

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia general

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evoluci3n y reiteraci3n de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-L3nea jurisprudencial sobre causales gen3ricas y espec3ficas de procedibilidad

INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Finalidades y objetivos de la sanci3n penal y electoral

La jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-952 de 2001 ha diferenciado entre la sanci3n penal en el caso de la pena de "inhabilidad para ejercer cargos y funciones p3blicas", que tiene como finalidad resarcir el da±o a la sociedad y al particular por la afectaci3n al bien jur3dico de la administraci3n p3blica, y la sanci3n electoral que tiene como objetivo "otorgar prevalencia a los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo de alcalde y garantizar la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempe±o del mismo"

REGIMEN DE INHABILIDADES EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Efectos

Las inhabilidades seg3n la jurisprudencia constitucional son "aquellos requisitos negativos para acceder a la funci3n p3blica, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio p3blico, de tal suerte que las decisiones p3blicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pac3fica y la vigencia de un orden justo". En el caso del art3culo 45 del C3digo Penal se dice que la p3rdida del empleo o cargo p3blico "adem3s", inhabilita al penado hasta por cinco (5) a±os para desempe±ar cualquier cargo p3blico u oficial. Evidencia la Sala que con la norma lo que se est3 buscando es rodear a la funci3n p3blica de las condiciones de transparencia, igualdad y moralidad en el acceso y permanencia en el servicio p3blico, para que las decisiones de la administraci3n sean imparciales y objetivas y para que los empleados p3blicos sean id3neos, probos y capaces en el ejercicio de sus funciones

APELANTE UNICO-No aplicaci3n por tratarse de otra jurisdicci3n

En el caso concreto el juez electoral no actu3 como juez penal, y por ende no est3 agravando la pena del apelante 3nico, ya que se trata claramente de otra jurisdicci3n, la electoral. Tampoco en este caso se est3 violando el principio de legalidad de la pena, porque no se est3 estableciendo una sanci3n propiamente penal, sino que se est3 aplicando una sanci3n electoral contemplada claramente en el numeral primero del art3culo 37 de la ley 617 de 2000. Finalmente en este caso tampoco se violar3a el principio de juez natural, porque el juez administrativo no impone una condena penal, sino que aplica una inhabilidad derivada de la interpretaci3n directa de una norma penal

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA-Caso en que autoridad judicial aplica norma contenida en el art3culo 37 de la Ley 617 de 2000, sin invadir 3rbita del juez penal

Referencia: expediente T - 2448215

Acci3n de tutela instaurada por Reinaldo Barreto Monta3a contra el Tribunal Administrativo del Tolima

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO P3REZ

Bogot3 D.C., diecis3is (16) de agosto de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisi3n de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iv3n Palacio Palacio y Juan Carlos Henao P3rez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisi3n del fallo de tutela proferido por la Secci3n Primera del Consejo de Estado, dentro del proceso de tutela instaurado por Reinaldo Barreto Monta3a contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos:

1.1 El ciudadano Reinaldo Barreto Montaño instauró una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, bajo la consideración de que esta corporación judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la ley y al acceso a la administración de Justicia reconocidos en los artículos 29, 13 y 229 de la Constitución Política, al proferir su sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado contra la elección del actor.

1.2. El 5 de febrero de 2002, el Juzgado Penal del Circuito del Guamo “ Tolima “ absolvió al alcalde del Municipio de Saldaña - Reinaldo Barreto Montaño - del cargo de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto¹ que le había sido imputado con ocasión de sus actuaciones dentro un proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho. En la Sentencia se expresó que el despacho encontraba que, “la actuación asumida por el procesado no fue arbitraria, ni injusta, tampoco fue inequitativa y menos aún (sic) en ella no se atisba el dolo necesario para la configuración de esta conducta”. Se dijo que, “en la decisión proferida por el Alcalde Municipal procesado, datada el 1º de diciembre de 1.995, en ninguno de sus apartes dispone la entrega del inmueble en favor de ninguna de las partes, por lo cual, estas quedaron fue en libertad para acudir ante la jurisdicción agraria. Presuroso entonces, el apoderado judicial se notifica de la decisión y renuncia a términos, para que, ejecutoriada, de manera malintencionada y tendenciosa solicite la devolución del inmueble en favor de su patrocinada, a lo cual, ingenuamente accede el Alcalde investigado”².

1.3. En la Sentencia del 15 de abril de 2004, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué decidió revocar la Sentencia de primera instancia. En la providencia se expuso que el,

“manifiesto desborde de la función pública ejercida por el señor REINALDO BARRETO MONTAÑA (”) no puede menos que catalogarse como la configuración de un acto arbitrario e injusto, no sólo por su inconcebible desconexión y disparidad formal u objetiva con las normas jurídicas que estructuran la legalidad y validez del procedimiento establecido para el caso sub judice, sino también porque muy bien se percibe que su proceder estuvo precedido por el convencimiento racional de que no se podía adoptar las medidas

procesales que tomÃ³ con posterioridad a la finalizaciÃ³n de la actuaciÃ³n. AsÃ se desprende, incuestionablemente, de la nulidad decretada por el mismo funcionario, ante la evidencia de que no podÃa seguir conociendo del mencionado proceso, dada su bien deducida incompetencia.â€³

1.4. Igualmente se dice,

â€œRealmente, si el citado funcionario, decretÃ la nulidad de la actuaciÃ³n procesal, por estimar, con base en las normas jurÃdicas acertadamente invocadas, que ese Despacho era incompetente para continuar la tramitaciÃ³n de aquel juicio, mal podÃa, posteriormente, deslegitimar ese pronunciamiento, adoptando una medida â€ de protecciÃ³n a favor de los querellantesâ€™, como lo seÃalÃ³ en aquella decisiÃ³n, en aras de proteger las mejoras que acababan de ser entregadas legalmente a otra persona debidamente legitimada en aquella actuaciÃ³n, por orden suya y a travÃs de su subordinado, concretamente, a la demanda en dicho juicio, puesto que el objeto que perseguÃa la declaratoria de nulidad de la actuaciÃ³n, segÃn expresamente se indicÃ³ en la aludida ResoluciÃ³n, no era otro que el de volver las cosas al estado anterior, consecuencia esta que se imponÃa como obvia y legítima conclusiÃ³n de tal pronunciamientoâ€³.

1.5. Para la determinaciÃ³n de la pena se estableciÃ³ con relaciÃ³n a la multa a aplicar lo establecido en el CÃdigo Penal de 1980 referente al principio de favorabilidad, ya que estimÃ³ que el sistema de cuartos de que trata el artÃculo 39 de la ley 599 de 2000 resulta ser menos favorable para el actor. En este sentido dijo el Tribunal que,

â€œla consecuencia jurÃdica de la responsabilidad penal de los procesados REINALDO BARRETO MONTAÃA y JOSE ERNESTO REYES MOLINA, en la Ãrbita de la imposiciÃ³n de la pena correspondiente, debe anotarse que, en lo que se refiere al procesado primeramente nombrado, se le impondrÃ, como penas principales, multa y pÃrdida del empleo o cargo pÃblico. La multa, serÃ fijada en cuantÃa equivalente al valor de diez (10) salarios mÃnimos legales mensuales vigentes, a favor del Tesoro Nacional, de conformidad con lo establecido en el artÃculo 152 del Decreto- ley 100 de 1980 (anterior CÃdigo Penal), aplicado por favorabilidad, en cuando a este aspecto, pues la imposiciÃ³n de la misma dentro del actual sistema de unidades de multa del que trata el art. 39 de la ley 599 de 2000, resulta mÃs onerosa para el procesado. La multa serÃ graduada en la forma prevista en el art. 39 del C.

Penal (â€¦)â€¦4.

1.6. En consecuencia, en los numerales segundo y cuarto de la parte resolutive la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué dispuso en relación con el señor Barreto:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada en este proceso, el 5 de febrero de 2002 (fls. 84 â€“ 103 cuaderno original No 2), por el Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima), mediante la cual fueron absueltos los procesados REINALDO BARRETO MONTAÑA y JOS % ERNESTO REYES MOLINA, de los cargos que se les formuló en la Resolución de acusación, por los delitos de â€œAbuso de autoridad por acto arbitrario e injustoâ€¦, en cuanto se refiere al primero de los nombrados y de â€œPrevaricato por omisi nâ€¦, en lo que concierne al último.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR al procesado REINALDO BARRETO MONTAÑA, a las penas principales de multa por valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Tesoro Nacional, y a la pérdida de empleo o cargo público, como autor responsable de la conducta punible de â€œAbuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.â€¦5

TERCERO: CONDENAR, al procesado JOS % ERNESTO REYES MOLINA, a las penas principales de DOS (2) AÑOS DE PRISION, multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, como autor responsable de la conducta punible de â€œPrevaricato por omisi nâ€¦, y simultáneamente se le conceda el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, por un período de prueba de dos años, previa suscripción de diligencia compromisoria que contenga las obligaciones previstas en el artículo 69 del Código Penal, y la prestación de caución prendaria en cuant a de CINCUENTA MIL (\$50.000) Mcte., que depositará en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de conocimiento.

â€œCUARTO: Condenar solidariamente a los procesados REINALDO BARRETO MONTAÑA y JOS % ERNESTO REYES MOLINA, al pago de suma de dinero equivalente al valor de TRESCIENTOS (300) gramos de oro, a favor de la señora NELLY ARELLANO DE ESCOBAR, por concepto de perjuicios materiales ocasionados con las conductas punibles investigadas en este procesoâ€¦.

1.7. En la Sentencia del 30 de marzo de 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué en donde estableció que el juez plural declaró demostrado el hecho consistente en que,

“REINALDO BARRETO MONTAÑA, cuando fungió como alcalde de Saldaña, ordenó al Comandante de la Estación de Policía del mismo lugar mediante oficio No 53 del 24 de abril de 1996 a ejercer vigilancia sobre las mejoras existentes en el predio rural en disputa entre los querellantes JOSÉ VICENTE GUZMÁN ORJUELA y HÉCTOR CABEZAS LOZANO, a sabiendas de que poco antes, como profusamente se ha indicado, el mismo había ordenado entregar o devolver dicho predio, sin limitación alguna, a la mencionada señora (se refiere a Nelly Arellano viuda de Escobar), como consecuencia de la declaración de nulidad efectuada, también por el (decisión que surtió ejecutoria el 11 de diciembre de 1995), respecto del proceso policivo adelantado por su subordinado, el Inspector Único Municipal de Policía y Tránsito de dicho lugar (JOSÉ ERNESTO REYES MOLINA), por esa expresa comisión conferida por esa dependencia” 6.

1.8. En las elecciones regionales del día 28 de octubre de 2007, se declaró elegido el señor Reinaldo Barreto Montaña como alcalde del municipio de Saldaña “ Tolima - para el período 2008-2011.

1.9. El 23 de noviembre de 2007, el ciudadano Hermann Gustavo Garrido Prada instauró una demanda de nulidad electoral contra el ciudadano Reinaldo Barreto Montaña, a efectos de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para el alcalde de Saldaña, mediante la cual declaró elegido a Reinaldo Barreto Montaña como alcalde de esa localidad para el período constitucional 2008-2011. En la demanda se expresa que el ciudadano Barreto se inscribió como candidato a la alcaldía a pesar de estar inhabilitado para hacerlo, dado que el Tribunal Superior de Ibagué lo había condenado a la pena principal de multa y a la pérdida del empleo o cargo público, que según el artículo 45 de la C.P. conlleva además a la pérdida del empleo o cargo público hasta por cinco (5) años.

1.10. Del mismo modo el 29 de noviembre de 2007, el ciudadano Félix Cuellar Sánchez entabló demanda de nulidad electoral contra el acto administrativo de la Comisión

Escrutadora Municipal de Saldaña, que declaró³ al señor Barreto Montaña como alcalde electo de esa localidad.

1.11. Luego de establecer la identidad existente entre el objeto de los dos procesos, mediante auto del 19 de agosto de 2008, el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué, que tramitaba la demanda entablada por Hermann Garrido, dispuso que se acumulara a ese proceso el expediente que se había iniciado a partir de la demanda de Félix Cuellar, que se tramitaba ante el Juzgado Segundo Administrativo de Ibagué.

1.12. En la demanda del ciudadano Hermann Gustavo Garrido Prada se dice que el art. 45 del Código Penal establece que la pérdida del empleo o cargo público «inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial», y que ello significa que el señor Barreto «se encuentra inhabilitado para desempeñar cargos públicos hasta el día 13 de junio de 2009 inclusive, de acuerdo con la fecha de inicio de efectos jurídicos de la condena, esto es, el 13 de junio de 2004».

1.13. Agrega que el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 dispone que no puede ser inscrito como candidato a alcalde, ni elegido, la persona que haya sido condenada judicialmente a pena privativa de la libertad o que «se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas». Afirma, entonces, que de las normas mencionadas se deriva que el actor «se encuentra inhabilitado para desempeñar cargos públicos hasta el día 13 de junio de 2009, inclusive, razón por la cual él no podía inscribirse como candidato a la Alcaldía de Saldaña, ni podía ser elegido».

1.14. Expone que esta inquietud fue trasladada al Consejo Nacional Electoral, pero que éste no tomó ninguna medida para evitar la inscripción de la candidatura del señor Barreto. Añade que también le solicitaron a la Procuraduría General de la Nación que hiciera constar la inhabilidad del señor Barreto en el certificado disciplinario, pero que solamente obtuvieron como respuesta la de que los datos del certificado del demandado estaban actualizados. En consecuencia, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo que declaró la elección del tutelante y que se cancele la credencial que le fuera expedida.

1.15. El demandado anexó copia de un concepto del Consejo Nacional Electoral, elaborado el 30 de mayo de 2007. En el escrito se expresa que la condena penal que le fuere impuesta

al ciudadano no configura una inhabilidad, â€œen tanto no se refiere a â€œcondena pena privativa de la libertadâ€™, menos aÃ±n se trata de pÃ©rdida de investidura o exclusiÃ³n del ejercicio de su profesiÃ³n ni interdicciÃ³n para el ejercicio de funciones pÃºblicas.â€ TambiÃ©n se seÃ±ala que â€œ[dado] el carÃ¡cter expreso y taxativo de las inhabilidades que no admite analogÃ­a, forzoso es concluir que la inhabilidad examinada no se configura, en consecuencia, las aspiraciones del consultante no se encuentran afectadas por los sucesos prenotados.â€

1.16. Igualmente se anexÃ³ al proceso por parte del seÃ±or Barreto el concepto del Procurador Judicial 26 en lo Administrativo de IbaguÃ©. En el concepto se dice que,

â€œ(â€¦) de una parte el examen probatorio no puede basarse en interpretaciones analÃ³gicas cuando el tema tratado corresponde a la aplicaciÃ³n restrictiva de origen normativo en cuanto el legislador previamente ha diseÃ±ado las causales de inhabilidad que conducen a enervar los resultados obtenidos en las urnas y, precisamente el numeral primero del artÃ­culo 37 de la Ley 617 de 2000 se ocupa de hacer claridad frente a la inhabilidad propuesta por el libelista, precepto que reclama para su estructuraciÃ³n que la condena impuesta corresponda a la privaciÃ³n de la libertad, hecho que aparece descartado en el fallo porque allÃ­ la sanciÃ³n fue de orden econÃ³mico equivalente a diez (10) salarios mÃ­nimos legales mensuales vigentes y a la pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico, lo cual contrasta con la inferencia que le surge al demandante al querer que se le dÃ© trascendencia de orden electoral a una situaciÃ³n punitiva que nada armoniza con la causal inhabilitante, esto es, que al no haberse gravado la sanciÃ³n con pena privativa de la libertad mal harÃ­a el juzgador de lo contencioso administrativo (â€¦) darle alcance de inhabilidad a una situaciÃ³n que no la presenta como bien lo informÃ³ el Consejo Nacional Electoral por parte del vocero que respondiÃ³ la inquietud del aspirante y sus seguidores. Entonces al no coincidir la sanciÃ³n con la inhabilidad resaltada en el numeral primero del art. 37 de la Ley 617 de 2000, obviamente es fÃ¡cil determinar que la soluciÃ³n jurÃ­dica, no obstante la censura moral que emana del fallo penal, corresponde a la improsperidad de las pretensiones.â€

1.17. Anota que el sentido de la sanciÃ³n impuesta por la justicia penal â€œversa respecto al cargo que venÃ­a ocupando el trasgresor en la Ã©poca del perÃ­odo 1995-1997â€, es decir, que no puede pretenderse que la medida represora se aplique al actual periodo de gobierno.

