesión del cargo. Aunque su esposa solo tenía información pública de que iba a ser nombrada Secretaria de Gobierno cuando expuso su excusa, es de resaltar que apenas le fue posible, puso en conocimiento de la Corporación todas las circunstancias relevantes que afectarían su condición de concejal electo. Y ante esta situación, el Concejo actuó de forma que él entendió aceptada su justificación para no tomar posesión en el cargo.

En mi criterio, la sentencia SU-501 de 2015 analizó la conducta del señor Romero Jiménez y el proceso de pérdida de investidura como si se tratara de un proceso que se resuelve bajo un régimen de responsabilidad objetiva, cuando el problema jurídico se debía analizar bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva para que fuera coherente con las garantías mínimas que se deben brindar al momento de restringir derechos políticos e imponer una sanción como la que se aplicaba. A mi juicio, la actuación diligente y transparente del accionante, y la confianza que le generó la actuación de la Presidencia del Concejo de

Bogotá, que advirtió que su excusa era válida, debían llevar a exonerarlo de la sanción de pérdida de investidura, en virtud de un análisis de responsabilidad subjetiva. Lo anterior, configura un defecto sustantivo y una violación a la Constitución, pues se omitió la aplicación del principio de culpabilidad -artículo 29 superior-que debe guiar las garantías del procedimiento de pérdida de investidura.

También discrepo del análisis que efectuó la Sala Plena de la Corte Constitucional sobre la fuerza mayor en el caso concreto. El artículo 48 de la Ley 617 de 2000 estipula que se sancionará con pérdida de investidura al elegido concejal que no tome posesión en su cargo en los tres primeros días de sesiones. No obstante, indica que esa sanción no aplica cuando medie fuerza mayor. Sobre este último asunto, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido, como lo señala la sentencia SU-501 de 2015, que para que se configure la fuerza mayor, deben concurrir tres elementos, a saber: que la situación sea irresistible, imprevisible y exterior al demandado.[168]

En mi criterio, la situación expuesta por el accionante al Concejo de Bogotá sí reunía los elementos propios de la fuerza mayor. Era imprevisible porque el actor no podía conocer de una decisión discrecional del Alcalde Mayor. Era exterior a él, pues no ocurrió con ocasión de una participación suya. Y era irresistible porque el actor no podía interferir en el libre ejercicio de los derechos de su compañera permanente.

Por todo lo anterior, considero que la apreciación de los hechos y las reglas de imposición de la sanción de pérdida de investidura deben ser diferentes.

Los estereotipos de género

En segundo lugar, tengo la absoluta convicción de que la sentencia impugnada incurrió en un estereotipo de género, que afectó los derechos a la igualdad y a la libre determinación y autonomía de la compañera del accionante. Expondré por qué, a mi juicio, los pronunciamientos de la decisión judicial impugnada se ubican fácilmente en un contexto indeseado pero vigente, que crea roles para el desempeño laboral según el sexo, en el que históricamente a las mujeres se les ha relegado a ejercer los puestos bajos, con menos remuneración o a ocuparse de ciertas labores que se estiman acordes a sus supuestas características esenciales que son subvaloradas. Para desarrollar esta idea empezaré por exponer algunas cifras sobre la desigualdad laboral en Colombia y me detendré sobre el proceso de estereotipación como explicación de los tratos desiguales entre mujeres y hombres en este aspecto.

En especial, en este salvamento es mi deseo llamar la atención sobre el papel de los jueces y las juezas en la eliminación de los estereotipos de género que perpetúan la sociedad desigual y dificultan el ejercicio de los derechos de las mujeres, e incluso, en los derechos de algunos hombres. Estimo que es tarea de quienes administramos justicia, identificar estas prácticas construidas socialmente para contribuir a su eliminación.

Para empezar, es necesario tener presente el panorama de desigualdad en el ámbito laboral que ilustran las cifras. En los últimos años han mejorado las condiciones para las mujeres, sin embargo, subsiste la desigualdad. Según cifras del Ministerio del Trabajo, el desempleo, la informalidad y las brechas salariales afectan más a mujeres que a hombres. El índice de

desempleo de las mujeres es del 11.0%, mientras que de los hombres es de 6.4%. La informalidad de las mujeres ocupadas asciende a 51 %. Si una mujer tiene personas a cargo, su oferta laboral se reduce en un 17.5%, mientras que en la misma situación, a un hombre se le disminuye en 2.5%. Frente a hombres y mujeres con el mismo nivel de educación, los primeros tienen un salario 21% más alto que las mujeres. Además, las mujeres trabajan más horas a la semana, en promedio 10.8 horas adicionales.[169]

Esta desigualdad no corresponde, por supuesto, a imposibilidad de las mujeres de ejecutar las mismas labores que los hombres. Es producto, en gran medida, de un proceso en el cual la sociedad les ha fijado determinados roles, algunas “virtudes” y otras supuestas incapacidades, que incentivan su participación en cierto tipo de labores y obstaculizan su acceso a otras.

Ese proceso de asignación de características es conocido como estereotipación. Es el resultado de hacer generalizaciones sobre las cualidades de un grupo y juzgar a sus integrantes según esas etiquetas que se les imprimen. Los estereotipos crean categorías en las que “atribuyen a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente pertenencia a un grupo”[170] .

La creación de preconcepciones sobre las cualidades o incapacidades de los integrantes de ciertos grupos no son necesariamente negativas, de acuerdo con algunos autores[171]. Sin entrar en esa discusión, quiero hacer referencia a los estereotipos sobre las mujeres entendidos como asignación de roles, líneas de comportamiento y obligaciones que delinea la sociedad para ellas y que restringen el libre ejercicio de sus derechos.

