

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Bogotá D.C., 3 de mayo de 2023

Señores Magistrados
H. Consejo de Estado
Ciudad.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL, vecino de Bogotá, identificado con el número 17042891 de la cedula de Bogotá, la Tarjeta Profesional 2448 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura y el correo electrónico ojimenezleal@gmail.com, en ejercicio del poder a mi conferido por el doctor **JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR**, también mayor y de ésta vecindad, acudo a esa Alta Corporación en solicitud de amparo a los derechos constitucionales fundamentales que le fueron conculcados por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la sentencia de primera instancia del 30 de junio de 2022 con ponencia de la Magistrada Nohra Eugenia Galeano Parra recaída dentro del proceso 50001233300020220002700 que declaró nula su elección como Contralor del departamento de Guainía y por la Sección Quinta del Consejo de Estado, a través de la sentencia proferida el 19 de enero de 2023 que, con ponencia del Consejero Luis Alberto Álvarez Parra, confirmó la **NULIDAD** declarada, notificada el 6 de febrero siguiente.

La presente acción está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 y 1069 de 2015, y pretende la protección de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso (artículo 29), igualdad (artículo 13), acceso a la administración de justicia (artículo 228), a la buena fe y confianza legítima (artículo 83), a la cosa juzgada, y al derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7 C.P.) vulnerados por el Tribunal Administrativo del Meta y la Sección Quinta del Consejo de Estado, a quienes señalo como demandados.

EL CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO.

Para darle contexto al presente caso, es necesario traer a colación una breve historia de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

El texto original del artículo 122, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 es del siguiente tenor en el inciso final que interesa al proceso:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.”

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Se consagró allí una inhabilidad cualificada por el sujeto que lo era un servidor público, dejando por fuera de la inhabilidad a los particulares, de un lado, y de otro, restringió la inhabilidad a los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado exclusivamente.

Posteriormente, fue expedida la Ley 200 de 1995, (Código Disciplinario Único), en cuyo artículo 43 estableció:

“Artículo 43.- OTRAS INHABILIDADES.- Constituyen además inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1.- Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública.”

La parte subrayada, entre otras normas, fue demandada ante la Corte Constitucional por cuanto para el accionante la expresión que *“haya afectado la administración pública,”* era una expresión ambigua, pues tal afectación puede llevarse a cabo de diversas formas, irrespetando así el principio de tipicidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Al estudiar el cargo la Corte concuerda con el demandante en que ciertamente esa expresión es ambigua y, le agrega, de su propio caletre, que generó una indeterminación inadmisibles debido a la vaguedad de la misma. Pero, a pesar de ello, interpretado a la luz del artículo 122 Superior, en donde habla con precisión de delitos contra el patrimonio del Estado, declaró la exequibilidad condicionada, en el entendido de que la parte cuestionada hace referencia a delitos contra el patrimonio del Estado.

Aquí vale la pena destacar que la Corte Constitucional, desde entonces, relaciona directamente la norma demandada con la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política para su interpretación y aplicación, razón por la cual, se infiere que la inhabilidad establecida en el artículo 43 de la Ley 200 de 1995 constituye desarrollo de la norma constitucional y por lo tanto, hace parte inescindible de la norma Superior, al contrario de lo que piensa la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Así se pronunció en forma literal la Corte Constitucional sobre el tema aludido:

“23.- Es claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena, pues así la define con precisión el ordinal 3º del artículo 42 del Código Penal, que dice que la interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria cuando no se establezca como principal. Por consiguiente, en primer término, estudia la Corte el cargo del actor relativo a si la expresión "haya afectado la administración pública" respeta el principio de tipicidad (CP art. 29) y la Corte concluye que es una expresión ciertamente ambigua, por cuanto esa afectación puede ser de múltiples formas. Incluso podría decirse que todo delito, en tanto violación de un bien jurídico protegido por el Estado, afecta de alguna manera la administración pública. Sin embargo, la Corte coincide con la Vista Fiscal en que esa ambigüedad no comporta la inexecutable de la expresión, por cuanto ella puede ser interpretada a la luz

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

del artículo 122 de la Carta, que habla, de manera más precisa, de delitos contra el patrimonio del Estado. En ese orden de ideas, como todo delito contra el patrimonio del Estado afecta la administración pública, es natural entender que el Legislador incluyó este tipo de delitos en la expresión acusada, pero también generó una indeterminación inadmisibles debido a la vaguedad de la misma. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que esta Corporación ya ha señalado que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado "principio de la conservación del derecho[26]", según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, la Corte declarará exequible esa expresión en el entendido de que ella hace referencia a los delitos contra el patrimonio del Estado."