1.18. El demandado también anex  al proceso una certificación de la Procuraduría General de la Nación, expedida el 16 de octubre de 2007, en la que se señala que el señor Barreto   por error involuntario fue incluido en la lista de inhabilitados. Es por lo anterior que no se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de alcalde.  

1.19. Por otra parte, en la demanda presentada por el ciudadano Félix Cuellar Sánchez el 29 de noviembre de 2007, se indica que, en el momento de su inscripción como candidato a la Alcaldía, el señor Barreto manifestó   no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstos por la ley.   Al respecto expone el demandante que el señor Barreto fue condenado por el Tribunal de Ibagué   a la pérdida del empleo o cargo público, en una sentencia que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia  . Expresa, entonces, que la   sentencia condenatoria adquirió carácter vinculante y efectos para terceros desde el treinta (30) de marzo de 2006, fecha desde la cual no sólo es exigible el pago de la multa impuesta, sino también el hacer efectiva (sic) la segunda de las sanciones, como viene a ser la pérdida del empleo o cargo público.  

1.20. Afirma que el artículo 45 del Código Penal dispone que   la condena de pérdida del empleo o cargo público conlleva inhabilidad hasta por cinco (5) años para ejercer cualquier cargo público. De ello tenemos que cuando se impone la condena de pérdida del empleo o cargo público, ella per se inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para ejercer cargos públicos.  

1.21. Por lo tanto, considera que la elección del actor es nula, puesto que,   desde su inscripción como candidato, al momento de la elección y al momento de su posesión como tal, el demandado incurrió en causal general de nulidad (art. 84 y 223-5 CCA), por encontrarse incurso en inhabilidad de carácter subjetivo que le impedía ser elegido y posesionarse como alcalde de esa localidad.   Al respecto menciona que el art. 99 de la Constitución dispone que la calidad de ciudadano en ejercicio es una condición previa e indispensable para poder ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo. También anota que el art. 223 del CCA establece como una causal de nulidad de las actas de escrutinio el que se computen votos a favor de los candidatos que no reúnen las calidades para ser electos.

1.22. Por otro lado, manifiesta que el art. 37 de la Ley 617 de 2000 prescribe que no puede inscribirse como candidato para el cargo de alcalde quien "se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas." Manifiesta entonces que, dado que el señor Barreto se inscribió para alcalde municipal, "incurrió en causal general de nulidad (art. 84 CCA) por fraude procesal administrativo e incurrir en falso juramento."

1.23. La demanda fue repartida al Juzgado Segundo Administrativo de Ibagué. La respuesta a la demanda y el concepto de la Vista Fiscal tienen un contenido similar a los escritos que fueron aportados en el proceso adelantado ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué.

1.24. A este proceso se allegó un oficio emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Guamo "Tolima", en el cual el juez hace constar lo siguiente:

"() a continuación me permito informar o aclarar que si bien es cierto este Juzgado Penal del Circuito en el diligenciamiento del formato de sentencia condenatoria por error humano e involuntario se incluyó como pena accesoria la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por dos (2) años del mismo [el señor Barreto], también lo es que este mismo Despacho Judicial con oficio N° 4313 fechado 21 de noviembre/2006 dirigido al señor Procurador General de la Nación aclaró tal situación, esto es, que en ningún momento se ha proferido pena de prisión en contra de REINALDO BARRETO MONTAÑA, como tampoco se ha sancionado con penas accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, indicando que no es posible incluirlo dentro del Sistema con Registro de Sanciones e Inhabilidades, situación que igualmente se informó a la Dirección General Operativa del DAS de Ibagué (Tol) con oficio N° 4315 del 21 de noviembre/2006 y 4467 del 01 de diciembre/2006.

"Igualmente, mediante proveído fechado 01 de diciembre/2006, se decretó la EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL impuesta al sentenciado REINALDO BARRETO MONTAÑA por OBLACIÓN (art. 87 Código Penal) y, por ende, la CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO PENAL, ordenándose en firme el proveído comunicar la decisión a las distintas autoridades ()

"Nuevamente se aclara que la sanción principal impuesta al sentenciado REINALDO BARRETO MONTAÑA fue de multa, sin ninguna otra clase de sanciones principales o

accesorias, de ahí que se hubiera declarado la extinción de la sanción de multa impuesta conforme a la figura jurídica de la OBLACIÓN (art. 7).

1.25. El Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué en Sentencia del 2 de septiembre de 2008, denegó la solicitud de declarar la nulidad de la elección del señor Barreto ya que consideró que Reinaldo Barreto Montaña, no fue objeto de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En dicha Sentencia se establece que el artículo 416 de la Ley 599 de 2000 al tipificar como conducta punible el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, dispuso que quien incurriera en esta conducta se haría acreedor a la pena de multa y pérdida del empleo o cargo público. Así mismo señaló que el tipo penal de manera alguna consagra como pena la pérdida de la ciudadanía o la interdicción de derechos y funciones públicas y que ésta es precisamente la modificación punitiva que tuvo la Ley 599 de 2000 con respecto al Decreto 100 de 1980, que establecía en el artículo 152 como pena por el mismo delito la interdicción de derechos y funciones públicas.

1.26. Del mismo modo se indica que, el señor Reinaldo Barreto Montaña no fue objeto de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lo menos en la modalidad de pena principal consagrada en el numeral 1º del artículo 43 de la Ley 599 de 2000, en cambio sí fue objeto de la imposición de la pérdida del empleo y cargo público, sin que en parte alguna de los fallos tanto de segunda instancia como de casación se hiciera pronunciamiento alguno sobre la inhabilitación que como pena accesoria surge de la imposición de la pena principal de pérdida del empleo o cargo público.

Por toda vez que es el mismo estatuto penal vigente el que impone un pronunciamiento del juzgador penal en punto de la dosificación de la pena. Conclusión esta que surge de los argumentos que pasan a exponerse: De la misma redacción del artículo 45 de la ley 599 de 2000, cuando dispone que la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público u oficial lo será hasta por cinco años, lo que se traduce en que el juez penal atendiendo los criterios que para la dosificación de la pena, es quien debe determinar el término durante el cual deberá purgarse la pena accesoria, que en todo caso no podrá ser superior a cinco (5) años, límite máximo que impuso el legislador y que solo le corresponde imponerlo al juez penal de la causa, quien también podrá en un caso extremo decidir que el término máximo sea por un día o por cuánto no, por unas horas.

1.28. Por esta razón considera que no existe ninguna razón jurídica para considerar que si el juez penal omite tasar la pena accesoria dentro de los límites señalados por el legislador, debe entenderse que lo fue por el ánimo, esto es un dolo. Tampoco existe razón jurídica para entenderse que lo es por el término máximo que es de cinco años. Por ende estima que el único juez competente para dosificar la pena lo es el juez penal de conocimiento en un entendimiento sistemático del artículo 45 del Código Penal y los artículos 52 y 59 del mismo Estatuto.

1.29. En este sentido dice que el inciso segundo del artículo 52, al referirse a las penas accesorias dispone que en su oposición se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 y éste a su vez determina que toda la sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, es decir, debe el juez penal de conocimiento y no otro explicitar porqué impone determinada cantidad de pena. Indica que en el caso en concreto,

“se observa nítidamente que el juez juzgador omitió cumplir con el deber de dosificar la pena y no por ello se puede afirmar que entonces tal vacío lo que se impone es que automáticamente deba considerarse que el término que debe atenderse es el máximo de la pena accesoria de inhabilidad contemplada en el artículo 45 de la Ley 599 de 2000, pues ello conllevaría una flagrante violación del debido proceso en su manifestación del derecho a la defensa y al juez natural, habida cuenta que un pronunciamiento de naturaleza penal estaría siendo impuesto por un juez ajeno a la causa, aparte de que el escenario natural para impugnar los límites de las penas impuestas lo es el penal y no uno diferente”.

1.30. En su sentencia del dos (2) de febrero de 2009, el Tribunal Administrativo del Tolima revocó la decisión de primera instancia y declaró nula la elección del señor Barrero como alcalde de Saldaña “Tolima, en donde se decidió “Primero: Revocar la providencia de 02 de septiembre de 2008 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por los señores Hernann Gustavo Garrido y Felix María Cuéllar contra Reinaldo Barreto Montaña (Alcalde Municipal de Saldaña “Tolima)” y en segundo lugar “DECLARAR NULO el acto mediante el cual se declaró elegido al señor REINALDO BARRETO MONTAÑA como alcalde del municipio de Saldaña para el período 2008 “ 2011,

contenido en el acta parcial de escrutinio (formulario E - 26 AL) expedida por la comisión escrutadora municipal.

1.31. El Tribunal Administrativo del Tolima consideró que, la causal de inhabilidad alegada, es una consecuencia de una sanción penal, que como tal, afectó los derechos políticos del demandado, como quiera que una vez impuesta la pena de pérdida de empleo o cargo público de manera automática se aplicaba el artículo 45 de la Ley 599 de 2001 (sic), que establece la inhabilidad de ejercer funciones públicas por un término de cinco (5) años, inhabilidad que opera de pleno derecho por mandato legal y por tanto no requería pronunciamiento judicial. 9.

1.32. Por otro lado el Tribunal explicó que el Juzgado Penal del Circuito del Guamo- Tolima hizo caer en error a la Procuraduría General de la Nación y al DAS, informando que el señor BARRETO MONTAÑA no se le había sancionado con pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas y por ende no era necesario incluirlo en el registro de sanciones e inhabilitaciones. En este sentido dijo que,

Considera la Sala que el Juzgado quien decidió en primera instancia absolver al demandado en el proceso penal por el delito de abuso de autoridad, decisión que posteriormente fue revocada por el Tribunal Superior de Ibagué condenando al procesado a la pena de multa y pérdida de empleo público (sic), no estaba facultado para interpretar y darle el alcance que le dio al fallo proferido por el Tribunal, afirmando que no se había inhabilitado al señor BARRETO MONTAÑA, como quiera que este no fue quien emitió el fallo y por tanto no conoce el sentido y alcance del mismo, ni las razones que motivaron a la segunda instancia a imponer tales penas.

Por tanto, fue el citado Juzgado quien hizo incurrir en error a la Procuraduría al informarle que el señor BARRETO MONTAÑA no se hallaba inmerso en ninguna inhabilidad y por tal razón se presume que esta entidad expidió el certificado de antecedentes disciplinarios teniendo en cuenta lo expresado por tal autoridad judicial.

1.33. Igualmente consideró que, La interdicción para el ejercicio de funciones públicas es una causal de inhabilidad que en el caso de la pena de pérdida (sic) de empleo o cargo público se presenta de manera coetánea, es decir una con la otra, ya que no opera de manera independiente. 10.

1.34. En la Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima se dispuso lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR la providencia de 02 de septiembre de 2008 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por los señores HERNAN GUSTAVO GARRIDO y FELIX MARIA CUELLAR contra REINALDO BARRETO MONTAÑA (Alcalde Municipal de Saldaña â€“ Tolima), de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior DECLARAR nulo el acto mediante el cual se declaró elegido el señor REINALDO BARRETO MONTAÑA como alcalde el municipio de Saldaña para el período 2008-2011, contenido en el acta parcial del escrutinio (formulario E-26 AL) expedida por la comisión escrutadora Municipal (  )  11

1.35. El señor Reinaldo Barreto Montaña interpuso acción de tutela a trav s de apoderado, contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima de dos (2) de febrero de 2009, debido a que considera que se produjo una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo y parcialmente por defecto orgánico. El apoderado manifiesta en la demanda que la decisión del Tribunal Administrativo constituye una vía de hecho,

  por cuanto interpretó y aplicó en forma errónea el artículo 45 de la Ley 599 de 2000, Código Penal vigente para la época en que fue condenado Reinaldo Barreto Montaña, porque el Operador Judicial Administrativo le atribuyó a esta norma un alcance y sentido diferente, es decir â€˜la comprende de manera errada  , lo cual significó una violación directa del derecho fundamental al debido proceso, artículo 29 de la Constitución Política, como también del derecho de acceso a la administración de justicia, artículo 229 de la Constitución Política, y otros derechos fundamentales, emanación del derecho al debido proceso    .

1.36. Igualmente estima que se est  vulnerando el principio de legalidad de la pena, se desconoce el principio de non reformatio in pejus y se crea por parte de la Sala de decisión del Tribunal Administrativo una â€˜inhabilidad intemporal  , interpretación que,

1.37. Por otro lado se pide que se declare la nulidad total de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima del 2 de febrero de 2009 y las providencias subsiguientes

emitidas en la segunda instancia, de 9 de marzo de 2009, que negó la aclaración y adición solicitada, y la del 5 de mayo de 2009, que rechazó la aclaración solicitada por la apoderada de la parte demandante por extemporánea y en su lugar se confirme la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué el 2 de septiembre de 2008, el cual negó las pretensiones del demandante¹³.

1.38. Finalmente el demandante solicita como medida provisional la “Suspensión Provisional”, de los efectos de la sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, “con el único fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados, y evitar su continuidad, consumación y agotamiento de vulneración de los derechos fundamentales al Debido Proceso, al Principio de Legalidad de la Pena, al Respeto de las Sentencias Ejecutoriadas que hacen tránsito a cosa juzgada”¹⁴.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. En Sentencia del dos (2) de julio de dos mil nueve, la Sección Quinta del Consejo de Estado decidió “Rechazar” la solicitud de tutela presentada por Reinaldo Barreto Montaño, por improcedencia de la acción. Explicó que, “las decisiones tomadas por los jueces dentro y en el transcurso de un proceso, no puedan ser atacadas, impugnadas u objetadas, después de adelantarse el mismo; no es viable entonces interponer nuevos recursos o medios de impugnación con el fin de que se revise de nuevo una decisión adoptada con todas las formalidades y trámites establecidos en la ley”¹⁵.

2.2. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de diez (10) de septiembre de 2009 decidió “Revocar la Sentencia de Primera Instancia”, y en su lugar “Negar por improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Reinaldo Barreto Montaño”. Dijo que en este caso se niega por improcedente la acción de tutela impetrada, pues “se pretende el examen de una sentencia dictada en un proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad electoral”¹⁶.

III. PRUEBAS RECOPIADAS

Mediante Auto de veinticinco (25) de febrero de 2010 el Magistrado Sustanciador decidió suspender el proceso y pidió al Tribunal Administrativo del Tolima el envío del Expediente del proceso de nulidad electoral adelantado contra Reinaldo Barreto Montaño, cuyo

número de radicación es el 0456-0411/07 (Acumulados) del Tribunal Administrativo del Tolima (00856 de 2008). En dicho expediente se encuentran referenciadas las siguientes pruebas:

1. Pruebas aportadas por la parte demandada:

i. Oficio de 23 de noviembre de 2006 Proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Guamo “ Tolima, en donde se dice que por la conducta de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto se dio la pena principal de multa o equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Tesoro Nacional y que no se ha proferido en ningún momento pena de prisión en su contra, ni se le ha sancionado con penas accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y que por ende no se incluye dentro del sistema de sanciones e inhabilitaciones (Folio 344)

i. Auto de primero de diciembre de 2006 en donde el Juzgado Penal de Guamo, Tolima, archiva la causa penal adelantada contra Reinaldo Barreto Montaña, por cancelación de la multa impuesta en la Sentencia de 2ª Instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué en donde se aplica el artículo 87 del Código Penal que establece que, “El procesado por conducta punible que sólo tenga pena de unidad multa, previa tasación de la indemnización cuando a ello haya lugar, podrá poner fin al proceso pagando la suma que el Juez le señale, dentro de los límites fijados por el artículo 39”. Se explica que se verificó que el condenado pagó la suma de la multa tasada en \$3.580.000.00 pesos. Se dice que cumplida la pena impuesta de multa por el sentenciado Reinaldo Barreto Montaña, el juzgado decreta la extinción de la sanción penal impuesta y la cesación de todo procedimiento penal en su contra, conforme lo prevé el artículo 97 del Código Penal vigente (Folio 346 a 348).

i. Copia del Formulario E-6 de la inscripción como candidato a la Alcaldía para las elecciones

del 20 de octubre del 2007 del señor Jorge Lozano Arciniegas, en el cual obtuvo la cantidad de dos mil seiscientos treinta y dos (2.632) votos.

i. Constancia Laboral del señor Jorge Lozano Arciniegas en donde figura los cargos desempeñados por dicho ciudadano en la Alcaldía de Saldaña (Tolima) (Folio 398 a 400).