Como muy bien han estudiado las autoras Rebecca Cook y Simone Cusack, a partir de las habilidades cognitivas y físicas de las mujeres, socialmente se han creado ciertos estereotipos de género que falsamente las ubican en determinados espacios. Por ejemplo, a partir de la posibilidad de algunas mujeres de ser madres, se suele asociar a todas las mujeres con el rol de cuidadoras y dedicadas a la crianza. Esto no es necesariamente negativo. Se convierte en problemático cuando esa idea implica no reconocer el valor de las actividades de las mujeres fuera del ámbito privado o cuando no se aprecia como trabajo su labor en el hogar.

Y en efecto, existe un estereotipo que falsamente sostiene que las mujeres no tienen la misma capacidad de los hombres para ejecutar tareas fuera del hogar. Por ejemplo, es tradicional que a las mujeres se les nieguen sus habilidades para asumir labores que requieren fortaleza, seguridad y entereza, pues éstas se asocian más a los hombres. Así, como señalan Cook y Cusack, “los estereotipos sobre las capacidades intelectuales o cognitivas de las mujeres, según los cuales estas son más débiles que los hombres, se usa con frecuencia para negarle a las mujeres posiciones en sectores educativos o profesionales.” Asimismo, “enfatan sus habilidades para la cooperación mientras que los estereotipos sobre los hombres valoran sus atributos agresivos y su firmeza. Como resultado de ello no se contrata usualmente a las mujeres en trabajos que valoran la firmeza y la agresividad, tal como aquellos que involucran liderazgo.”

Estas ideas no son teoría alejada de la realidad, pues como presenté algunas líneas atrás, en Colombia las mujeres tienen peores condiciones laborales que los hombres, incluso

cuando cuentan con el mismo nivel educativo. No están sumergidas en el trabajo formal en la misma proporción que los hombres, lo cual tiene implicaciones en términos de garantías de sus derechos. Además, su representación en los altos cargos del Estado no es igual a los hombres. Esto ha sido reconocido incluso por el Congreso de la República, que expidió la Ley 1475 de 2011, que adoptó medidas afirmativas con el objeto de asegurar e impulsar la igualdad de las mujeres en la conformación de las entidades del Estado.

Para una muestra de los estereotipos que operan en la realidad colombiana vale citar una investigación sobre las trayectorias de las mujeres en el país. Este estudio analizó las condiciones alrededor de los traslados de ciudad en el trabajo y concluyó que el comportamiento de las mujeres responde en buena medida al imaginario social según el cual ellas deben hacer sacrificios en el ámbito laboral para cumplir con su rol inicial de responsables del hogar. El estudio encontró que las mujeres parecen aceptar con menos frecuencia los traslados para no abandonar, ni descuidar su hogar y están “dispuestas a sacrificar su permanencia y progreso laboral para garantizar la estabilidad de la familia “[173]. Como resaltan las autoras a modo de conclusión, “[d]ichas disposiciones se presentan como elecciones libres tomadas para el bien del grupo familiar. No obstante, no se cuestionan por lo general las lógicas tradicionales subyacentes de masculinidad y feminidad que contribuyen a que los hombres se sientan más tranquilos en aceptar un traslado o un cargo de muchos viajes sabiendo que la logística de cuidado estará resuelta por otra persona, mientras que las mujeres primero tendrán que organizar dicha logística para poder tomar una decisión semejante.”[174]

Ahora bien, otras investigaciones han encontrado otro estereotipo que le se atraviesa a las mujeres en el ámbito laboral, que sostiene que las mujeres no tienen la cabeza fría para tomar decisiones de alta trascendencia para la sociedad y que los hombres son cognitivamente y físicamente más apropiados para estas labores. Como lo ha identificado la politóloga Angélica Bernal en sus investigaciones con lideresas, una de las dificultades que enfrentan las mujeres para participar en política consiste en un obstáculo de entrada impuesto “por la cultura en términos de los estereotipos sobre las esferas de acción y los papeles que deben cumplir las mujeres y que las aleja del mundo de lo público “. [175]

Las cargas sociales, sutiles pero pesadas, que se han impuesto a las mujeres y que se reflejan a través de los estereotipos de género limitan efectivamente su igualdad y libre autodeterminación. Las asignaciones de roles preconcebidos les entregan una tarea específica, para que actúen con base en ella. Así, es usual que en el ámbito laboral, por sólo mencionar tres estereotipos, se identifique a la mujer exclusivamente como aquella que debe dedicarse a la casa -a pesar de que esto no se valore como un trabajo-aquella que debe sacrificar su progreso profesional en virtud de los intereses de los demás miembros de la familia y aquella que debe estar alejada de los cargos de poder. No es negativo, por supuesto, que las mujeres cumplan esos roles, pues son una forma de trabajo digno. Lo discutible es que se les imponga y se les juzgue por no cumplirlos.

Ahora bien, precisado este estereotipo en el que considero que no debo detenerme a comprobar más ante la obviedad de su presencia en nuestra sociedad y los datos expuestos, paso a señalar cómo, a mi juicio, esta asignación de roles tradicionales se perpetuó en una decisión judicial.