Para la Corte la norma demandada está conectada con el artículo 122 Superior, pero llega aún más allá y concluye, desde esa época, que no solamente debe interpretarse a la luz del 122, sino que es su desarrollo. Lo afirma de la siguiente contundente manera:

"Y la Corte considera que siempre y cuando se haga la precisión del numeral anterior, la segunda inhabilidad se ajusta a la Carta pues es un desarrollo del artículo 122 superior que, como bien dice la Vista Fiscal, no distingue entre delitos dolosos o culposos."

Por último considera la misma Corte que, si bien las inhabilidades no hacen parte del régimen disciplinario, no resulta inconstitucional que una ley disciplinaria regule también las inhabilidades, en virtud de la conexidad temática existente entre ambas. Así se pronunció sobre el tema:

"En ese orden de ideas, si bien es inconstitucional que el Ejecutivo establezca inhabilidades cuando le fueron concedidas facultades únicamente para modificar el régimen disciplinario, pues en sentido estricto las inhabilidades no hacen parte del tal régimen, en cambio es perfectamente admisible que una ley disciplinaria regule también las inhabilidades pues existe entre estos temas una conexidad temática e instrumental razonable, que permite considerarlos como una misma materia, pues la violación del régimen disciplinario puede configurar una inhabilidad y, a su vez, el desconocimiento de las inhabilidades puede configurar una falta disciplinaria. No hay pues violación de la unidad de materia (CP art. 158), por lo cual entra la Corte a estudiar materialmente la inhabilidad acusada. (Sentencia C-.280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Ahora bien, con el fin de superar la indeterminación inadmisibles y la vaguedad y ambigüedad generadas por el legislador de 1996, señaladas por la Corte Constitucional en el pasaje jurisprudencial transcrito, que tampoco distinguió entre delitos dolosos y culposos, para precisar el alcance del concepto de patrimonio del Estado, el legislador de 2002, al expedir la Ley 734 de ese año (Código Disciplinario Único), aprovechó en su artículo 38, parágrafo 2°, para definir con precisión el concepto de patrimonio del Estado, para efectos de la aplicación de la inhabilidad del inciso final del artículo 122 constitucional, de la manera siguiente:

"(...) se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan **de manera directa** lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una **conducta dolosa, cometida por un servidor público.**

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado." (subrayas fuera de texto).

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Como puede apreciarse fácilmente, el legislador del 2002 determinó con precisión el concepto de patrimonio del **Estado** al señalar que, para efectos de la aplicación del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, la afectación se debe producir de manera directa y por una conducta dolosa; de manera que quedarían por fuera de la inhabilidad, conductas de afectación al patrimonio del Estado en forma indirecta o producidas sin dolo. Igualmente, preceptuó que la lesión directa al patrimonio público debe estar representada por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público (extendida a particulares por el Acto Legislativo 01 de 2004). Por último exigió de manera imperativa (deberá) que la sentencia condenatoria especificara, de manera puntual, que la conducta objeto de la afectación constituyera un delito contra el patrimonio del Estado. Por lo demás, reiteró la jurisprudencia expuesta anteriormente, según la cual las inhabilidades no hacen parte del régimen disciplinario, aunque pueden estar contenidas allí en virtud de su conexidad temática.