1. Pruebas aportadas por la parte demandante:

i. Solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidato a Alcalde de Reinaldo Barreto Montaña (Folio 478)

i. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006) (Folios 483 a 505)

i. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué “Sala de Decisión Penal de quince (15) de abril de dos mil cuatro (2004)

i. Sentencia del Juzgado Penal del Circuito del Guamo de febrero 5 de dos mil dos (2002) (Folio 513 a 530)

i. Registro de antecedentes penales de la Procuraduría General de la Nación en donde

consta que el demandante Reinaldo Barreto Montaña fue condenado a multa por valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales por el delito de ‘‘Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto’’.

1. Otras pruebas que se encuentran en el Expediente enviado:

i. Cuaderno del expediente del Tribunal Administrativo del Tolima.

i. Cuaderno del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico a resolver

2.2. Para solucionar dicha cuestión, la Corte analizará los siguientes puntos: en primer lugar (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la verificación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso en estudio; y (iii) la solución del caso concreto que consiste en analizar si la Sentencia de dos (2) de febrero de 2009 que declaró nula la elección del señor Reinaldo Barreto Montaña como alcalde del Municipio de Saldaña ‘‘ Tolima, para el período 2008 ‘‘ 2011 constituyó una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo y parcialmente por defecto orgánico.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución y reiteración de jurisprudencia

3.1. La acción de tutela contra providencias judiciales ha sido uno de los aspectos más debatidos en la historia del recurso de amparo en Colombia. En una primera etapa se tuvo en cuenta dicha posibilidad de impugnación con base en la interpretación del mismo artículo 86 de la C.P, según el cual la acción de tutela procede «contra cualquier autoridad pública».

3.2. Empero, la sentencia C-543 de 1992 declaró la inexecutable de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que daban la posibilidad de interponer la tutela contra providencias judiciales, por considerar que desvirtuaban las reglas de competencia de la acción de tutela fijadas por la Constitución Política. No obstante lo anterior, y en la misma providencia se previno que frente a ciertas actuaciones de hecho imputables al funcionario judicial que desconocieran o amenazaran los derechos fundamentales «resulta procedente la acción de tutela porque, «En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia»¹⁷.

3.3. Con esta interpretación la Corte acoge desde entonces la tesis de que los operadores jurídicos al tomar decisiones judiciales pueden llegar a equivocarse, actuar arbitrariamente o con negligencia y de esta manera vulnerar los derechos fundamentales de las personas que acuden al sistema judicial y por ende es procedente la tutela. La Corte poco a poco ha ido decantando la jurisprudencia en este sentido y ha reconocido la posibilidad de impugnar a través de la acción de tutela, providencias judiciales por la vulneración de los derechos fundamentales.

3.4. Las sentencias proferidas inmediatamente después de la sentencia C-543 de 1992, como la T-079 de 1993¹⁸ y T-158 de 1993¹⁹, precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la administración de justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

3.5. En esa dirección, la sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado «evál de hecho» respecto de providencias judiciales, para lo cual se±aló los siguientes vicios que harán viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto

sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que fue precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1185 de 2001 y SU-159 de 2002.

3.6. Desde la sentencia T-462 de 2003²⁰, la Corte revaluó el concepto de “acto de hecho”, que había sido definido como el acto absolutamente caprichoso, arbitrario²¹ y grosero, y estableció que dicha posibilidad de accionar se denominará “causales genéricas de procedibilidad”²² de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, en la sentencia T-462 de 2003, explicó que el cambio de denominación se debió a la “urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado”.

3.7. Cuota importante en la mencionada evolución la aportó la Sentencia C-590 de 2005²³, en donde los precedentes jurisprudenciales adoptados por vía de tutela se vieron corroborados a través de una sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes²⁴. En dicha jurisprudencia se enumeraron varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que se necesitan acreditar para que ésta proceda. En primer lugar, se enumera el (i) Defecto orgánico que se presenta “cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”; en segundo lugar, (ii) el Defecto procedimental absoluto “que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”; en tercer término (iii), el 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”; en cuarto lugar (iv), el Defecto material o sustantivo, “como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁵ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”; en quinto lugar (v), el 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”; en sexto término (vi), la 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; en séptimo lugar (vii), el Desconocimiento del precedente, cuando la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada varíe, si hubiera atendido a la jurisprudencia.²⁶; en octavo lugar (viii) la Violación directa de la Constitución, en eventos, en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales. (Negrilla fuera de texto).

3.8. Esta clasificación se ha venido complementando en tutelas puntuales, como la T-018 de 2008²⁷, en donde clasificó de dos formas las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela en el caso del defecto sustantivo. La primera (i) cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable porque (a) ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (b) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (c) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional²⁸, (d) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional²⁹ o, (e) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplica, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador³⁰.

3.9. Por otra parte, y en segundo lugar (ii), se puede dar el defecto sustantivo por grave error en la interpretación. En este caso la Corte ha establecido, siguiendo la misma jurisprudencia, 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. Por 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. Además considera la Corte que, pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley. Ha recordado que la

justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, de favorabilidad, pro homine, entre otros. (Artículos 6º, 29, 228 y 230 de la Constitución Política)â€¢.

3.10. Una vez estudiada la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala analizará en el siguiente acápite si se cumplen con las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto.

4. Verificación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

Siguiendo lo dispuesto en la sentencia C-590 de 2005³¹, a continuación la Sala procederá a verificar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y que se refieren a la (i) relevancia constitucional; (ii) la subsidiariedad o el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios; (iii) la inmediatez; (iv) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible. No tendrá en cuenta la Sala en esta ocasión el requisito de la irregularidad procesal³² ni tampoco que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela, por no ser pertinentes dichas causales en el estudio del caso concreto.

4.1. Relevancia Constitucional

El asunto planteado a esta Sala de Revisión posee relevancia constitucional, por las siguientes razones: (i) hace referencia a la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido y al desempeño de funciones públicas (art. 40 numerales 1 y 7) del señor Reinaldo Barreto Montaña. Estas consideraciones son suficientes para dar por cumplido el requisito.

4.2 Subsidiariedad o agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios

4.2.1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto vía judicial residual y subsidiaria³³, que ofrece una protección inmediata³⁴ y

efectiva en ausencia de otros medios ordinarios de defensa judicial, o en presencia de estos, cuando se tramita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³⁵ a los derechos fundamentales.

4.2.2. Uno de los presupuestos generales de la acción de tutela consiste en la subsidiariedad de la acción que consiste en que el recurso solo procede cuando se hayan agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto³⁶. Esta exigencia pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador.³⁷ Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas³⁸ en los procesos jurisdiccionales ordinarios³⁹.

4.2.3. Así, puede proceder la acción de tutela contra una providencia judicial en dos eventos: (i) cuando ante la vulneración ostensible de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos que vulneren de manera grave o inminente tales derechos⁴⁰, no exista otro medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados y la actuación judicial acusada constituya una vicia de hecho o, (ii) cuando se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en materia de derechos fundamentales.⁴¹ Esta segunda hipótesis tiene lugar especialmente, cuando a la fecha de presentación de la tutela aún está pendiente alguna diligencia o instancia procesal, pero la protección constitucional provisional se requiere de manera urgente para evitar el perjuicio irremediable. En estos casos, naturalmente, la actuación constitucional resulta generalmente transitoria.

4.2.4. En el caso concreto, el demandante surtió las dos instancias de la acción de nulidad electoral por vicia administrativa. En primera instancia conoció del Recurso de Nulidad Electoral el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué y en segunda instancia el Tribunal Administrativo del Tolima.

4.2.5 Igualmente se debe resaltar que en el caso examinado resulta ineficaz la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo contra la sentencia que decidió la nulidad electoral, pues ninguna de las causales que en forma taxativa contempla el artículo 188 del referido

estatuto, encuadra dentro de la situación fáctica que se expone en la presente acción de tutela. En efecto, el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo establece que son causales de revisión:

1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria
3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar
4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión 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.
5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
7. Haberse dictado la sentencia con base en el dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
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 la revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

Como se aprecia en los casos enumerados no se incluye la posibilidad de que se pueda revisar la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima por indebida interpretación de la norma o defecto sustancial y parcialmente por defecto orgánico que dé lugar a una causal procedibilidad de la acción de tutela. De tal manera, que en el caso concreto, la acción de tutela sí es procedente como mecanismo subsidiario, ya que el accionante no cuenta con otro recurso judicial para controvertir la decisión tutelada.

4.3. Inmediatez

4.3.1 Esta exigencia jurisprudencial reclama la verificaci3n de una correlaci3n temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales42. De tal manera que la acci3n de tutela solo es procedente cuando existe un plazo razonable, prudencial y proporcionado respecto a la vulneraci3n del derecho que se dio con la providencia judicial43. Dicho plazo se analizar3 en el caso concreto, teniendo en cuenta el presupuesto de la seguridad jur3dica y la necesidad44.

4.3.2 En el caso concreto el demandante interpuso la acci3n de tutela ante la Secci3n Quinta del Consejo de Estado el veintiuno (21) de mayo de 2009. Dado que la Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima es de dos (2) de febrero de 2009, entre la fecha de la Sentencia impugnada y la interposici3n de la acci3n de tutela se dio un t3rmino de tres meses y diecinueve d3as, plazo que a pesar de no ser inmediato no excede el plazo razonable ni va en contra del presupuesto de la inmediatez. Por ende estima la Sala que en este caso se cumple con el t3rmino de inmediatez.

4.4. Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violaci3n y que 3sta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible

4.4.1. Se comprueba por parte de la Sala que en el caso concreto el actor ha identificado, de forma razonable, los hechos que en su entender generan la violaci3n del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P) y al derecho que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido y el desempe3o de funciones p3blicas (art. 40 numerales 1 y 7), por la interpretaci3n que se di3 por parte del Tribunal Administrativo del Tolima del art3culo 45 de la Ley 599 de 2000, C3digo Penal vigente al momento de cometer el delito, que sirvi3 de sustento para la anulaci3n de la elecci3n del demandante.

4.4.2. Una vez superado el an3lisis de las condiciones generales de procedibilidad de la acci3n de tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a realizar el posible estudio de la vulneraci3n de los derechos fundamentales en el caso concreto, teniendo en cuenta las causales espec3ficas de procedibilidad de la acci3n de tutela contra providencias judiciales, que se refieren al defecto sustantivo y parcialmente por defecto org3nico.

5. Soluci3n del caso concreto

En el siguiente acápite se responderá a la pregunta de si el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en su Sentencia de dos (2) de febrero de 2009 en un defecto sustantivo y parcialmente en un defecto orgánico, al aplicar al demandante la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por considerar que se le debía imponer por mandato de la ley la pena accesoria del artículo 45 del Código Penal de la inhabilidad de ejercer funciones públicas por un término de hasta por cinco (5) años.

Para resolver dicha cuestión se tratará en primer lugar (i) La prohibición de ejercer cargos públicos y empleos oficiales hasta por cinco años del artículo 45 del C.P como pena coetánea a la pena de pérdida del empleo o cargo público y como causal de inhabilidad para ejercer cargos públicos; y en segundo lugar (ii) si en la Sentencia de dos (2) de febrero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima se configuró un defecto sustantivo y parcialmente un defecto orgánico que da lugar a la violación del debido proceso, a los derechos políticos a ser elegido y ejercer cargos públicos. En esta segunda parte se estudiará la imposibilidad de alegar una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, basada en una omisión de una instancia judicial anterior.

5.1. La inhabilitación de ejercer cualquier cargo público u oficial hasta por cinco años del artículo 45 del C.P como pena coetánea a la pena de pérdida del empleo o cargo público y como causal de inhabilidad para ejercer cargos públicos

5.1.1. Como se explicó en los antecedentes de esta providencia, el artículo 45 del Código Penal establece que, «la pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial». Este artículo, que es novedoso dentro de la codificación establecida en la ley 599 de 2000, tiene una redacción compleja que se va a dilucidar teniendo en cuenta la finalidad de la norma y la interpretación de la misma que ha establecido por parte la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

5.1.2. Para el penalista Fernando Velásquez el artículo 45 del Código Penal «(¡) consiste en la inhabilitación del agente, hasta por cinco años, «para desempeñar cualquier cargo público u oficial» (artículo 45). Desde luego, como ya se dijo, el

codificador previó como pena discrecional de carácter independiente una verdadera modalidad atenuada de la inhabilitación de derechos y funciones públicas, lo que es una muestra más de la falta de técnica legislativa observada al redactar el estatuto que, recuérdese, también lo consagra como consecuencia jurídica de carácter principal en doce artículos de la parte especial, en los que no se señala límite temporal alguno (¶)45.

5.1.3. Como apunta el autor señalado, en el actual Código Penal se establece como pena principal la de pérdida de empleo o cargo público en trece delitos: (i) en el artículo 175 sobre prolongación ilícita de privación de la libertad⁴⁶; (ii) en el artículo 177 sobre desconocimiento del Habeas Corpus⁴⁷, (iii) en el artículo 190 sobre violación de habitación ajena por servidor público⁴⁸; (iv) en el artículo 219b sobre omisión de denuncia en el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales⁴⁹; (v) en el artículo 232 sobre adopción irregular⁵⁰, (vi) en el artículo 416 sobre abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto⁵¹; (vii) en el artículo 417 por abuso de autoridad por omisión de denuncia⁵²; (viii) en el artículo 418 por revelación de secreto⁵³, (ix) en el artículo 419 por utilización de asunto sometido a secreto o reserva⁵⁴; (x) en el artículo 420 por utilización indebida de información oficial privilegiada⁵⁵; (xi) en el artículo 421 por asesoramiento y otras actuaciones ilegales⁵⁶, (xii) en el artículo 422 por intervención en política⁵⁷; y (xiii) en el artículo 450 en la modalidad culposa de favorecimiento de la fuga⁵⁸.

5.1.4. Los delitos enumerados atentan contra bienes jurídicos diversos como los contenidos en el Título II «Delitos contra la libertad individual y otra garantías» (artículos 175 sobre prolongación ilícita de privación de la libertad y el artículo 177 sobre desconocimiento del Habeas Corpus y violación de habitación ajena por servidor público); los contenidos en el Título IV referentes a los «Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales» (art. 219b relacionado con la omisión de denuncia en el caso de la utilización de menores para la realización de conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales); el Título VI «Delitos contra la familia» (art. 232 sobre adopción irregular); y el Título XV «Delitos contra la administración Pública» (art. 416 por abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, el art. 417 por abuso de autoridad por omisión de denuncia, el art. 418 por revelación de secreto, el artículo 419 por utilización de asunto sometido a secreto o reserva, el art. 420 sobre utilización indebida

de informaci3n oficial privilegiada, el art. 421 sobre asesoramiento y actuaciones ilegales, el artículo 422 sobre intervenci3n en política y el art. 450 sobre la modalidad culposa de favorecimiento de la fuga).