A mi juicio, la sentencia del Consejo de Estado incurrió en, al menos, dos estereotipos de género cuando en el caso del elegido concejal Carlos Arturo Romero Jiménez expuso que la compañera del accionante habría podido no aceptar su cargo de Secretaria de Gobierno Distrital para “no afectar la permanencia de su esposo en el cabildo distrital”[176]. Estimo que este tipo de consideraciones perpetúan un falso imaginario según el cual las mujeres deben sacrificar sus oportunidades laborales en beneficio de su familia, en especial de su pareja, y deben permanecer en la casa, dedicadas a la labor de cuidado, lejos del acceso a cargos de poder. En mi criterio, este tipo de juicios ubican a las mujeres en el hogar, a pesar de que ellas así no lo deseen; resaltan la falsa idea de subordinación a la que deben estar sujetas las mujeres para no incomodar las labores de su esposo que sí se consideran relevantes; y, además, las alejan del poder político y el acceso a altos cargos.

Considero que el razonamiento del Consejo de Estado es contrario al principio de igualdad y a los derechos a la libre autodeterminación y autonomía de la mujer.

Primero, el razonamiento de la providencia impugnada en la acción de tutela es contrario al principio de igualdad porque, para concluir que el señor Romero incurrió en una actuación sancionable con pérdida de investidura, supuso que él tenía la posibilidad de impedirle a su esposa el ejercicio de sus derechos fundamentales. Para analizar si era procedente la sanción al accionante, el Consejo de Estado examinó si existió fuerza mayor para que el señor Carlos Romero no tomara posesión en su cargo. Uno de los elementos que debía analizar requería determinar si la situación por la que el accionante no tomó posesión de su cargo le resultaba irresistible. El Consejo de Estado estimó que el anunciado nombramiento de la señora Clara López era una situación que el elegido concejal podía resistir, pues habría podido tomar posesión en el cargo y renunciar, o su compañera habría podido no aceptar su nombramiento y permitir que la continuación de la carrera política del señor Romero. Sin embargo, no encuentro forma en la que el accionante hubiese podido resistir al ejercicio de los derechos de su pareja. La irresistibilidad supone la imposibilidad de actuar para que ocurra determinado hecho. Y en mi opinión, el accionante no podía interceder en la actuación de su esposa si ella estimaba que quería ejercer su derecho de acceder a cargos públicos.

Vale resaltar que según la sentencia del Consejo de Estado, la fuerza mayor se configuró porque, de acuerdo con las fechas en las que ocurrió el anuncio de nombramiento y efectivamente se designó a Clara López en el cargo de Secretaria de Gobierno, había suficiente tiempo para que Carlos Romero tomara posesión de su cargo y renunciara. No obstante, esta consideración no tiene en cuenta que la designación pudo haber sucedido con anterioridad, es decir, que Clara López pudo haber sido nombrada el primer o segundo día en los que Carlos Romero tenía plazo para posesionarse. Y en ese caso, lo exigible era que aquel renunciara a su curul para que su esposa no estuviera incurso en un impedimento, tal como lo hizo.

Por todo lo dicho, estimo que el ejercicio de los derechos individuales de las mujeres son una situación que puede considerarse irresistible para otra persona, pues implica suponer que ellas son la únicas titulares de los mismos.

Segundo, considero que las afirmaciones del Consejo de Estado sobre lo que debió haber

hecho la compañera del accionante para no interferir en su carrera política son contrarias a los derechos a la libre autodeterminación y a la autonomía de las mujeres. Desconocen la libertad de las mujeres porque les trazan lineamientos sobre su actuar, aun cuando ni siquiera la señora Clara López estaba vinculada al proceso. Las consideraciones de la sentencia impugnada trazaron una línea de conducta de la compañera del accionante, la juzgaron por apartarse del que consideraron un mejor actuar e, incluso, sancionaron al señor Romero.

Incurrir en un estereotipo de género que sitúa a las mujeres en labores del hogar, contrario a su querer, y que les reprocha el ejercicio de labores fuera de la casa, como lo hizo la Sección Primera del Consejo de Estado, implica retomar y reproducir una división social del trabajo injusta. Alimenta un imaginario social que se constituye en una de las causas reales de la actual y demostrada desigualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Y llega a afectar el ejercicio de los derechos de los hombres, pues el accionante fue sancionado, porque su esposa no actuó de la forma en la que, según la sentencia, ella debía proceder, entre otras razones.

Pienso que cuando las decisiones judiciales incurren en estereotipos de género para determinar lo que debió haber hecho una mujer para no imponer una sanción a su compañero, son incompatibles con la Constitución Política. Las palabras de las altas cortes, en tanto son intérpretes autorizadas del derecho, pesan sobre la vida de los ciudadanos y las ciudadanas. Lo dicho por el Consejo de Estado en esta oportunidad puede condicionar normativamente el actuar de muchas mujeres y el de sus compañeros, al momento de adoptar decisiones sobre su vida personal y profesional.

Finalmente, no es posible perder de vista lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que sostiene que es obligación de los Estados Partes ““modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”[177]

La anterior norma impone a los jueces y juezas una obligación de asumir un rol activo en la eliminación de los estereotipos de género perjudiciales basados en la inferioridad de las mujeres. Por lo tanto, creo que las autoridades judiciales debemos sumergirnos en los procesos sociales que crean patrones discriminatorios y restrictivos de las libertades de las mujeres para eliminar eficazmente la discriminación. Asimismo, debemos condenar los estereotipos que subordinan a las mujeres y, con mayor razón, debemos abstenemos de promoverlos. Encuentro especial importancia en esta tarea porque los jueces y las juezas tenemos la posibilidad de analizar los casos concretos en los que se presentan estas situaciones, así que el reproche abstracto lo debemos mantener en el estudio de los hechos de cada expediente. Es esa la oportunidad para generar los cambios sociales que hagan efectivas las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado y que promuevan una sociedad más igualitaria y menos invasiva con las decisiones autónomas de las mujeres que, históricamente, han sido constantemente desconocidas por los juicios de externos, sin ninguna legitimación para emitirlos.