5.1.5. Como se evidencia, la finalidad que tiene el legislador para imponer este tipo de pena, se refiere a que el funcionario público haya abusado o se haya extralimitado en el ejercicio de su cargo, o por el contrario que haya omitido o dejado de cumplir con ciertos deberes y obligaciones propias del ejercicio de su funci3n. De esta manera lo que se pretende es tutelar a las personas, a la sociedad y a la administraci3n pública de funcionarios que no sean id3neos y probos en el desempe±o de su cargo.

5.1.6. Por otro lado se debe resaltar que en el C3digo Penal se impone la pena de â€œp3rdida del empleo o cargo públicoâ€± como sanci3n concomitante o coet3nea a la pena de prisi3n o multa. Como pena coet3nea a la pena de prisi3n en el caso de los delitos de prolongaci3n il3cita de privaci3n de la libertad (art. 175), desconocimiento del Habeas Corpus (art. 177), adopci3n irregular (art. 232), revelaci3n de secreto (art. 418), y asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421). En el caso de la pena de multa, en los delitos de violaci3n de habitaci3n ajena por servidor público (art. 190), omisi3n de denuncia de delitos en donde se utilicen menores para la realizaci3n de conductas que atenten contra la libertad, integridad y formaci3n sexuales (art. 219b), abuso de autoridad por omisi3n de denuncia (art. 417), utilizaci3n de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419), utilizaci3n indebida de informaci3n oficial privilegiada (art. 420), intervenci3n en política (art. 422), favorecimiento de la fuga en su modalidad culposa (art. 450) y en el caso en estudio de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que se establece en el artículo 416.

5.1.7. Como se ha venido explicando, el actor fue condenado por la comisi3n del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que se encuentra tipificado en el artículo 416 del C3digo Penal que establece que, â€œEl Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasi3n de sus funciones o excedi3ndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrir3 en multa y p3rdida del empleo o cargo públicoâ€±.

5.1.8. Sobre este delito algunos doctrinantes consideran que el abuso de autoridad por acto

arbitrario e injusto vulnera el bien jurídico de la administración pública que en palabras de Bernal Pinzón significa «el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad»⁵⁹, y para Carlos Mario Molina Arrubla, «los distintos mecanismos encargados general o parcialmente de realizar una gestión, o varias gestiones en conjunto, para atender las necesidades de una comunidad determinada, de tal manera que no es posible concebirla estática, a la manera de los entes, sino en movimiento incesante, toda vez que los órganos son inseparables de su función»⁶⁰.

5.1.9. Por otro lado en Alemania, un gran sector de la doctrina señala que el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública es «la confianza en los servicios públicos y la administración» (por ejemplo Artz, Webber, Otto y Heine), mientras que otros doctrinantes expresan que el bien jurídico tutelado es la «capacidad de funcionamiento de la administración». Igualmente Manzini, en la doctrina italiana, señala que el bien jurídico tutelado «es el funcionamiento y prestigio de la administración pública, que implica aspectos como la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia y el decoro de los funcionarios del Estado». Finalmente para Bevilaqua, Cadoppi y Veneziani el bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública son los principios de buen funcionamiento de la administración («buon andamento della pubblica amministrazione») y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública⁶¹.

5.1.10. En el caso del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, no se vulnera los bienes del estado⁶², ni la persona del servidor⁶³, sino que tiene como objeto material «la función pública» que se puede ver afectada por los ataques a la «honestidad, eficiencia, legalidad o lealtad» y que vulnera el principio de legalidad ya que se va en contra del sometimiento de las determinaciones estatales a los parámetros jurídicos establecidos.

5.1.11. Del mismo modo se tiene que destacar que la Corte Suprema de Justicia en Auto de 23 de octubre de 1979 estableció que en este tipo de delito «La ley procura amparar o tutelar un objeto de naturaleza pública vinculado al prestigio, al normal funcionamiento de la Administración, y fundamentalmente a la imparcialidad del ejercicio en la función pública que respete el principio de la igualdad de todos los ciudadanos. Busca

esencialmente que los funcionarios públicos aseguren un normal funcionamiento y desarrollo de la Administración Pública. Igualmente en Sentencia de 22 de marzo del mismo año se dijo que, “Este delito ha sido llamado en otras legislaciones “abuso genérico de función o de autoridad” porque afecta el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública considerada en sentido extenso, en cuanto lesiona la moderación a que están obligados los servidores del Estado en el ejercicio de sus funciones frente a los particulares. Constituye esa norma, en consecuencia, una doble garantía: de los intereses del Estado, por una parte, y de los derechos de los particulares por otra”64.

5.1.12. Del mismo modo, se tiene que destacar que el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto opera de forma acumulativa y no alternativa, es decir, que además de que el acto fuera “arbitrario”, debía ser “injusto” para diferenciarlo de la falta disciplinaria que se contempla en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario – que establece la infracción a la Constitución, la ley o los reglamentos como falta disciplinaria, la cual siempre coincidía cuando se encontraba en un abuso de autoridad por acto arbitrario65. Igualmente se debe tener en cuenta que lo “arbitrario” ha sido definido por la jurisprudencia como “aquello que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor” y lo “injusto” como “lo que directamente va contra la ley y la razón violando la equidad”66.

5.1.13. Por otro lado, sobre este tipo penal se ha dicho por parte de la jurisprudencia que no admite la modalidad culposa y por lo tanto no es posible su comisión por negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos, sino que únicamente admite la modalidad dolosa, es decir, que se requiere del aspecto cognoscitivo del dolo que genera, esto es que el funcionario sepa o tenga el pleno convencimiento de que el acto que ejecuta sea arbitrario e injusto67. Finalmente se debe tener presente que la expresión “que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles” da lugar a que no pueda existir un concurso aparente de normas, es decir, que cuando se presentan otros delitos como el de prevaricato, la concusión, la violación de habitación ajena por servidor público, la violación de derechos políticos, la detención arbitraria, el constreñimiento ilegal, entre otros, se aplicará el principio de subsidiariedad para descartar el concurso de delitos 68.

5.1.14. En cuanto a la pena establecida en dicho delito se dispone en el art. 416 del Código

Penal que "incurrir" en multa y pérdida del empleo o cargo público, lo cual modifica la pena establecida en el Código Penal anterior⁶⁹, que disponía en el artículo 152 que "El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrir" en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

5.1.15. Como se puede apreciar, en la pena establecida en el artículo 416 del Código Penal no se cuantifica el monto mínimo o máximo de la multa, ni se indica tampoco el término de la pena de pérdida del empleo o cargo público ya que se remite al Capítulo Primero del Título IV del Código Penal en donde se establecen "las penas, sus clases y sus efectos". En lo referente a "la multa" en el artículo 39 del mismo Código se dispone que, "la multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrar" su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (\$50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad de multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención de ella. En este último caso, cuando en el tipo penal no se consagre el monto, la multa se establecerá teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el último año por el penado dando lugar a varias unidades de multa (primer grado, segundo grado y tercer grado)⁷⁰.

5.1.16. Igualmente en cuanto a la pena de pérdida del empleo o cargo público del artículo 416 del Código Penal se refiere a que si el penado está ejerciendo un cargo o empleo público una vez que haya sido condenado, lo debe perder como sanción penal. Por último, se debe tener en cuenta que como pena coetánea a la pena de "pérdida del empleo o cargo público" se establece en el artículo 45 que "además" el penado quedará inhabilitado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial. Es decir que cuando se trata del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto del artículo 416 del C.P, el sindicado una vez penado está sometido a tres tipos de penas; en primer lugar (i) una de índole pecuniaria que es la multa, que en la actualidad se encuentra regulada en el artículo 39 del C.P; en segundo término (ii) una pena privativa de otros derechos consistente en la pérdida del empleo o cargo público (numeral 2 del art. 43 del Código Penal), y por último (iii) la pena de inhabilitación hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial (art. 45 del C.P).

5.1.17. Por otra parte, se tiene que diferenciar la pena de inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público u oficial del artículo 45 del Código Penal hasta por cinco (5) años, con la pena contemplada en el numeral primero del artículo 43 del C.P. que establece, «la interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas», ya que en este último caso la persona penada se torna inhabil para ejercer todos sus derechos políticos y cualquier función pública que confieren las entidades oficiales⁷¹. Dicha sanción se define en el artículo 44 del Código Penal que establece que, «La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública o dignidades y honores que confiere las entidades oficiales».

5.1.18. Sobre la pena de «inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas», la Corte Constitucional en la Sentencia C- 581 de 2001⁷² estableció que los derechos políticos que quedan en suspenso cuando se ha dispuesto dicha pena son el del sufragio, el de ser elegido, el desempeñar cargos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción, el de participar en referendos, plebiscitos y el de ejercer acciones públicas⁷³. En esta ocasión dijo la Corte que, «los artículos 43.1 y 44 no violan la Constitución, pues la pena consistente en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como consecuencia de la comisión de un hecho punible, es una restricción legítima al derecho al sufragio, y por ende al elegir y ser elegido».

5.1.19. Del mismo modo se tiene que subrayar que en el artículo 51 del Código Penal se establece la duración de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En dicho artículo se dice, «La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el inciso 3º del artículo 52. Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política»⁷⁴.

5.1.20. Volviendo a la pena de inhabilidad para ejercer cualquier cargo público u oficial hasta por cinco (5) años, contemplada en el artículo 45 del Código Penal, se pueden hacer las siguientes reflexiones. En primer lugar, que en este caso no se trata de una inhabilidad para ejercer derechos políticos como el sufragio, participar en referendos, plebiscitos y el de ejercer acciones públicas, pero sí supone la pérdida o la inhabilidad de

â€œdesempeñar cualquier cargo público u oficialâ€, norma que no distingue si el cargo es de elección popular o no, razón por la cual debe interpretarse como una interdicción al derecho de sufragio pasivo o el derecho a ser elegido para ocupar un cargo público u oficial, como la posibilidad de ser nombrado en cualquier cargo público u oficial. Así, por ejemplo, en los casos de cargos en donde se accede mediante concurso, por designación o por libre nombramiento y remoción.

5.1.21. Igualmente se debe resaltar la complejidad de la redacción del artículo 45 ya que en este se conjuga el adverbio â€œadem sâ€ con la preposición â€œhastaâ€. Sobre el adverbio â€œadem sâ€ el Diccionario de la Real Academia Española, dice que significa â€œA más de esto o aquelloâ€ y con relación a la preposición â€œhastaâ€ dice que denota â€œun lapso o término de tiempoâ€. Teniendo en cuenta lo anterior la interpretación literal puede dar lugar a la comprensión hecha por el Tribunal Administrativo del Tolima, de que la pena establecida en el artículo 45 del C.P. es una sanción penal coetánea que opera automáticamente en los delitos que establecen como pena la pérdida del empleo o cargo público, ya que se tendr  que aplicar indefectiblemente por mandato mismo de la ley una vez la persona haya sido condenada a pérdida del empleo o cargo público.

5.1.22. De otro lado, sobre la penalización coetánea de la inhabilitación para ejercer cargos públicos u oficiales que se encuentra dispuesta en el artículo 45 del Código Penal, en el caso de la comisión de delitos la pérdida del empleo o cargo público, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado en algunos casos de manera directa los cinco (5) años. Así, por ejemplo, en la Sentencia de ocho (8) de julio de dos mil tres (2003), en donde en un delito de prevaricato por acción se aclaró el fallo apelado del Tribunal Superior de Ibagué, que había condenado a Gerardo Triana Lozano a la pena principal de tres años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el término igual y multa equivalente a cincuenta salarios mínimos mensuales legales. La Corte Suprema de Justicia estableció que se debía aclarar el fallo apelado y se dijo,

â€œTambi n se debe aclarar el fallo apelado en cuanto a la pena accesoria que se impuso al procesado Triana Lozano, pues se dice en la providencia recurrida que aquella corresponde a â€œla pérdida del cargo público hasta por cinco a osâ€, cuando el artículo 43 de la Ley 599 de 2.00 (sic) en su numeral segundo simplemente prevé, â€œla pérdida del cargo

o empleo públicoTM, pena que, de acuerdo con el artículo 45 Adem, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficialTM, de modo que no es que pierda el cargo por ese término, sino que además de perderlo, sin sujeción a un lapso, se halla consecuentemente inhabilitado para ejercer cualquier otro durante un período de cinco años⁷⁵.

5.1.23. Esta aplicación directa y coetánea establecida en el artículo 45 del Código Penal también se produjo en un fallo más reciente proferido por la Corte Suprema de Justicia el tres (3) de marzo de 2010⁷⁶. En dicha Sentencia se condenó al señor Carlos Alberto Palacios Palacio, ex gobernador del Departamento del Putumayo, al delito de intervención en Política que se establece en el artículo 422 del Código Penal⁷⁷, y se dispuso que se imponga la pena de multa de \$1.158.750, suma que constituye el máximo aplicable al cuarto ánimo⁷⁸. Del mismo modo se indicó en el resuelve de la providencia que se impondrá la pena de pérdida del empleo o cargo público, la que en términos del artículo 45 del Código Penal inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial⁷⁹. Como se puede apreciar en este caso se decidió aplicar de manera directa y sin tasación la pena de inhabilitación para ejercer cualquier cargo público u oficial por el término de cinco (5) años. En el resuelve de dicha Sentencia se dispuso que,

“PRIMERO. DECLARAR penalmente responsable al ciudadano CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, identificado con la cedula (sic) de ciudadanía número 18.523.398 del Valle del Guamuez, y quien fungió como Gobernador del Departamento del Putumayo por el período constitucional 2004-2007, de la conducta punible de intervención en política, prevista en el artículo 422 de la Ley 599 de 2000, comportamiento realizado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión⁸⁰.

SEGUNDO: IMPONER a CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, de anotaciones civiles y personales arriba señaladas, la pena principal de multa por valor de \$ 1.158.750 a favor del Tesoro Nacional, en la cuenta especial del Consejo Superior de la Judicatura, la que deberá cancelar a más tardar dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de este fallo. De la misma manera, y como pena principal, se impone la pérdida del empleo o cargo público, la que inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial⁸¹.

5.1.24. Por otra parte se debe subrayar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006) en un caso de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto estableció que la pena del artículo 416 del actual Código Penal que consagra como pena coetánea al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto de "pérdida del empleo o cargo público", es más desfavorable que la consagrada en el artículo 152 del Código Penal anterior que, como se veía, establecía para el mismo delito "la interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años". En dicha Sentencia se dijo que la pena que se establece en el actual Código es más gravosa y dispuso que si bien es cierto la interdicción de derechos y funciones públicas restringe el disfrute de un mayor número de derechos, "el monto de la pena permite concluir que ésta resulta más benigna que la pérdida del empleo y en ese orden de ideas, debe darse aplicación al principio de favorabilidad"⁷⁹.

5.1.25. No obstante lo anterior algunos doctrinantes sostienen que respecto a la inhabilidad consagrada en el artículo 45, que el término "hasta" se puede interpretar como si el juez de la causa tuviera que hacer una tasación que puede fluctuar "entre 1 y 1825"⁸⁰. Esta posibilidad de tasación de la pena de inhabilidad para ejercer cargos públicos la ha acogido en algunas ocasiones la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin llegar al extremo de la aplicación de un solo día sugerida en el ejemplo citado por la doctrina.

5.1.26. Así por ejemplo en la Sentencia de veinte (20) de abril de 2006 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Tunja en donde se penaba con pena principal de un (1) año de prisión el delito de privación ilegal de la libertad de acuerdo al artículo 272 del Decreto 100 de 1980. En esta ocasión el Tribunal sostuvo que, " ... si bien es cierto el nuevo Código Penal no la contemplaba como pena principal, s  como accesoria (arts. 51 derogado y 45 actual). Esta pena consiste en la pérdida del empleo o cargo público que además inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público oficial. Así las cosas la Sala impondr  por un (1) año, aplicando el nuevo código en razón a que el procesado realiz  abuso de la función pública que le compet a..."⁸¹.

5.1.27. En conclusión sobre el punto de la aplicación directa de la inhabilitación para ejercer cargos públicos y oficiales consagrada en el artículo 45 de la Constitución la Sala

Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado de manera automática, directa y coetánea la pena accesoria de prohibición para ejercer cargos y empleos oficiales por el lapso de cinco (5) años sin tasar, sin embargo en algunas ocasiones la Sala Penal ha tasado la pena establecido que dicha pena se puede tasar como en la Sentencia de veinte (20) de abril de 2006 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en donde dispuso que dicha inhabilitación sería por el término de un (1) año. No obstante lo anterior cuando se trata de establecer si la pena accesoria que consagraba el Código Penal de 1980 para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto que consistía en «la interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años», se ha dicho por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que el actual código dispone de una pena más gravosa. Por este hecho cuando se debe aplicar el principio de favorabilidad en materia Penal la Sala ha escogido la pena del Código de 1980 sobre la pena de inhabilitación «hasta cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial» consagrada en el artículo 45 del Código Penal del año 2000.

5.1.28. Una vez estudiado el tema de la tasación de la pena pasa la Sala pasa a analizar la diferenciación en las sanciones que ha establecido la Corte Constitucional en materia de inhabilitaciones. Sobre este punto la Corte ha diferenciado la sanción penal de la sanción electoral consistente en la nulidad, ya que la aplicación de la pena coetánea del artículo 45 tiene como finalidad «resarcir el daño hecho a la sociedad por la afectación del bien jurídico protegido»⁸², mientras que la inhabilitación que se establece en el numeral primero del artículo 95 de la ley 136 de 1994, que reforma el artículo 37 de la ley 617 de 2000 tiene como telos, «otorgar prevalencia a los principios de moralidad, probidad e igualdad en el ingreso al cargo»⁸³.

5.1.29. Sobre esta diferenciación la Sentencia C-952 de 2001⁸⁴ estableció que la finalidad de la causal de inhabilitación contemplada en el artículo 95 de la ley 136 de 1994, que reforma el artículo 37 de la ley 617 de 2000, es garantizar que al ingreso del cargo se asegure la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempeño del mismo, y que dicha sanción difiere de la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas que se impone en el proceso penal para resarcir el daño hecho a la sociedad por la afectación del bien jurídico protegido.

5.1.30. Sobre este punto dijo la Corte en dicha Sentencia que,

â€œi) Quien pretenda desempeÃ±arse en el cargo de alcalde, el cual involucra una funciÃ³n tan delicada e importante nacionalmente como son los destinos de los municipios y distritos, no puede presentar una tacha en su comportamiento tan reprochable como sucede con las conductas delictivas, pues no permite garantizar que su gestiÃ³n pÃºblica cuente con la legitimidad y la respetabilidad exigidas y necesarias por (sic) ejercer las funciones y asumir las responsabilidades del respectivo cargo; ii.) la inhabilidad acusada, forma parte del conjunto de requisitos exigidos por la ley para desempeÃ±ar el cargo de alcalde, a manera de calidad negativa del candidato; iii.) y la finalidad de la mencionada causal es otorgar prevalencia a los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo de alcalde y garantizar la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempeÃ±o del mismo, difiere de la sanciÃ³n de inhabilidad para ejercer funciones pÃºblicas que se impone en el proceso penal para resarcir el daÃ±o hecho a la sociedad por la afectaciÃ³n de un bien jurÃ¡dico protegidoâ€85.

5.1.31. Ahora bien, con relaciÃ³n al rÃ©gimen de inhabilidades la doctrina y la jurisprudencia ha establecido que Ã©stas se pueden entender como â€œâ€¦una circunstancia anterior a la elecciÃ³n, creada por la ConstituciÃ³n o la ley, que impiden que una persona tenga acceso a un cargo o corporaciÃ³n pÃºblicaâ€86 y que tendrÃ¡n como objetivo principal â€œlograr la moralizaciÃ³n, idoneidad, e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya estÃ¡n desempeÃ±ando empleos pÃºblicosâ€87. TambiÃ©n se ha dicho que, â€œel fundamento de las inhabilidades pretende asegurar la libertad del elector, evitando que quien se encuentre en una situaciÃ³n que afecte el principio de igualdad electoral pueda concurrir a las eleccionesâ€88.

5.1.32. Siguiendo esta misma idea, la Corte Constitucional ha establecido que las inhabilidades pueden ser definidas como, â€œâ€¦aquellos requisitos negativos para acceder a la funciÃ³n pÃºblica, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio pÃºblico, de tal suerte que las decisiones pÃºblicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacÃ­fica y la vigencia de un orden justoâ€89.

5.1.33. Del mismo modo, la Corte ha explicado que el sufragio pasivo o el derecho a ser elegido y a desempeÃ±ar funciones y cargos pÃºblicos, no es un derecho absoluto, sino que

se encuentra limitado con relación a otros principios y derechos constitucionales. De tal manera que a través de las inhabilidades es posible someter dicho derecho a limitaciones con el objetivo de defender y garantizar el interés general y la igualdad de oportunidades de los que aspiran a ser elegidos⁹⁰.

5.1.34. Por ende, la Constitución y la ley pueden establecer una serie de condiciones de inelegibilidad de los eventuales candidatos a determinado cargo de elección popular para garantizar la idoneidad y probidad de quienes van a ser elegidos⁹¹, evitar un conflicto de intereses personales y públicos de quienes aspiran a ocupar un cargo público⁹², prohibir la posibilidad de obtener ventajas abusivas con las posiciones de superioridad fáctica en que se encuentren los competidores electorales y de esta manera salvaguardar el principio de igualdad de oportunidades en la elección⁹³.

5.1.35. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe analizar el numeral primero del artículo 37 de la ley 617 de 2000 que reforma el numeral primero del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y que establece que, «no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital»⁹⁴. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas⁹⁵.

5.1.36. Como se puede constatar, en este artículo se establecen cuatro causales de inhabilidad: en primer lugar (i) para quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; en segundo término (ii) quien haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley⁹⁶, la de diputado o concejal; en tercer término (iii) quien haya sido excluido del ejercicio de una profesión; y por último (iv) quien «se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas».

5.1.37. En el mismo sentido sobre la intemporalidad de las condenas que se establecen en este artículo la Corte Constitucional estableció⁹⁷ que,

«La intemporalidad de la causal de inhabilidad no vulnera el principio de prescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad, como tampoco el derecho de rehabilitación, pues se

trata de figuras distintas con finalidades diversas. Además, la causal no es ajena a la Constitución, como se pudo establecer en esta providencia para otros cargos públicos. Tampoco puede concluirse que la norma acusada quebranta los derechos de participación en política de los candidatos a alcaldías municipales o distritales, pues éstos están sometidos a la exigencia de una calidad personal para acceder a tan alta dignidad en el ámbito local, con una restricción adicional a sus derechos a la igualdad, al trabajo, y a escoger profesión u oficio razonable y proporcionada a la prevalencia y defensa de un interés general⁹⁶.

5.1.38. De otro lado sobre el tema de la interdicción para el ejercicio de funciones públicas el Consejo de Estado ha dicho que,

“por interdicción se entiende la privación de derechos definida en la ley. Y, si bien el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española circunscribe esta figura al ámbito de los derechos civiles, es, en realidad un término genérico que abarca también otros derechos y, por regla general, admite rehabilitación, bien por el mero paso del tiempo, o por la demostración de la superación del hecho que la originó. La interdicción para el ejercicio de funciones públicas de que trata el numeral 1º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, está referida al campo de los derechos políticos en cuanto priva temporalmente de la facultad de elegir y ser elegido, así como el ejercicio de la función pública, entre otros⁹⁷.

5.1.39. Con base en lo aquí desarrollado, se puede concluir que el artículo 45 del Código Penal, que dispone que la pérdida del empleo o cargo público “además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”, se aplica como pena coetánea de varios delitos que protegen distintos bienes jurídicos que tienen como elemento común el de que el funcionario público haya abusado o extralimitado en el ejercicio de su cargo, o por el contrario que haya omitido o dejado de cumplir con ciertos deberes y obligaciones propias del ejercicio de su función. De este modo el artículo 416 del Código Penal que penaliza el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que establece como pena la multa y la pérdida del empleo o cargo público, se complementa entonces en su punibilidad con la sanción establecida en el artículo 45 del Código Penal que inhabilita al penado a “perder el empleo o cargo público” a inhabilitación hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial.

La finalidad de dicha sanción es la de tutelar el bien jurídico de la administración pública, es decir, la confianza, el prestigio y el buen funcionamiento de los servicios públicos y la administración lo cual implica aspectos como la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia y el decoro de los funcionarios del Estado. Como quedó explicado en el caso del delito de "abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto" se vulnera el principio de legalidad ya que se va en contra del sometimiento de las determinaciones estatales o los parámetros jurídicos establecidos que se fundamentan en la garantía de los intereses del Estado, por una parte, y de los derechos de los particulares, por otra. Finalmente, se tiene que resaltar que, como se ha dicho, este delito no admite la modalidad culposa, es decir que se requiere el aspecto cognoscitivo del dolo, lo cual implica que el funcionario sepa o tenga el pleno convencimiento de que el acto que ejecuta sea arbitrario e injusto. De otra parte se debe destacar que la Corte Suprema de Justicia ha aplicado en algunas ocasiones de forma directa y automática el término de inhabilitación por cinco años cuando se trata de delitos como el de intervención en política (art. 422 C.P) y el del prevaricato por acción (art. 413 C.P) y ha establecido que hay que diferenciar entre la pena de pérdida del empleo o cargo público y la pena de inhabilitación para ejercer cargos públicos u oficiales hasta por un lapso de cinco (5) años establecida en el artículo 45 del Código Penal. Del mismo modo se comprueba que si la pérdida del empleo o cargo público se establece como pena principal o accesoria, el penado queda inhabilitado para ser inscrito como candidato a cualquier cargo de elección popular, ya que quedan en suspenso la posibilidad de ser elegido, y se puede aplicar la nulidad prescrita en el numeral primero del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificada por el numeral primero del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. No obstante lo anterior y teniendo en cuenta el caso concreto, la Sala debe verificar si la interpretación dada por el Tribunal Administrativo del Tolima en su fallo de dos (2) de febrero de 2009, de aplicar la inhabilitación del artículo 45 del Código Penal de ejercer funciones públicas por un término de cinco (5) años es una interpretación constitucional que no vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho político a elegir y ser elegido y el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos del actor, contemplados en los artículos 29 y 40 (numerales 1 y 7) de la Constitución, tema que se analizará a continuación.

5.2. Interpretación del artículo 45 del Código Penal como causal para aplicar la inhabilitación del numeral primero del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

5.2.1. En el caso concreto a Reinaldo Barreto Montaño se le aplicó por parte del Tribunal Administrativo, la inhabilidad del artículo 37 de la ley 617 de 2000 que reforma el numeral primero del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que establece que “No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital” quien “se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas”.

5.2.2. Sobre la aplicación de esta causal se dijo por parte del Tribunal Administrativo del Tolima que,

“por interdicción se entiende la pérdida (sic) del ejercicio de los derechos políticos, es una restricción al ejercicio de la función pública que la Constitución reconoce a todo (sic) persona, consistente en la posibilidad de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (sic) frente a la pérdida del cargo o empleo público, esta hace relación al cargo que se encontraba desempeñando el procesado al momento de proferirse la Sentencia condenatoria, la pena impuesta [pérdida (sic) del empleo o cargo público (sic)] que rige al futuro, por cuanto la ley establece de manera clara que la imposición de esta pena trae consigo la inhabilidad para desempeñar un cargo público por un término (sic) específico, esto es hasta 5 años”.

5.2.3. Igualmente señaló dicho Tribunal que el demandante se encontraba incurso en la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas desde el día siguiente a aquel en que adquirió ejecutoria la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia, es decir, a partir del 30 de marzo de 2006, y hasta por espacio de cinco años, 30 de marzo de 2011, porque interpretó que la inhabilidad que se le aplica, es una consecuencia de la sanción penal que se establece en el artículo 45 del Código Penal.

5.2.4. El Tribunal indicó que dicha inhabilidad afectó los derechos políticos del demandado “como quiera que una vez impuesta la pena de pérdida de empleo o cargo público de manera automática se aplicaba el artículo 45 de la Ley 599 de 2001 (sic), que establece la inhabilidad de ejercer funciones públicas por un término de cinco (5) años, inhabilidad que opera de pleno derecho por mandato legal y por tanto no requería pronunciamiento judicial”.

5.2.5. Como se explicó en el numeral 1.6. de los antecedentes de esta providencia, el señor Reinaldo Barreto Montaño fue condenado el 15 de abril de 2004 por parte de la

Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, a las penas principales de multa por valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Tesoro Nacional, y a la pérdida de empleo o cargo público, como autor responsable de la conducta punible de "Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto" y en el numeral cuarto a pagar solidariamente junto a José Ernesto Reyes Molina la suma equivalente al valor de Trescientos (300) gramos de oro, a favor de la señora Nelly Arellano de Escobar.

5.2.6. Del mismo modo se debe subrayar que en dicha Sentencia nada se dijo respecto a la aplicación coetánea de la pena accesoria del artículo 45 del Código Penal que establece que, "La pérdida del empleo o cargo público, además inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial". Esta condena fue confirmada el 30 de marzo de 2006, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que decidió no casar la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué. En este caso también hay que tener en cuenta que en la misma Sentencia se condenó a José Ernesto Reyes Molina, Comandante de la Estación de Policía de Saldaña, a las penas principales "DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigente e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, como autor responsable de la conducta punible de "Prevaricato por omisión" 98.

5.2.7. Por otra parte en relación con el delito de "abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto", hay que hacer hincapié en que el artículo 416 del Código Penal establece que, "El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrir  en multa y pérdida del empleo o cargo público" 99. Así mismo se establece en el artículo 45 del mismo Código como pena coetánea e indefectible ("además") la inhabilidad del penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial cuando sea condenado a la pérdida del empleo o cargo público.

5.2.8. El problema jurídico que se presenta con la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué de 15 de abril de 2004, es que según el tutelante nada dice sobre la tasación de la pena accesoria de prohibición para ejercer cualquier cargo público u oficial

del artículo 45 del Código Penal, circunstancia que vulneraría los principios de proporcionalidad de la pena, non reformatio in pejus, legalidad de la pena y principio del juez natural.

5.2.9. Teniendo en cuenta lo anterior pasa la Sala a analizar si la interpretación del Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia de dos (2) de febrero de 2009, fue adecuada o si por el contrario incurrió en un error de indebida interpretación de la ley, que daría lugar a la configuración de una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo, e igualmente a una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defecto orgánico, ya que el Tribunal Administrativo no sería la instancia adecuada para decretar dicha inhabilidad.

5.2.10. Como se analizó en el punto 5.1.3 de esta providencia existen múltiples delitos en la parte especial en donde el actual Código Penal impone como pena la pérdida del empleo o cargo público. En algunos casos la pena es accesoria a la de prisión y en otros casos a la pena de multa. Esto da lugar a que la posibilidad de que se pueda llegar a imponer la pena coetánea de inhabilidad para ejercer cargos públicos u oficiales en varios delitos, relacionados todos ellos con el abuso en el ejercicio del cargo, por la omisión en el ejercicio de éste o por que el penado dejó de cumplir con ciertos deberes y obligaciones propias de su función.

5.2.12. Por otra parte, se hace hincapié en que el legislador ha dispuesto desde la reforma penal del año 2000 y hasta la fecha, la agravación punitiva de los delitos relacionados con la función pública, y ha encontrado necesario que dichos delitos no solamente se doten de formas de punición pecuniaria (multas) o de pérdida de libertad (prisión), sino también penas que limiten otros derechos como la imposibilidad de que se continúe en el cargo (pérdida del empleo o cargo público), y que se inhabilite al penado para ejercer cargos o empleos públicos.