Los jueces y las juezas debemos apartarnos de lo que el juez estadounidense William J. Brennan denominaba paternalismo romántico y que esconde tratos discriminatorios hacia las mujeres, detrás de consideraciones que parecen cordiales y simpáticas. Es nuestra misión develar en las sutiles prácticas cotidianas las imposiciones que se hacen a las mujeres sí, en realidad, buscamos combatir la discriminación.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Teniendo en cuenta esta consideración, la magistrada ponente aclara que la presente providencia se elaboró con base en el proyecto originalmente presentado por la magistrada Gloria Ortiz Delgado, razón por la cual gran parte de la reseña correspondiente a los antecedentes del proceso, así como algunos de los apartados del análisis del caso concreto en relación con el defecto por desconocimiento del precedente, corresponden a la primera versión presentada a la Sala Plena de la Corte Constitucional.

[2] Cuaderno 3 de Pruebas, folio 32. Acta de escrutinio de los votos para el Concejo de Bogotá, de las elecciones de octubre de 2007, de la ciudad de Bogotá, con fecha del 1 de noviembre de 2007.

[3] Cuaderno 1, folio 42. Comunicación del señor Carlos Romero Jiménez dirigida a Orlando Parada Díaz, Presidente del Concejo de Bogotá, con fecha de 1º de enero de 2008.

[4] Cuaderno 1, folio 45 y Cuaderno 3, folio 11. Acta 01 de 2008 del Concejo de Bogotá.

[5] Decreto Ley 1421 de 1993.

[6] Cuaderno 3, folio 41.

[7] Cuaderno 3, folio 42.

[8] Folio 4, cuaderno 3. Demanda de pérdida de investidura.

[9] Cuaderno 1, folio 39 y Cuaderno 3, folio 6. Demanda de pérdida de investidura.

[10] M.P. Magistrada Sandra Lisset Ibarra Velez.

[11] Folio 210 cuaderno 3. Sentencia de primera instancia de pérdida de investidura. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sala Plena.

[12] Folio 210 cuaderno 3. Sentencia de primera instancia de pérdida de investidura. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sala Plena.

[13] Folio 221, cuaderno 3. Sentencia de primera instancia.

[14] Íbid.

[15] Folio 225, cuaderno 3. Sentencia de primera instancia.

- [16] Cuaderno 3, folio 231.
- [17] Folio 327. Recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría contra la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- [18] M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.
- [19] Folio 211, cuaderno 1. Sentencia de segunda instancia.
- [20] Folio 211, cuaderno 1. Sentencia de segunda instancia.
- [21] Folio 211, cuaderno 1. Sentencia de segunda instancia.
- [22] Cuaderno No. 1 folio 214.
- [23] Página 4 y 5, cuaderno 1. Acción de tutela.
- [24] Sentencia del 13 de noviembre de 2001.
- [25] Tutela, página 8.
- [26] Página 8 de la tutela.
- [27] Página 10.
- [28] Página 11.
- [29] Página 11 cuaderno 1
- [30] Cuaderno 1, folio 13.
- [31] Cuaderno 1, folio 14.
- [32] Folio 14 y 15.
- [33] Página 16. Tutela. La tutela cita para fundamentar tal afirmación la sentencia del 16 de septiembre de 2010 de la Sala Plena del Consejo de Estado.
- [34] Cuaderno 1, folio 21
- [36] C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
- [37] Cuaderno 1, folio 401.
- [38] C.P. William Giraldo Giraldo.
- [39] M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [40] Es importante precisar que la jurisprudencia constitucional, adicionalmente, ha desarrollado una segunda modalidad del defecto procedimental denominada “por exceso ritual manifiesto”, que a pesar de no estar incluida en el conjunto de los tipos establecidos en la sentencia C-590 de 2005, hace parte integral de la doctrina de la tutela contra

providencia judicial que ha desarrollado la Corte. Esta forma de estructuración de aquel vicio de las providencias judiciales ha sido desarrollado por las sentencias T-1306 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-974 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-973 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-264 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-599 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras.

[41] Sentencia T-156 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. Ver también Sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[42] Sentencia T-757 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[43] Sentencias T-158 de 1993 Ms.Ps. Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell.; T-804 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-159 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] Sentencia T-790 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-510 de 2011 M.P. Jorger Iván Palacio Palacio.

[45] Sentencias T-572 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-172/00.SU-174 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[46] Sentencia T-100 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[47] Sentencia T-790 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] Sentencias T-572 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa..

[49] Sentencia T-1095 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[50] Cfr. Sentencia T-1045 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-1095 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[51] En la Sentencia T-079 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas se afirmó que “la interpretación errada de una disposición jurídica constituye una transgresión evidente al principio de legalidad, parte esencial del derecho fundamental al debido proceso, y un desconocimiento de la obligación del juez de fallar dentro del imperio de la ley (es decir, del derecho)”. Al respecto, Cfr. Sentencia T-1095 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[52] Sentencia T-1095 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[53] Cfr. Sentencia T-1045 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[54] Como puede apreciarse, esta causal se encuentra íntimamente ligada con el criterio hermenéutico de interpretación conforme, según el cual, la interpretación de la totalidad de los preceptos jurídicos debe hacerse de tal manera que se encuentre en armonía con las disposiciones constitucionales. En esa dirección la Sala Tercera de Revisión en sentencia T-191 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas) manifestó lo siguiente: “Así pues, el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa

máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no sólo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Política”.