5.2.13. Se comprueba la agravación de las penas relacionadas con la función pública con la reforma a la misma Constitución¹⁰⁰, en su artículo 122, en donde se establece en el inciso 5º la inhabilidad definitiva e intemporal (‘‘muerte política’’) para ejercer el sufragio pasivo o el derecho a ser elegido a quien haya sido condenado, ‘‘en cualquier tiempo’’ por los delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido

condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Esa misma inhabilidad intemporal se establecerá a quien haya dado lugar como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, a menos que se asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

5.2.14. De otro lado se debe resaltar que en el artículo 51 del Código Penal se establece la sanción para la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que, tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el inciso 3º del artículo 52. Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política¹⁰¹.

5.2.15. Como se puede apreciar, las penas de los delitos relacionados con el bien jurídico de la administración y función pública han sido agravadas por el legislador, con la finalidad de garantizar su buen funcionamiento para que en este ejercicio se prevengan y sancionen las extralimitaciones u omisiones de los funcionarios y servidores públicos y se garanticen de esta manera los derechos de los particulares en la igualdad, imparcialidad y neutralidad de la administración pública y del Estado mismo en su confianza, prestigio y buen funcionamiento.

5.2.16. En el caso del artículo 45 del Código Penal ha entendido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en algunos casos que se tiene que aplicar de manera directa o automática, una vez que se haya condenado a la pena de pérdida del empleo o cargo público, a la inhabilidad hasta por cinco (5) años para ejercer cualquier cargo público u oficial, como quedó establecido en las Sentencias de ocho (8) de julio de 2003 en el caso del prevaricato por acción y en el caso más reciente de la Sentencia de tres (3) de marzo de 2010 en un caso de condena al delito de intervención en política¹⁰². Sin embargo como se analizó en los numerales 5.1.26. y 5.1.27 de esta providencia algunos autores explican que la expresión "hasta" del artículo 45 del Código Penal, supone que el juez penal debe hacer una tasación de la condena, tasación que se ha establecido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por ejemplo en la Sentencia de veinte (20) de abril de 2006 en donde se le impuso al condenado por el delito de privación ilegal de la libertad la pena de un

(1) año.

5.2.18. Sin embargo, como quedó explicado en el numeral 5.1.25. de esta providencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la pena consagrada en el artículo 152 del Código Penal anterior que establecía para el mismo delito, «la interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años» es menos gravosa que la consagrada en el artículo 45 del Código Penal que dispone la pérdida del empleo o cargo público, «además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial».

5.2.19. La pregunta que surge ahora es si la omisión de establecer dicha pena en la parte resolutive de la Sentencia penal, puede dar lugar a que el juez administrativo, en un proceso de nulidad electoral se abstenga de aplicar una causal de inhabilidad, omitiendo de esta manera su deber de proteger que los candidatos electos tengan las calidades y requisitos necesarios para acceder a la función pública, y asegurar de este modo la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público.

5.2.20. Como se veía al estudiar el caso concreto, el Tribunal Administrativo del Tolima consideró que, «la inhabilidad alegada, es una consecuencia de una sanción penal, que como tal afecta los derechos políticos del demandado, como quiera que una vez impuesta la pena de pérdida de empleo o cargo público de manera automática se aplicaba el artículo 45 de la Ley 599 de 2001 (sic), que establece la inhabilidad de ejercer funciones públicas por un término de cinco (5) años, inhabilidad que opera de pleno derecho por mandato legal y por tanto no requiere de pronunciamiento judicial».

5.2.21. Estima la Sala que la interpretación dada por el Tribunal en su sentencia no configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela por indebida interpretación o por defecto orgánico que vulnere los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29) y los derechos políticos de ser elegido y desempeñar cargos públicos (art. 40 numerales 1 y 7), por las siguientes razones:

5.2.22. En primer lugar, porque en este caso el juez electoral está interpretando el régimen de inhabilidades contemplado en la parte final del numeral primero del artículo 37 de la ley 617 de 2000 que establece «que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital» quien «se encuentre en interdicción

para el ejercicio de funciones públicas. Esta causal se diferencia de la establecida, por ejemplo, en la primera parte del mismo numeral que señala que es inhabil para ser alcalde quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos¹⁰³. En el primer caso la inhabilidad no depende de la condena penal, sino simplemente de la interdicción para el ejercicio de funciones públicas, mientras que en el segundo evento es perentoria y necesaria la condena por sentencia judicial para quedar inhabilitado.

5.2.23. En segundo término y como quedó explicado en los numerales 5.1.28 y siguientes de esta providencia, la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-952 de 2001 ha diferenciado entre la sanción penal en el caso de la pena de inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas, que tiene como finalidad resarcir el daño a la sociedad y al particular por la afectación al bien jurídico de la administración pública, y la sanción electoral que tiene como objetivo otorgar prevalencia a los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo de alcalde y garantizar la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempeño del mismo.

5.2.24. Como quedó dicho anteriormente¹⁰⁴, las inhabilidades según la jurisprudencia constitucional son aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo¹⁰⁵.

5.2.25. En el caso del artículo 45 del Código Penal se dice que la pérdida del empleo o cargo público además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial. Evidencia la Sala que con la norma lo que se está buscando es rodear a la función pública de las condiciones de transparencia, igualdad y moralidad en el acceso y permanencia en el servicio público, para que las decisiones de la administración sean imparciales y objetivas y para que los empleados públicos sean idóneos, probos y capaces en el ejercicio de sus funciones.

5.2.26. En este caso la posibilidad de ser elegido y desempeñar funciones y cargos públicos, se encuentra limitadas ya que se configura una inhabilidad de carácter penal que

protege el bien jurídico de la administración pública, como es el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Para la Sala resultaría del todo un despropósito que para cumplir con los deberes del juez electoral de defender y garantizar el interés general y la igualdad de oportunidades de los que aspiran a ser elegidos y la garantía de la idoneidad y probidad de los candidatos, se establezca que se cometió una falta de hecho por la interpretación directa de una norma penal que establece una inhabilidad, como es el caso del artículo 45 del Código Penal. Al contrario, el juez electoral al percibir que se omitió establecer en la Sentencia penal de manera directa la sanción coetánea establecida en el artículo 45, lo que hizo fue corregir dicha omisión y establecer la inhabilidad, circunstancia que no se puede catalogar de arbitraria, sino que se realizó en ejercicio de sus propias competencias en materia de jurisdicción electoral.

5.2.27. Igualmente la Sala estima que la interpretación del Tribunal Administrativo del Tolima no está violando los principios de non reformatio in pejus, principio de legalidad de la pena y de juez natural, porque en este caso no se está arrogando el juez administrativo funciones del juez penal, sino que en el proceso propiamente electoral está aplicando una causal de inhabilidad contemplada en el numeral primero del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que establece que “No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital”, quien “se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas”¹⁰⁶.

5.2.28. Por otra parte la Sala considera que aunque el juez penal podría llegar a tasar la pena, con una temporalidad menos gravosa como se ha dispuesto en algunos casos. Sin embargo en el caso concreto el juez electoral decidió interpretar que se le debía aplicar la inhabilidad por el término de cinco años, teniendo en cuenta que la finalidad de dicha pena es garantizar la idoneidad y probidad de quienes van a ser elegidos y garantizar el interés general y la igualdad de oportunidades de los que aspiran a ser elegidos.

5.2.29. Igualmente se debe resaltar que en el caso concreto la inhabilidad establecida para José Ernesto Reyes Molina, Inspector de Policía de Saldaña, por parte del Tribunal Superior de Ibagué, para el ejercicio de derechos y funciones públicas fue de cinco (5) años, mientras que para el alcalde de Saldaña, Reinaldo Barreto Montaña no se le impuso la pena accesoria por omisión del juez penal. Por esta razón considera la Sala que la tasación de la inhabilidad que realizó el juez electoral no es desproporcionada sino que

se corresponde con la condena impuesta al Inspector de Policía que también lo inhabilita para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

5.2.30. Teniendo en cuenta lo anterior comprueba la Sala que en el caso concreto el juez electoral no actuó como juez penal, y por ende no está agravando la pena del apelante, ya que se trata claramente de otra jurisdicción, la electoral¹⁰⁷. Tampoco en este caso se está violando el principio de legalidad de la pena, porque no se está estableciendo una sanción propiamente penal, sino que se está aplicando una sanción electoral contemplada claramente en el numeral primero del artículo 37 de la ley 617 de 2000. Finalmente en este caso tampoco se violaría el principio de juez natural, porque el juez administrativo no impone una condena penal, sino que aplica una inhabilidad derivada de la interpretación directa de una norma penal.

5.2.31. Por otro lado, se debe hacer hincapié que aunque se presentó una omisión del juez penal respecto a la tasación de la pena de "inhabilidad para ejercer cargos y empleos públicos" que se establece en el artículo 45 del Código Penal, esto no quiere decir que el tutelante pueda quedar absuelto de la inhabilidad electoral a que tiene lugar.

6. Sobre las medidas provisionales pedidas por el actor.

La Sala subraya que en el caso sub judice no se pudo ordenar las medidas provisionales solicitadas por el actor con base en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que consistían en suspender lo resuelto en la Sentencia de dos (2) de febrero de 2009 y de esta manera evitar un perjuicio irremediable que se produciría con la convocatoria a elecciones para reemplazar al alcalde, según lo dispuesto en el inciso segundo del art. 314 de la C.N-, ya que la tutela interpuesta por el actor fue seleccionada por la Corte el día veinte (20) de noviembre del 2009, y las elecciones para reemplazar al alcalde de Saldaña tras el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima se dieron el 14 de septiembre de 2009¹⁰⁸.

V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del proceso ordenada por este despacho mediante Auto de veinticinco (25) de febrero de 2010.

Segundo.- REVOCAR la improcedencia de la acción de tutela de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de diez (10) de septiembre de 2009.

Tercero.- DENEGAR la acción de tutela promovida por Reinaldo Barreto Montaño en contra de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima de dos (2) de febrero de 2009.

Cuarto.- DEVOLVER el expediente prestado por el Tribunal Administrativo del Tolima sobre el proceso de nulidad electoral adelantado contra Reinaldo Barreto Montaño (Número de radicación 0456-04111/07)

Lábrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cómplase.

JUAN CARLOS HENAO PÁEZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA T-615/11

Referencia: Expediente T-2448215

Acción de tutela instaurada por Reinaldo Barreto Montaña contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito disentir de la determinación adoptada por la Sala Tercera de Revisión dentro del expediente de la referencia. Lo anterior, por cuanto considero que en el presente caso era preciso proteger los derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegido y a desempeñar funciones y cargos públicos, invocados por el peticionario.

A continuación se realizará una relación sucinta de las particularidades del caso; en seguida se efectuará una contextualización general de los asuntos que debieron tenerse como fundamento de la decisión; y finalmente se expondrán los motivos concretos de mi discrepancia.

1. Antecedentes

1.1 Al señor Reinaldo Barreto Montaña, siendo alcalde del municipio de Saldaña, le iniciaron un proceso penal, el cual en sentencia del 30 de marzo de 2006, proferida por la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, quedó en firme la condena impuesta en segunda instancia por el Tribunal Superior de Ibagué por el delito de “abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto”.¹⁰⁹

1.2. En octubre de 2007, el señor Reinaldo Barreto Montaño se presenta a las elecciones para alcalde del municipio de Saldaña y nuevamente es electo para el periodo 2008-2011.

1.3. Varios ciudadanos presentan demanda de nulidad electoral, argumentando que en razón de la sentencia condenatoria dentro del proceso penal, este se encontraba incurso en una causal de inhabilidad al momento de su elección.¹¹⁰

1.4. El Juzgado Cuarto Administrativo del Ibagué, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2008, niega la solicitud de declaratoria de nulidad de la elección argumentando que en la condena penal del señor Barreto no se contempló la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.¹¹¹

1.5. La segunda instancia dentro del proceso de nulidad electoral correspondió al Tribunal Administrativo del Tolima, quien revocó la decisión de primera instancia y declaró nula la elección del señor Barrero como alcalde de Saldaña. Dicha decisión se fundamentó básicamente en los argumentos que a continuación se sintetizan:

i). El señor Reinaldo Barreto Montaño se encontraba inhabilitado al momento de su elección y, sin embargo, ello no se vio reflejado en los certificados de antecedentes expedidos por la Procuraduría. Afirma que el Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima) hizo incurrir en error a dicha entidad al haberle indicado que el señor Barreto Montaño no había sido condenado a la pena de inhabilidad dentro del proceso penal.¹¹² Al respecto el Tribunal expresó:

“El Juzgado quien decidió en primera instancia absolver al demandado en el proceso penal por el delito de abuso de autoridad, decisión que posteriormente fue revocada por el Tribunal Superior de Ibagué condenando al procesado a la pena de multa y pérdida de empleo público, no estaba facultado para interpretar y darle el alcance que le dio al fallo proferido por el Tribunal, afirmando que no se había inhabilitado al señor BARRETO MONTAÑA, como quiera que este no fue quien emitió el fallo y por tanto no conoce el

sentido y alcance del mismo, ni las razones que motivaron a la segunda instancia a imponer tales penas.

Por tanto, fue el citado Juzgado quien hizo incurrir en error a la Procuraduría al informarle que el señor BARRETO MONTAÑA no se hallaba inmerso en ninguna inhabilidad y por tal razón se presume que esta entidad expidió el certificado de antecedentes disciplinarios teniendo en cuenta lo expresado por tal autoridad judicial.

ii). La causal de inhabilidad alegada, es una consecuencia de una sanción penal, que como tal, afecta los derechos políticos del demandado, como quiera que una vez impuesta la pena de pérdida de empleo o cargo público de manera automática se aplicaba el artículo 45 de la Ley 599 de 2001 (sic), que establece la inhabilidad de ejercer funciones públicas por un término de cinco (5) años, inhabilidad que opera de pleno derecho por mandato legal y por tanto no requería pronunciamiento judicial. 113. (negrilla fuera del texto)

1.6. El señor Barreto Montaña interpuso acción de tutela con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso invocando la existencia de los defectos sustantivo y orgánico en la sentencia de nulidad electoral. Considera que el Tribunal Administrativo interpretó y aplicó en forma errónea el artículo 45 de la Ley 599 de 2001, porque el operador judicial administrativo le atribuyó a esta norma un alcance y sentido diferente al dispuesto en el ordenamiento, violando directamente el derecho fundamental al debido proceso, el derecho de acceso a la administración de justicia y los demás que emanan de estos; desconoció el principio de non reformatio in pejus, y creó una inhabilidad intemporal.

1.7. Durante el proceso de amparo en primera instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado decidió rechazar la solicitud presentada por el peticionario, alegando la improcedencia de la misma. En segunda instancia la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar Negar por improcedente la acción de tutela impetrada.

2. Argumentos y decisión tomada por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional

La mayoría sostuvo que no se configuró una vicia de hecho en la decisión del Tribunal, por las siguientes razones¹¹⁶:

(i). La inhabilidad de "hasta por 5 años" es coetánea a la "perdida del empleo o cargo público" debido a que su imposición opera automáticamente y su aplicación es necesaria cuando lo que se busca proteger el bien jurídico de la administración pública.

(ii). Si bien se presentó una omisión por parte del juez penal al no haber tasado la pena de "inhabilidad para ejercer cargos y empleos públicos", establecida en el artículo 45 del Código Penal, ello no quiere decir que el señor Barreto Montaña quede absuelto de la inhabilidad electoral.¹¹⁷

(iii). No se puede decir que la pena es desproporcionada toda vez que la tasación de la inhabilidad que realizó el juez electoral corresponde a la condena impuesta al Inspector de Policía, quien fue inhabilitado para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de cinco (5) años.

(iv) No existe una violación al principio de legalidad de la pena, porque no se está estableciendo una sanción propiamente penal sino aplicando una sanción electoral contemplada claramente en el numeral primero del artículo 37 de la ley 617 de 2000¹¹⁸.

(v). No se vulnera el principio de juez natural, porque el juez administrativo no impone una condena penal sino que aplica una inhabilidad derivada de la interpretación directa de una norma penal.

(vi). La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en situaciones muy parecidas, ya ha aplicado el máximo de 5 años en lo que respecta a la pena de inhabilidad.

Con estas consideraciones, la mayoría de Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en la sentencia T-615 de 2011, determinó:

"Primero.- LEVANTAR la suspensión del proceso ordenada por este despacho mediante Auto de veinticinco (25) de febrero de 2010.

Segundo. - REVOCAR la improcedencia de la acción de tutela de la Sección Primera de la

Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de diez (10) de septiembre de 2009.

Tercero.- DENEGAR la acción de tutela promovida por Reinaldo Barreto Montaño en contra de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima de dos (2) de febrero de 2009.

Cuarto. “ DEVOLVER el Expediente prestado por el Tribunal Administrativo del Tolima sobre el proceso de nulidad electoral adelantado contra Reinaldo Barreto Montaño (Número de radicación 0456-04111/07).”

3.1. Generalidades sobre los principios del derecho penal referentes a los criterios para la determinación de la pena

El artículo 29 de la Constitución de 1991 consagra los principios de: legalidad, favorabilidad, juez natural, y taxatividad de los delitos y las penas, al establecer que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

A ello se suma lo consagrado en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que incluyen los mandatos del artículo 11, numeral 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹⁹; el artículo 9° numeral 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁰; y lo consignado en el artículo 9 de la Convención Interamericana de derechos Humanos.¹²¹

De acuerdo con la jurisprudencia, el principio de legalidad penal en sentido estricto (tipicidad o taxatividad)¹²² constituye la salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, al tiempo que permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, de manera que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta corresponde o no a la descripción abstracta realizada por la normativa¹²³. Con ello se protege la libertad individual, se controla la arbitrariedad judicial y se asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal.¹²⁴

3.2. De la clasificación de las penas en el ordenamiento jurídico

El artículo 34 del Código Penal Colombiano identifica tres clases de penas en nuestro

ordenamiento: principales, sustitutivas y accesorias¹²⁵:

Las penas principales son las que se determinan legislativamente en cada tipo como consecuencia específica de la conducta punible.¹²⁶ Las sustitutivas también se encuentran expresamente determinadas en la ley y reemplazan las sanciones principales de prisión o multa bajo el cumplimiento de unas condiciones preestablecidas. Finalmente, las penas accesorias (o privativas de otros derechos)¹²⁷, además de ostentar un sistema complejo, cuentan con reglas específicas que deben tener en cuenta los jueces encargados de su aplicación. A continuación se reseñan las directrices previstas para la imposición de las sanciones accesorias de acuerdo con el ordenamiento penal:

- En primer lugar, si bien las penas accesorias pueden ser ordenadas por el juez como consecuencia secundaria de una conducta punible, su imposición debe ser motivada tanto de manera cualitativa como cuantitativa.¹²⁸ Ello quiere decir que a pesar de que en la imposición de este tipo de penas prima el ejercicio discrecional del juez, dicha potestad exige por lo menos una justificación de la decisión.

En consecuencia, es necesario que el juez establezca la relación existente entre la pena accesoria y la conducta por la cual la impone, de manera que la argumentación utilizada sea congruente con el fin de evidenciar los factores específicos que la configuran (motivación de la decisión), garantizando así el cumplimiento de la finalidad de prevención de la imposición de la sanción penal.

* Como excepción a la regla anterior, que es la directriz general en materia de imposición de penas accesorias dentro del proceso penal, la sanción accesoria privativa de otros derechos que aplica de manera automática¹²⁹ es la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas¹³⁰, en aquellos eventos en los que se imponga la pena principal de prisión.¹³¹

*

La aplicación automática de esta sanción surge de la previsión legislativa que consiste en que siempre que se imponga una condena de prisión al penado, no le es posible ejercer el

derecho al sufragio o desempeñar cargos públicos. Al respecto esta Corporación, en la Sentencia C-581 de 2001, expresó lo siguiente:

“La Constitución permite que la ciudadanía se suspenda en virtud de la decisión judicial, ‘en los casos que determine la ley’ como es por ejemplo en el presente caso, en que ella se produce a título de pena por la comisión de un delito, por medio de sentencia debidamente ejecutoriada”. 132

- Aunque las penas privativas de otros derechos en principio se clasifiquen como sanciones accesorias de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del CP, también se prevé que en algunos casos dichas penas sean contempladas como principales para algunos tipos penales¹³³. Un ejemplo de ello se puede observar en el artículo 416 del Código Penal¹³⁴, de acuerdo con el cual se indica como pena principal “la pérdida del empleo o cargo público”, pese a que esta es considerada generalmente una pena accesoria.

3.3. Análisis del tipo penal contenido en el artículo 416 del CP

Tal como se expresó en el acápite precedente, el tipo penal advertido en el artículo 416 del CP demanda la imposición de dos penas principales: (i) la multa que en el presente caso no será objeto de análisis y (ii) “la pérdida del empleo o cargo público”. 135 De esta última se desprende una sanción adicional prevista en el artículo 45 del CP que indica que en aquellos casos en los que se condene a un sujeto a la “pérdida del empleo o cargo público”, ello, “además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años”, convirtiendo a esta última (inhabilidad) en una sanción accesoria de la primera (pérdida del empleo o cargo público).

En esa medida, es claro que al ser la inhabilidad una pena accesoria su imposición implica que dicha sanción deba ser individualizada, motivada y fundamentada por el juez en su decisión, con el fin de que se respeten los principios de legalidad y debido proceso.

Contrario a lo decidido por la mayoría de la Sala Tercera de Revisión, considero que en el caso del señor Barreto Montaña se debió conceder la protección de los derechos invocados, por las siguientes razones:

1. Por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹³⁶ realiz³ una interpretaci³n err³nea de la disposici³n prevista en el numeral primero del art³culo 37 de la Ley 617 de 2000, al afirmar que al hab³ersele condenado a la p³rdida del empleo o cargo p³blico, quedaba autom³ticamente inhabilitado durante 5 a³os¹³⁷, pese a que se omiti³ establecer dicha sanci³n en la sentencia condenatoria del proceso penal que dio origen a la nulidad electoral.

La omisi³n del juez penal de tasar la pena de inhabilidad dentro del proceso penal no permiti³a que arbitrariamente se aplicara la m³xima sanci³n de 5 a³os, ya que de acuerdo con las reglas previstas en materia de penas accesorias en el ordenamiento jur³dico, si no existe una tasaci³n de la misma, no hay lugar a su imposici³n.

Lo anterior, con fundamento en que si bien el art³culo 45 del CP establece que la â€œp³rdida del empleo o cargo p³blicoâ€ inhabilita al penado â€œhastaâ€ por 5 a³os, ello no significa que la pena accesoria de inhabilidad opere autom³ticamente, como se afirma en la sentencia de tutela, toda vez que al peticionario no se le aplic³ como sanci³n principal la pena privativa de la libertad. Por el contrario, al ser la inhabilidad una sanci³n de naturaleza â€œaccesoriaâ€, su imposici³n debi³ ser (i) individualizada, (ii) motivada y (iii) tasada, como lo prescriben los art³culos 52 y 59 del C³digo Penal.

En igual sentido, debe recordarse que si bien la Corte Suprema en ocasiones ha aplicado la pena de inhabilidad por los 5 a³os¹³⁸, lo ha hecho en la condi³n de juez natural dentro del proceso penal, como responsable de individualizar y tasar la pena de manera motivada¹³⁹, teniendo en cuenta los elementos de la conducta en cada caso. En consecuencia, ello no significa que permanentemente se est³n aplicando â€œde manera directa los 5 a³osâ€, sino que, por el contrario, como se observa en los ejemplos expuestos en la parte motiva de la sentencia, tambi³n se ha optado por penas de inhabilidad menores dependiendo de la situaci³n en concreto.

Al respecto se puede citar, por ejemplo, el caso mencionado en el fundamento 5.1.26 de la providencia, que determin³ un a³o de inhabilidad ante la imposici³n de una pena principal de prisi³n prevista por el mismo tiempo.¹⁴⁰ Como se puede observar, en dicho asunto el juez toma una decisi³n proporcional y equivalente a la pena de prisi³n dispuesta para la conducta tipificada; mientras que en el caso del se³or Barreto Monta³a, a quien ni

siquiera se le impuso la pena de prisión, se le aplica en un proceso de nulidad electoral, la inhabilidad máxima prevista de 5 años, sin más justificación que la de haberse omitido su tasación en el proceso penal.

Los asuntos citados en la providencia como argumento para aplicar la máxima pena de 5 años de inhabilidad al accionante son casos en los cuales el juez penal, como "juez natural", (i) actúa dentro de los límites y máximos imponibles, (ii) teniendo en cuenta las penas principales establecidas en los tipos penales, y (iii) explicando con una argumentación sólida las razones por las cuales aplica la mayor sanción en los casos específicos.

El hecho de que el juez electoral este corrigiendo una omisión del juez penal en la tasación de una pena, en mi concepto quebranta claramente los principios de juez natural, debido proceso y legalidad previstos en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley, toda vez que no corresponde al Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de un proceso de nulidad electoral, efectuar una "corrección" en la interpretación de la sentencia penal aplicando de manera arbitraria la máxima de 5 años y sin tener en cuenta que sobre esa sanción accesoria no se hizo mención en la sentencia condenatoria.

En lo referente al juez electoral, se hace especial énfasis en que este debió aplicar el principio de "capacidad electoral" previsto en el numeral 4° del artículo 1° del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral)¹⁴¹ y limitarse a realizar una interpretación restringida frente a la inhabilidad, de acuerdo con lo indicado en la sentencia proferida por el juez penal, ya que era este último el único competente para determinar y cuantificar la pena accesoria en caso de considerarlo.¹⁴²

En esa medida, no es de recibo que un juez que debe limitarse a verificar si existe o no una inhabilidad para el ejercicio de un cargo público, termine imponiendo una pena y además la grada sin tener dicha competencia, violentando así las garantías constitucionales. Máxime cuando de manera diligente el peticionario realizó las consultas previas para poder participar en igualdad de condiciones durante los comicios electorales de octubre de 2007.

2. Ahora bien, si en aras de la discusión se aceptara que efectivamente, había lugar a que el juez electoral hubiese tasado la pena de inhabilidad, no lo es el hecho de que se aplique el máximo previsto en el ordenamiento jurídico de 5 años, yendo además en contra de los

principios “pro homine”, y de favorabilidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 Título III “Delitos contra la administración pública”, Capítulo 8º, artículo 152 del Libro II del Código Penal de 1980.

2 Folio 19 de la Sentencia.

3 Folio 46.

4 Páginas 28 y 29 de la Sentencia.

5 Negrilla fuera del texto. Página 30 de la demanda.

6 Página 18 de la demanda.

7 Cuaderno 9, p. 892 del Expediente.

8 Página 16 de la Sentencia.

9 Negrilla fuera del texto. Folio 261 del Expediente.

10 Página 12 de la Sentencia, p. 262 del Expediente.

11 Página 13 de la Sentencia, p. 263 del Expediente.

12 Página 13 de la tutela.

13 Síntesis del Amparo impetrado, p. 28.

14 Página 26 de la demanda.

15 Folio 78 del Expediente.

16 Folio 121 del Expediente.

17 La Corte afirmó³: «Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...)» (negrilla fuera del texto).

18 En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: «Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona (¶) Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad (¶) La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.» (negrilla fuera del texto).

19 También se pueden citar las sentencias T-173 de 1993 (M.P. José Gregorio

Hernández), T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

20 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 Sentencia T-008 de 1998.

22 Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

23 M.P. Jaime Cárdena Triviño.

24 La Sentencia se profirió en la revisión de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal-, en donde la Corte estableció que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal en desarrollo de su libertad de configuración y, otra muy distinta, que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública.

25 Sentencia T-522/01.

26 T-049 de 2007.

27 M.P. Jaime Cárdena Triviño.

28 Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas. Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de *ne reformatio in pejus*.

29 Cfr., la sentencia C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia T-292 de 2006.

30 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

32 Se refiere el requisito a que en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales.

33 Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M. P.  lvvaro Tafur Galvis; T-691 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Sentencia T-570 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

35 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; SU  544 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T  1670 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz, y la T  225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

36 Corte Constitucional. Ver sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

37 Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

38 Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández; T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-511 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-108 de 2003 M.P.  lvvaro Tafur Galvis, entre otras.

39 Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

40 Corte Constitucional. Sentencia T-1009 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

41 Corte Constitucional. Sentencias SU-1159 de 2003 y T-578 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

42 T-377-09. M.P. María Victoria Calle.

43 Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Por ejemplo en la T-066 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), se tuteló el derecho al demandado que había sido condenado por falta de defensa técnica en una sentencia proferida cinco años antes de la presentación de la tutela. En la sentencia SU-961 de 1999 (Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que «La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal manera que no se vulneren los derechos de terceros» (Negrilla fuera del texto).

45 VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal (Parte General), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, 4ta ed., p. 687. Negrilla fuera del texto.

46 «ARTICULO 175. PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD. <Penas aumentadas por el artículo 14 la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público»

47 «ARTICULO 177. DESCONOCIMIENTO DE HÁBEAS CORPUS. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) meses a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público».

48 «ARTICULO 190. VIOLACION DE HABITACION AJENA POR SERVIDOR PÚBLICO. El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público»

49 ARTÍCULO 219-B. OMISIÓN DE DENUNCIA. <Artículo adicionado por el Parágrafo Transitorio del Artículo 35 de la Ley 679 de 2001. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto adicionado y con penas

aumentadas es el siguiente:> El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

50 "ARTICULO 232. ADOPCION IRREGULAR. <Penas aumentadas por el artículo 14 de Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Al que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando: 1. La conducta se realice con ánimo de lucro. 2. El copartícipe se aproveche de su investidura oficial o de su profesión para realizarla, caso en el cual se le impondrá, además, como pena, la pérdida del empleo cargo público.

51 "ARTICULO 416. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

52 "ARTICULO 417. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION DE DENUNCIA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

53 "ARTICULO 418. REVELACION DE SECRETO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia

que deba mantener en secreto o reserva, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico. Si de la conducta resultare perjuicio, la pena serÃ¡ de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) mesesâ€º.

54 â€œARTICULO 419. UTILIZACION DE ASUNTO SOMETIDO A SECRETO O RESERVA. El servidor pÃºblico que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento cientÃ­fico, u otra informaciÃ³n o dato llegados a su conocimiento por razÃ³n de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayorâ€º.

55 â€œARTICULO 420. UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION OFICIAL PRIVILEGIADA. El servidor pÃºblico que como empleado o directivo o miembro de una junta u Ã³rgano de administraciÃ³n de cualquier entidad pÃºblica, que haga uso indebido de informaciÃ³n que haya conocido por razÃ³n o con ocasiÃ³n de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento pÃºblico, con el fin de obtener provecho para sÃ­ o para un tercero, sea Ã©ste persona natural o jurÃ­dica, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblicoâ€º.

56 â€œARTICULO 421. ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES. <Penas aumentadas por el artÃ­culo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor pÃºblico que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico. Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio PÃºblico la pena serÃ¡ de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) mesesâ€º

57 â€œARTICULO 422. INTERVENCION EN POLITICA. El servidor pÃºblico que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los Ã³rganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo

público. Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular 

58 ARTICULO 450. MODALIDAD CULPOSA. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que por culpa d  lugar a su fuga, incurrir  en multa y pérdida del empleo o cargo p blico .

59 BERNAL PINZON, Jesús, Delitos contra la Administración Pública, Bogotá, Temis, p. 1, citado por MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, Delitos contra la Administración Pública: conforme con el nuevo Código Penal, Bogotá, Leyer, (4 ed.), 2003, p. 20

61 Autores citados por Juan Bustos Ramírez, Derecho Penal Especial, Bogotá, Leyer, 2008, p. 679.

62 Como en el caso del peculado por apropiación (art. 397), por aplicación oficial diferente (art. 399), y culposo (400), o por la omisión del agente retenedor (art. 402), la destinación indebida de recursos del tesoro para la declaración de procedencia de metales preciosos (art. 403), y el enriquecimiento ilícito (art. 412).