[55] Cfr. Sentencia T-1045 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[56] En la Sentencia T-230 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño se precisó que: “[e]n todo caso, cuando se trata de una tutela contra decisiones judiciales y salvo casos de evidente arbitrariedad, la parte actora tiene la carga de demostrar que la interpretación del juez es abiertamente irrazonable o arbitraria. En este sentido, se exige de quien presenta la tutela contra una decisión judicial una mayor diligencia pues el acto que impugna es nada menos que una decisión de un juez que ha estado sometida a todas las garantías constitucionales y legales existentes”.

[58] Dice la Corte en la Sentencia C - 590 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño, que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que, “... si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

[59] En la sentencia C - 590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, se reconoció autonomía a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela, y se establecieron algunos criterios para su aplicación.

[60] Sentencias T-765 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández. Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P, que establece que los derechos de aplicación inmediata son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, intimidad, al buen nombre, la honra, al libre desarrollo de la personalidad, libertad, de conciencia, de cultos, expresión, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, a la libre circulación, al debido proceso, al habeas corpus y a la segunda instancia en materia penal, a la inviolabilidad del domicilio, a la no incriminación, de reunión, de asociación y los derechos políticos.

[61] Ver entre otras, las sentencia T - 199 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva y T-809 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[62] En la Sentencia T - 522 de 2001 Manuel José Cepeda Espinosa, se dijo que la solicitud debía ser expresa.

[63] Sentencias T-443 de 2010, T-100 de 2010, T-599 de 2009, T-014 de 2009, T-1094 de 2008, T-871 de 2008, T-777 de 2008, T-808 de 2007, T-589 de 2007, T-571 de 2007, T-117 de 2007, T-086 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-302 de 2006, T-292 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003, T-670 de 2003, T-468 de 2003 y T-340 de 2004. En particular en esta oportunidad se seguirá de cerca la línea argumentativa expuesta en la sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[64] Sentencia T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[65] Sentencia T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[66] Sobre la labor interpretativa del juez, en la sentencia T-330 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto, se indicó: “La actividad judicial supone la interpretación permanente de, entre otras cosas, disposiciones jurídicas. Ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener y tienen comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivan de ella, por esta razón, efectos disímiles.”

[67] Al respecto, en la sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, al estudiar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, relativo a las decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia que constituyen doctrina probable, este Tribunal sostuvo: “La función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado (...)”. Consultar adicionalmente la sentencia T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[68] Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En la sentencia T-193 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se estimó: “el principio de igualdad no se contrae exclusivamente a la producción de la ley. Asimismo, la aplicación de la ley a los diferentes casos debe llevarse a cabo con estricta sujeción al principio de igualdad. || La Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (...). || En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP arts. 230 y 228). (...). || Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera. || Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el

juez está normativamente vinculado por los dos principios -igualdad e independencia judicial-, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.”

[69] C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[70] Sobre este punto, en la citada sentencia C-836 de 2001, la Corte concluyó: “para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna”.

[71] Cabe advertir que, en criterio de la Corte, no toda divergencia interpretativa en este ámbito constituye una vía de hecho. Al respecto, en la sentencia T-302 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se precisó: “la Corte Constitucional ha sido unánime al señalar que siempre que la interpretación normativa que los operadores jurídicos hagan de un texto legal permanezca dentro del límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. (...) || Por tanto, no es dable sostener que la interpretación que hacen los operadores judiciales de las normas, se torna violatoria de derechos fundamentales por el solo hecho de contrariar el criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, e incluso de los distintos sujetos procesales.”

[72] M.P. (E): Rodrigo Uprimny Yepes.

[73] De acuerdo con la sentencia T-198 de 1998, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, un trato diferenciado puede ser constitucionalmente legítimo frente a situaciones que son similares, si se reúnen las siguientes condiciones: “(i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.”

[74] Véase las sentencias T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[75] Sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[76] Sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[77] Sentencia T-688 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[78] Los límites de la autonomía judicial también pueden consultarse en las sentencias T-808 de 2007, T-302 de 2006, T-698 de 2004 y T-468 de 2003.

[79] Sentencia T-698 de 2004 M.P. (E): Rodrigo Uprimny Yepes.

[80] T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[81] Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[82] Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[83] Sobre el particular, en la sentencias T-766 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se sostuvo: “el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007).”

[84] En relación con el contenido de la ratio decidendi en la sentencia T-117 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Corte señaló que “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”. Igualmente consultar T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[85] Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[86] Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441 de 2010 y T-014 de 2009.

[87] Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[88] Al respecto en la sentencia T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil la Corte señaló que “en la medida en que la Constitución Política (C.P. arts. 228 y 230) les reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, el principio de igualdad, en materia judicial, no puede interpretarse de manera absoluta, so pena de petrificar el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, impedir que las normas se ajusten a los cambios sociales, políticos y económicos que les dotan de pleno contenido y significación.”.

[89] Sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Además, en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido ratio decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.”

[90] Ver entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

[91] Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre este punto, por ejemplo, en la sentencia T-330 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto, esta Corporación precisó: “en suma, prima facie, los funcionarios judiciales están vinculados por la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los mismos una carga de argumentación más estricta. Es decir deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan.” Así mismo, en la sentencia T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte concluyó: “[S]i en la interpretación y aplicación de la ley se dota a la norma jurídica de contenido y significación, es obvio que las autoridades judiciales no pueden desconocer o inaplicar un precedente en un caso determinado, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique dicho cambio de criterio (precedente horizontal) o resulte admisible un tratamiento desigual a partir de la diversidad de circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez (precedente vertical).”

[92] Sentencia T-698 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[93] Sentencias T-698 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-934 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[94] Sentencia T-934 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[95] Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[96] Sentencia T-112 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[97] Sentencia C-237 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

[98] Así por ejemplo, en la exposición de motivos de la ponencia para debate la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se sostuvo que: “El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por la violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de investidura. (...) De igual manera el evidente incumplimiento de los deberes del congresista debe ser motivo para la sanción”. Cfr. Gaceta Constitucional núm. 51, pág. 27.

[99] Sentencia T-938 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería)

[100] Ídem.

[101] Constitución de 1991, artículo 183: Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. // 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. //

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. // 4. Por indebida destinación de dineros públicos. // 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. // PARAGRAFO. [INC. 1º— Adicionado. A.L. 1/2011, art. 1º]. La causal 1 en lo referido al régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos. // Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor

[102] La formulación de una dimensión ético-sustantiva está presente en las Constituciones propias de los Estados constitucionales contemporáneos. El proceso de constitucionalización ha llevado a que los ordenamientos jurídicos se vean permeados o impregnados por las normas de rango constitucional, las cuales contienen mandatos éticos y políticos. Las condiciones o factores necesarios para que este proceso de impregnación se surta se resumen básicamente en: (i) una constitución que no se ocupa únicamente de regular la organización de los poderes públicos, sino que también alberga disposiciones que confieren derechos, principios sustantivos y principios programáticos. En otras palabras, una constitución que va más allá de la mera regulación estructural del Estado y del entramado institucional del mismo. (ii) Una constitución escrita y rígida, que permite hablar de disposiciones constitucionales entendidas como disposiciones de un rango jerárquicamente superior al resto de disposiciones legislativas. Al ser una constitución rígida, a diferencia de otras disposiciones jerárquicas inferiores, sus disposiciones son difícilmente derogables—especialmente, las relativas a derechos, principios y valores morales—, lo que confiere todavía más fuerza y visibilidad a la dimensión ético-sustantiva de la Constitución. Y (iii) un control jurisdiccional de constitucionalidad, que permite garantizar no sólo en el sentido formal la rigidez de la Constitución, sino también en el sentido de su supremacía jurídica respecto de las demás normas. Al respecto, Cfr. Luque, Pau. De la Constitución a la Moral, Filosofía y Derecho, ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, Pp. 20-21.

[103] Cfr. Sentencias T-544 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y T- 987 de 2007.

[105] Sentencia T-086 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[106] Respecto al concepto de investidura, esta no hace alusión, simplemente, al sinónimo de cargo público, sino como equivalente a dignidad u honor referido al mandato que se ha conferido a un funcionario elegido popularmente mediante sufragio -voto- universal.

[107] Artículo 40 de la Constitución: “(...) todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, (...) “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (numeral 6º).

[108] Consultar la sentencia SU-1159 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

[109] Sentencias SU-1159 de 2003, T-086 de 2007 y T-147 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[110] Sentencia C-319 de 1994 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

[111] Sentencia C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), Consideración jurídica 3º,

criterio reiterado por las sentencias C-247/95, C-037/96 y C-280 de 1996.

[112] Cfr. C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), reiterada en la sentencia C-473 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Así, en el fallo C-247 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) este Tribunal constitucional sostuvo: “La Corte debe insistir en que las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda”.

[113] Cfr. Sentencia SU-721 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). En la sentencia C-247 de 1995 la Corte explicó que: “las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda”. En el mismo sentido consultar las sentencias C-280 de 1996, T-162 de 1998, T-544 de 2004, T-086 de 2007 y T-147 de 2011, entre otras.

[114] Cfr. Sentencia C-237 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

[115] Cfr. Sentencia C-237 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

[116] Cfr. Sentencia C-207 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y T-987 de 2007 (M. P.

Rodrigo Escobar Gil).

[117] Sentencia T-987 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[118] Sobre las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos por parte de la acción de pérdida de investidura, en la sentencia C-254A se explicó que, si bien los numerales 1, 2 y 7 del artículo 40 y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyen este derecho como categoría básica del ejercicio de la ciudadanía, el cual no puede ser sometido a restricciones indebidas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Observación General número 25 indicó, que el derecho a elegir y ser elegido puede ser objeto de limitación siempre y cuando se cumpla con parámetros de legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

[119] Ver, Sentencias C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-280 de 1996, C-473 de 1997, C-207 de 2003, T- 935 de 2009 y T-147 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo). En la sentencia C-280 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte declaró inexecutable el inciso segundo del numeral 2 del artículo 66 del anterior Código Disciplinario Único -Ley 200/95, por medio del cual el legislador otorgaba competencia al Procurador General de la Nación para adelantar investigaciones que culminaran con la sanción de pérdida de la investidura, de competencia del Consejo de Estado. Para la Corte, ese inciso violaba la Carta, pues, “en relación con los congresistas, la pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional disciplinario autónomo de competencia exclusiva del Consejo de Estado, por lo cual no es supeditable a ningún tipo de pronunciamiento, tal y como la Corte lo ha señalado -Sent. C-037/96. La investigación no puede entonces ser atribuida al Procurador, pues se estaría afectando la competencia investigativa y decisoria autónoma del supremo tribunal de lo contencioso administrativo. En estos casos, la labor del Procurador es la de emitir los correspondientes conceptos (CP art. 278 ord. 2º), pues en relación con la pérdida de investidura, los congresistas gozan de fuero especial”.