63 Como es el caso de la violencia contra el servidor público (art. 429) y la perturbación de actos oficiales (art. 430).

64Jurisprudencia citada en Alfonso G mez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Delitos contra la Administración Pública (3ra ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 526.

65 Ibíd., p. 529.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de octubre de 1976, M.P. Humberto Barrera Domínguez, CXVIII, 2282bis, p. 38. Citado por Ibíd., p. 528.

67 Ibíd., p. 530.

68 IbÍd.

69 Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995.

70 “ARTICULO 39. LA MULTA. <Artículo modificado por el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas: 1. Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella. 2. Unidad multa. La unidad multa será de: 1. Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 2. Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50). 3. Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores”

71 VELÁSQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 687.

72 M.P. Jaime Araujo Rentería.

73 En la Sentencia C-394 de 1995 se estableció que los detenidos no condenados tienen el derecho al sufragio en su respectivo sitio de reclusión. Igualmente en la Sentencia T- 324 de 1994 se afirmó que, “Los detenidos que aún no han sido condenados, son beneficiarios de la presunción de inocencia y, por lo tanto para efectos políticos deben ser considerados, como ciudadanos titulares de plenos derechos, que merecen un trato preferencial por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad”.

74 El artículo 122 de la Constitución Política establece la inhabilidad intemporal para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular o para ser designado como servidor público “œmuerte política” y dispone que, “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, a ser calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

75 Sentencia de ocho (8) de julio de dos mil tres (2003), M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. En el segundo numeral del resuelve de dicha Sentencia se dijo que se debe “ACLARAR la sentencia apelada en cuanto a la pena accesoria que se impuso al procesado Gerardo Triana Lozano, bajo el entendido de que ella corresponde a la pérdida del empleo o cargo público que ostentaba como Fiscal Seccional y además a la inhabilitación por cinco (5) años, para desempeñar cualquier cargo público u oficial”.

76 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

77 Intervención en Política. Art- 422 “œEl servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo pública (œ!)” (Negrilla fuera del texto).

78 Sentencia página 29 a 30.

79 Negrilla fuera del texto.

80 Por ejemplo el penalista Fernando Velásquez que en todo caso señala que dicha

situación puede ser absurda. Velásquez indica que, “Como es obvio, no puede afirmarse que en este último caso la pena tenga una duración indeterminada, no solo porque ello pugnaría con los postulados inspiradores de la sanción penal, sino porque el propio legislador en el citado artículo 45 “ sin distinguir entre aquellos casos en los que esta especie de pena actúa como principal o como accesoria “ se encarga de señalar como duración máxima la de cinco años, aunque no indica el ánimo; esto último lleva al absurdo, pues el marco dentro del que se debe mover el sentenciador ha de fluctuar entre 1 y 1825 días de la pena, según las pautas de los artículos 52 y 61 inciso 3º” (VELÁZQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 687).

81 Negrilla fuera del texto.

83 Ibíd.

84 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

85 Negrilla fuera del texto.

86 OSORIO SALAZAR, Liliana Rocío, Evolución legislativa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de la Constitución de 1991, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 30.

87 Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, PI-0148 de enero de 2005.

88 VANEGAS GIL, Pedro Pablo, Las candidaturas en el derecho electoral colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 91.

89 Sentencia C-348 de 2004. A su vez, los criterios expuestos en dicho fallo se apoyan en las Sentencias C-380 de 1997, C-200 de 2001 y C-1212 de 2001, entre otras. Referencia tomada de la Sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

90 También sustentan este principio las sentencias C-618 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-1412 de 2000 (M.P[e] Martha Victoria Sánchezica).

91 Sentencias C-509 de 1994, C-558 de 1994 y C-311 de 2004. Tal ocurre, por ejemplo, con la condena por delitos comunes, la interdicción judicial, las sanciones disciplinarias (Ver

definición de inhabilidades de la Sentencia C-194 de 1995).

92 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-564 de 1997, C-311 de 2004 y C-468 de 2008.

93 SÁNCHEZ MUÑOZ, Áscar, La igualdad de oportunidades en las competencias electorales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 74.

94 Negrilla fuera del texto.

95 Ley 617 de 2000.

96 C 952 de 2001

97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá D.C. dos (2) de septiembre de dos mil cinco (2005).

98 Negrilla fuera del texto.

99 Negrilla fuera del texto.

100 Reforma que se produjo con el artículo 40 del A.L 1 de 2009.

101 Negrilla fuera del texto.

102 Ver numerales 5.1.23., 5.1.24., 5.1.25 y 5.1.26. de esta providencia.

103 Negrilla fuera del texto.

104 Numeral 5.1.31 de esta providencia.

105 Sentencias C-509 de 1994, C-558 de 1994 y C-311 de 2004. Tal ocurre, por ejemplo, con la condena por delitos comunes, la interdicción judicial, las sanciones disciplinarias (Ver definición de inhabilidades de la Sentencia C-194 de 1995).

106 Negrilla fuera del texto.

107 El artículo 31 de la Constitución desarrollado por el artículo 217 del Código Penal, consagra la prohibición de la reforma en perjuicio del procesado siempre que éste tenga la calidad de apelante único. Sobre este principio la Corte Constitucional ha afirmado que, «cuando la apelación de una sentencia de condena sea interpuesta exclusivamente por el procesado o su defensor, el *ad quem* no podrá agravar la situación del recurrente aumentando la pena impuesta por el *a quo*». Esto significa que la situación del apelante podrá mejorarse pero jamás hacerse más gravosa, porque se considera, en virtud del principio en cuestión, que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable de la providencia que se recurre» (Sentencia T- 1722 de 2000). En el caso concreto no se está violando dicho principio ya que no se trata de una apelación de la Sentencia penal, sino la resolución de una posible vía de hecho de una instancia administrativa con jurisdicción electoral.

108 Fue electo Luis Jorge Peñón

109 A continuación se expone el contenido de la parte resolutive de la providencia proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué dentro del proceso penal seguido en contra del señor Reinaldo Barreto Montaña, que quedó en firme luego de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidiera no casarla: «PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada en este proceso, el 5 de febrero de 2002 (fls 84-103 cuaderno original No 2) por el Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima), mediante la cual fueron absueltos los procesados REINALDO BARRETO MONTAÑA y JOSÉ ERNESTO REYES MOLINA, de los cargos que se les formuló en la Resolución de acusación, por los delitos de «Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto», en cuanto se refiere al primero de los nombrados y de «prevaricato por omisión», en lo que concierne al último.// SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR al procesado REINALDO BARRETO MONTAÑA, a las penas principales de multa por valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Tesoro Nacional, y a la pérdida del empleo o cargo público, como autor responsable de la conducta punible de «Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.// TERCERO: CONDENAR, al procesado JOSÉ ERNESTO REYES MOLINA, a las penas principales de DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad o para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, como autor responsable de la conducta punible de «prevaricato por omisión», y simultáneamente se le conceda el sustituto penal de la

suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, por un periodo de prueba de dos años, previa suscripción de diligencia compromisoria que contenga las obligaciones previstas en el artículo 69 del Código Penal, y la prestación de caución prendaria en cuantía de CINCUENTA MIL (\$50.000) Mcte., que depositará en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de conocimiento.// CUARTO: Condenar solidariamente a los procesados REINALDO BARRETO MONTAÑA y JOSÉ ERNESTO REYES MOLINA, al pago de suma de dinero equivalente al valor de TRESCIENTOS (300) gramos de oro, a favor de la señora NELLY ARELLANO DE ESCOBAR, por concepto de perjuicios materiales ocasionados con las conductas punibles investigadas en este proceso. El aparte transcrito es tomado de la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué dentro del proceso penal seguido en contra del señor Reinaldo Barreto Montaña, que quedó en firme luego de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidiera no casar la sentencia.

110 De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 45 del Código Penal: "La pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilidad hasta por 5 años para el ejercicio de cualquier cargo público u oficial".

111 Adicionalmente, el juez de primera instancia dentro del proceso de nulidad electoral seguido en contra del señor Barreto Montaña expuso lo siguiente: "se observa nítidamente que el juez juzgador omitió cumplir con el deber de dosificar la pena y no por ello se puede afirmar que entonces tal vacío lo que se impone es que automáticamente deba considerarse que el término que debe atenderse es el máximo de la pena accesoria de inhabilidad contemplada en el artículo 45 de la Ley 599 de 2000, pues ello conllevaría una flagrante violación del debido proceso en su manifestación del derecho a la defensa y al juez natural, habida cuenta que un pronunciamiento de naturaleza penal estaría siendo impuesto por un juez ajeno a la causa, aparte de que el escenario natural para impugnar los límites de las penas impuestas lo es el penal y no uno diferente".

112 Ello por cuanto en el momento en que el señor Barreto Montaña realizó la consulta de su situación antes de postularse para la elección de alcalde, la Procuraduría expidió el certificado de antecedentes, con base en la información suministrada por el juzgado de primera instancia dentro del proceso penal, el cual le informó que el peticionario no estaba incurso en inhabilidades toda vez que dentro de la sentencia no se hizo mención a la

condena de inhabilidad.

113 Sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Ibagué, dentro del proceso de nulidad electoral.

114 Sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Ibagué, dentro del proceso de nulidad electoral.

115 Código Penal vigente para la época en que fue condenado.

116 Al respecto la sentencia indica: 5.2.21. Estima la Sala que la interpretación dada por el Tribunal en su sentencia no configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela por indebida interpretación o por defecto orgánico que vulnere los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29) y los derechos políticos de ser elegido y desempeñar cargos públicos (art. 40 numerales 1 y 7), por las siguientes razones: // 5.2.22. En primer lugar, porque en este caso el juez electoral está interpretando el régimen de inhabilidades contemplado en la parte final del numeral primero del artículo 37 de la ley 617 de 2000 que establece “que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital” quien “se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas”. Esta causal se diferencia de la establecida, por ejemplo, en la primera parte del mismo numeral que señala que es inhabil para ser alcalde quien haya sido “condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos” 116. En el primer caso la inhabilidad no depende de la condena penal, sino simplemente en la interdicción para el ejercicio de funciones públicas, mientras que en el segundo evento es perentorio y necesario la condena por sentencia judicial para quedar inhabilitado. // 5.2.23. En segundo término y como quedó explicado en los numerales 5.1.28 y siguientes de esta providencia, la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-952 de 2001 ha diferenciado entre la sanción penal en el caso de la pena de “inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas”, que tiene como finalidad resarcir el daño a la sociedad y al particular por la afectación al bien jurídico de la administración pública, y la sanción electoral que tiene como objetivo “otorgar prevalencia a los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo de alcalde y garantizar la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempeño del mismo” 116. // 5.2.24. Como quedó dicho anteriormente, las inhabilidades

según la jurisprudencia constitucional son “aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

117 5.2.31. Por otro lado, se debe hacer hincapié que aunque se presentó una omisión del juez penal respecto a la tasación de la pena de “inhabilidad para ejercer cargos y empleos públicos” que se establece en el artículo 45 del Código Penal, esto no quiere decir que el tutelante pueda quedar absuelto de la inhabilidad electoral a que tiene lugar.// 5.2.32. Por estas razones estima la Sala que los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29) y el derecho a ser elegido y ocupar cargos públicos (art. 40 numeral 1 y 7), no se ven vulnerados con la Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima de dos (2) de febrero de 2009 y por ende no se presenta en este caso una causal de procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo y parcialmente por defecto orgánico, y por ende se NIEGA la procedencia de la acción de tutela promovida por el ciudadano Reinaldo Barreto Montaño.

118 “Artículo 37.- Inhabilidades para ser alcalde. El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: //”Artículo 95.- Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: // 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.// 2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.// 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los

contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.//4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o vínculo civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.// 5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”.â€

119 En su artículo 5º consagra el principio de legalidad: â€œ1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable que en el momento de la comisión del delitoâ€.

120 Aprobado mediante la Ley 74 de 1968. â€œNadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella.â€.

121 Aprobado mediante la Ley 16 de 1972. â€œArtículo 9º: â€œNadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.â€.

123 En consecuencia, solo se garantiza la legalidad y la seguridad jurídica, en la medida en que las descripciones penales sean taxativas y permitan conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos y los posibles límites dentro de los cuales los jueces van a tomar partida del proceso de adecuación típica, sin incurrir en arbitrariedades, respetando el imperio de la ley y tomando determinaciones únicamente conforme a los hechos probados en el proceso.

124 Ver entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

125 Art. 34: Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. // En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

126 Artículo 35 del CP.: Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. Dentro de estas se encuentran: prisión, multa, y las privativas de otros derechos.

127 Que se encuentran determinadas en el artículo 43 y ss del código penal.

128 De acuerdo con lo previsto en los artículos 52 y 59 del Código Penal.

129 Es decir, que opera sin que el juez lo haga saber en la parte resolutive de la sentencia o la argumente.

130 Numeral primero del artículo 43 del CP.

131 De acuerdo con lo consignado en el artículo 52 del CP, inciso 3º: En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.

132 Esta sentencia estudió la exequibilidad algunos artículos de la ley 599 del 2000. En esa oportunidad se expresó que era legítima la restricción que se hacía al derecho al sufragio y al desempeño de cargos públicos cuando se cumple con una pena de prisión.

133 Artículo 52 del CP.

134 Art. 416: El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas,

cometa acto arbitrario e injusto, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico.â€

135 â€œARTICULO 416. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO. El Servidor pÃºblico que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasiÃ³n de sus funciones o excediÃ©ndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirÃ¡ en multa y pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico.â€

136 Mediante la cual se declarÃ³ la nulidad de la elecciÃ³n del petionario.

137 Que es la pena mÃ¡xima prevista para el tipo penal de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

138 TÃ©rmino mÃ¡ximo establecido en el ordenamiento.

139 ArtÃculos 52 y 59 del CP.

140 â€œ5.1.26. AsÃ por ejemplo en la Sentencia del veinte (20) de abril de 2006 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidiÃ³ confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Tunja en donde se sancionaba con pena principal de un (1) aÃ±o de prisiÃ³n el delito de privaciÃ³n ilegal de la libertad de acuerdo al artÃculo 272 del Decreto 100 de 1980. En esta ocasiÃ³n el Tribunal sostuvo que, â€œ... si bien es cierto el nuevo CÃ³digo Penal no la contemplaba como pena principal, sÃ como accesoria (arts. 51 derogado y 45 actual). Esta pena consiste en la pÃ©rdida del empleo o cargo pÃºblico que ademÃs inhabilita al penado hasta por cinco aÃ±os para desempeÃ±ar cualquier cargo pÃºblico oficial. AsÃ las cosas la Sala impondrÃ¡ por un (1) aÃ±o, aplicando el nuevo cÃ³digo en razÃ³n a que el procesado realizÃ³ abuso de la funciÃ³n pÃºblica que le competÃa...â€

141 â€œ4Â° Principio de la capacidad electoral. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le lÃmite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretaciÃ³n restringida.â€

142 Para un mayor desarrollo del principio de â€œcapacidad electoralâ€ en materia reinterpretaciÃ³n de inhabilidades se pueden consultar las siguientes providencias: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo SecciÃ³n Quinta: (i). Expediente nÃºm. 110010328000200400001-01, nÃºmeros internos: 3190 y 3192, AcciÃ³n electoral Fallo de

Áŕnica Instancia, proferida el 11 de noviembre de 2005, Consejera Ponente: MarÁa NoemÁ HernÁndez PinzÁn; (ii) Expediente nÁºm. 680012315000200302786-01, nÁºmero interno: 3599, AcciÁ³n electoral Fallo de segunda Instancia, proferida el 25 de mayo de 2005, Consejera Ponente: MarÁa NoemÁ HernÁndez PinzÁn; (iii) Expediente nÁºm. 110010328000200900007-00, AcciÁ³n de nulidad electoral Fallo de Áŕnica Instancia, proferida el 4 de febrero de 2010, Consejera Ponente: MarÁa NoemÁ HernÁndez PinzÁn;