[120] Sentencias C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y T-938 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

[121] Ver, Corte Constitucional. Sentencias C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara y C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández.

[122] Sentencias T-544 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[123] Ver, Sentencias C-507 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-162 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-399 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[124] Cfr. Sentencia T-1232 de 2003 (M. P. Jaime Araujo Rentería).

[125] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[126] Sobre esta discusión vale la pena resaltar la aclaración de voto del Consejero de Estado Hugo Fernando Bastidas Barcenás a la sentencia de pérdida de investidura PI-2009-00708-00, en la que señaló que la acción de pérdida de investidura tiene un carácter punitivo dentro del cual es necesario la comprobación previa de los elementos

subjetivos de la falta. En el voto concurrente se señaló: “[l]a acción de pérdida de investidura debe desencadenar un proceso gobernado por esos principios, en especial, el principio de presunción de inocencia. El dolo y la culpa son lo incorrecto de una conducta que, por ende, merece el reproche jurídico pertinente, vale decir, la condigna sanción. Imponer una sanción solo por el mero resultado es injusto.” En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

[127] Sentencias SU-400 de 2012 (M.P. Adriana M. Guillén Arango) y SU-399 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[128] Cfr. Sentencias C-207 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-987 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil). En la sentencia T-938 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), la Corte explicó que: “el proceso de pérdida de la investidura debe surtirse con el pleno respeto y acatamiento de las instituciones que conforman la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación, pues según lo prescribe el artículo 29 superior, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

[129] Al respecto, en la sentencia C-473 de 1997 la Corte advirtió: “(...) tratándose de un proceso jurisdiccional, de carácter disciplinario, con el que se hace efectiva la exigencia de responsabilidad política a través de la imposición de una sanción, equiparable por sus efectos y gravedad, a la de destitución de los altos funcionarios públicos, el proceso de pérdida de investidura, cuando medie solicitud de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara y que afectare a un miembro del Congreso, debe estar rodeado de todas las instituciones que consolidan la garantía constitucional del debido proceso, así como de las que aseguren a quien se acusa de la infracción, amplias y plenas oportunidades de ejercitar su defensa”.

[130] Sentencia C-237 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[131] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

[132] Constitución de 1991, Artículo 291: “Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.” Subrayado adicional al texto.

[133] Sentencia C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera): “Es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de Congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de

las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial (...) // “El planteamiento general de los proponentes de la iniciativa se fundamentó en el altísimo nivel que supone la categoría de Congresista. De ahí que las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debieran corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso. // “El criterio de la comisión[133] fue unánime en cuanto a que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la pérdida de la investidura como condigna sanción. Fue también el parecer unánime de la comisión que, dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podía acarrear una sanción inferior a la pérdida de la investidura. Así fue propuesto por esta, con la obligación de que la ley estableciera un procedimiento abreviado mediante el cual la Corte Suprema de Justicia decidiera en un plazo no superior a veinte días. // “En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente la controversia central giró en torno a la Corporación a la cual adscribir la competencia para conocer del proceso de pérdida de investidura”.

[134] Cfr. C-247/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

[135] Sentencias C-207 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-086 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[136] “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

[137] En contraste, el desarrollo legal de la institución de la pérdida de investidura para los congresistas está regulada en la ley 144 de 1994. Debido a las particularidades del caso que estudia la Corte en esta oportunidad, se hace énfasis en el desarrollo de la pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. Para profundizar en la figura de la pérdida de investidura de congresistas se sugiere revisar las sentencias: C-319 de 1994, C-497 de 1994, C-280 de 1996, C-207 de 2003, SU-1159 de 2003, T-544 de 2004, T-086 de 2007, T-938 de 2007, T-935 de 2009, T-147 de 2011, C-237 de 2012, C-254A de 2012, C-1056 de 2012, SU-399 de 2012, SU-712 de 2013 y SU-264 de 2015.

[138] Cfr. Sentencia C-247 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

[139] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1135 del 22 de julio de 1998, C. P. Cesar Hoyos Salazar.

[140] Ídem.

[141] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001. C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

[142] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación número: 66001-23-00-001-1998-0091-00 (17.251).

[143] En la sentencia del 26 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (C.P. Mauricio Fajardo Gómez) el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo indicó que: “la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.”

[145] Resulta igualmente importante resaltar el caso analizado por esta Corte en la sentencia T-1331 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), en la que se resolvió el caso de una persona que solicitaba la designación de un parlamentario como suplente de otro, que había sido secuestrado, en el entendido de que el secuestro del último era una circunstancia de fuerza mayor, causal de suplencia por falta temporal del congresista. En dicha oportunidad este Tribunal explicó que debía “recordarse, que no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En éste caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de ‘posible ocurrencia’ deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (art. 2 C.N) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible. En el caso concreto de los senadores, el mismo Estado brinda medidas especiales de seguridad previendo precisamente su mayor vulnerabilidad. Cuando esas protecciones no son suficientes, el individuo se encuentra ya en el campo de la imprevisibilidad. Una afirmación en contrario supondría que el Estado demanda a los ciudadanos una excesiva exigencia de autoprotección, que desborda las fronteras de la proporcionalidad”.

[146] En la sentencia del 29 de abril de 2009 de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

[147] Cfr. Sentencia del 29 de abril de 2009 de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

[148] Entre otras las sentencias C-418 de 1994, C-372 de 1997, C-090 de 1998, C-269 de 1998, C-680 de 1998 y C-252 de 2001, SU-858 de 2001, C-207 de 2003, T-1013 de 2001, T-1031 de 2001, T-086 de 2007, T-825 de 2007, T-584 de 2008, C-520 de 2009 y T-649 de 2011.

[149] Sentencia T-935 de 2009, reiterada en la sentencia T-214 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[150] Decreto Distrital 006 del 8 de enero de 2008, por medio del cual se hace el nombramiento de la doctora Clara Eugenia López Obregón en el cargo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 09 de la Secretaría Distrital de Gobierno. Folio 41 del cuaderno

Nº 3 del expediente de tutela.

[151] Ver Supra “la fuerza mayor como eximente de responsabilidad”, fundamentos 64 a 70 de esta sentencia.

[152] Cfr. Sentencias T-302 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-868 de 2008 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-424 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[153] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1135 del 22 de julio de 1998, C. P. Cesar Hoyos Salazar.

[154] Ver supra “el proceso de pérdida de investidura en el caso de miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Énfasis en la causal por incumplimiento del deber de posesión en el cargo”, fundamentos número 56 a 63 de esta sentencia.

[155] Acta parcial de Escrutinio de votos, formulario E-26 CO expedida el 1º de noviembre de 2007 por la Organización Electoral – Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se declaró la elección de Concejales de Bogotá D.C. para el periodo constitucional 2008-2011. Folios 2 a 35 del cuaderno Nº 2 del expediente del proceso pérdida de investidura promovido en contra del señor Carlos Arturo Romero Jiménez.

[156] Folio 211, cuaderno 1. Sentencia de segunda instancia.

[157] Sentencias C-534 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-540 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[158] Sentencias C-667 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-878 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

[159] Ver Supra “la institución constitucional de la pérdida de investidura. Fundamentos constitucionales”, fundamentos 40 a 45 de esta sentencia.

[160] Cfr. C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), reiterada en la sentencia C-473 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Así, en el fallo C-247 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) este Tribunal constitucional sostuvo: “La Corte debe insistir en que las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean

constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda”.

[161] Como se señaló en la en sentencia T-544 de 2004 su “finalidad es entonces, dignificar y enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas. Esta característica ha permitido a la Corte afirmar que la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que acarrea la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, que castiga la trasgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan (...)”.

[162] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001. C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

[163] Quien en virtud de el numeral 8 del art. 108 del Acuerdo No. 01 de 2000 señala que son funciones del Presidente del Concejo de Bogotá: “(...) Decidir sobre la renuncia definitiva de los concejales”.

[164] Sobre la figura de la fuerza mayor y su valoración razonable, pueden consultarse las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008. C.P. M. Fajardo y Corte Constitucional sentencia C-254A de 2012.

[165] M.P. Myriam Ávila Roldan.

[166] En la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 1 de junio de 2010, al revisar naturaleza de la acción sancionatoria de pérdida de investidura, explicó la Corporación: “(s)u resolución está determinada por la prueba de circunstancias que encuadren dentro de las descritas por la Constitución, así como por la presencia de una responsabilidad subjetiva, pues implica el análisis de las condiciones en las que se incurre en las conductas que se erigen en las causales de desinvestidura.” (Negrilla propia) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Filemón Jiménez Ochoa. Sentencia del 1 de junio de 2010. Radicación No. 11001-03-15-000-2009-00598-00.

[167] Corte Constitucional, C-254A de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de noviembre de 2011. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067).

[169] Cifras y estadísticas tomadas de la página de internet del Ministerio de Trabajo. Tomado de: [http:// www.mintrabajo.gov.co/equidad/enfoque-de-genero](http://www.mintrabajo.gov.co/equidad/enfoque-de-genero). Recuperado el 7 de octubre de 2015.

[170] Rebecca J. Cook y Simone Cusack. “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. University of Pennsylvania Press, 2009. Traducido por Andrea Parra. Profamilia. Disponible en <http://www.profamilia.org.co/imagenes/stories/libros/estereotipos-de-genero-pdf>.

[171] Esta es la postura de las Rebecca Cook y Simone Cusack, autoras del libro

“Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”, en el cual me baso para entender el concepto de estereotipo de género.

88 Fraser, Nancy. “Iustitia ininterrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista” “. Traducción de Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997. Retomado en Estereotipos de género, de Rebecca Cook y Simone Cusack. University of Pennsylvania Press, 2009. Traducido por Andrea Parra. Profamilia. 2010. Disponible en: <http://www.profamilia.org.co/images/stories/libros/estereotipos-de-genero.pdr>

[173] Guzmán, Diana; y Dalén, Annika. Entre Estereotipos: Trayectorias laborales de mujeres y hombres en Colombia. Documentos Dejusticia, 2013.

[174] Ibíd.

[175] Bernal Olarte, Angélica. “Mujeres y Participación Política local: El desencanto por la política o la nostalgia por lo comunitario”. Tesis de Maestría, Maestría en Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (ÍEPRI) Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

12 Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado que decretó la pérdida de investidura de Carlos Romero.

[177] Rebecca J. Cook y Simone Cusack. “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. University of Pennsylvania Press, 2009. Traducido por Andrea Parra. Profamilia. Disponible en: <http://www.profamilia.org.co/images/stories/libros/estereotipos-de-genero.pdf>.