Cinco son entonces, al menos, según se deduce de la anterior espíritu normativo y jurisprudencial, los elementos sustanciales y concurrentes que se deben reunir para la configuración de la inhabilidad comentada, sin los cuales ésta no se estructura, a saber: i) existir una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad; ii) lesión al patrimonio del Estado de manera directa; iii) no basta que la lesión al patrimonio público sea directa, sino que la mencionada lesión lo sea por una conducta dolosa; iv) la lesión al patrimonio público, además de ser directa y ser consecuencia de conducta dolosa, debe estar representada por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos y v) que la sentencia condenatoria especifique que la conducta objeto de la afectación constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A estas alturas de la argumentación, es necesario dejar sentado de una vez por todas que el inciso final del artículo 122 Superior señalaba como sujeto de la inhabilidad a un servidor público; sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2004, modificó la calificación del sujeto para extenderla a todos los ciudadanos, sean servidores públicos o particulares. En tal virtud, se debe entender que el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 fue modificado en ese mismo sentido, **ya que la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente (Art. 9° Ley 153 de 1887).**

Una vez contextualizado normativa y jurisprudencialmente el caso estudiado, podemos aplicarnos a la realidad procesal mediante el recuento de los episodios relevantes.

HECHOS Y CONSIDERACIONES RELEVANTES

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

1.- El doctor JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR fue condenado en primera instancia por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá, a través de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2012, como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador a las penas de 36 meses de prisión **e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena, es decir, por 36 meses,** en su calidad de Representante Legal de la Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Generales, Proteger A.C. Sin embargo, la sentencia no especificó si “la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado”, ni si la afectación fue de manera directa o indirecta, menos si el condenado se apropió de bienes del estado, y tampoco si la conducta reprochada lo fue a título de dolo, o de culpa, en cuyo caso la inhabilidad se tornaría en temporal (por 36 meses), como lo prevé el Parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, vigente para la época y que hace parte integral del artículo 122 de la Constitución Política y **constituye presupuesto sustancial para su aplicación.**

2.- Apelada que fue la providencia, el Tribunal Superior de Bogotá la CONFIRMÓ por sentencia del 29 de enero de 2013.

3.- Contra dicha sentencia el doctor Jhon Jairo Escobar interpuso recurso extraordinario de Casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que lo desató mediante sentencia del 30 de julio de 2014, que inadmitió la demanda correspondiente.

4.- En esas condiciones, la sentencia condenatoria proferida contra el doctor Escobar Escobar quedó en firme ya que contra ella, tal como la declaró la Corte Suprema de Justicia en el punto 2 de la parte resolutive “no procede recurso alguno.”

4.- De otro lado, el delito de omisión de agente retenedor se encuentra tipificado en el Código Penal Colombiano en el Título XV – Delitos contra la Administración Pública-, en tanto que para la inhabilidad intemporal el artículo 122 de la CP., exige que la condena sea por delitos que afecten el patrimonio del Estado y, que lo afecten de manera directa, **lo cual descarta de plano las afectaciones indirectas, como sería la hipótesis de afectación directa a la Administración Pública e indirecta del patrimonio del Estado;** además, debería haberse especificado en la sentencia penal que la conducta objeto de la misma, constituye un delito que afecta el patrimonio del Estado, de conformidad con el aparte final del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y la sentencia de la Corte Constitucional C-064 de 2003.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

5.- El doctor Escobar fue elegido Contralor del departamento del Guainía por parte de la Asamblea de esa entidad territorial el 13 de enero de 2022 para el periodo 2022-2025, previa convocatoria pública. Al día siguiente tomó posesión del cargo.

6.- En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la ciudadana Aura Luz Vargas Guio demandó la elección así efectuada, al considerar la vulneración de los artículos 122 y 272 de la Constitución Política, 6 de la Ley 330 de 1996 y 163 de la Ley 136 de 1994, lo mismo que los artículos 137, 139, 151, 162, 164 y 275, numeral 5 del CPACA, dado que, a su parecer, el elegido se encontraba inhabilitado para ejercer el cargo por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, tipificado en el artículo 402 del Código Penal Colombiano en el Título XV – Delitos contra la Administración Pública-, a pesar de que la sentencia condenatoria no especificaba que la conducta objeto de la misma constituía un delito que afectara de manera directa el patrimonio del Estado, ni tampoco que la conducta que dio lugar a la infracción penal fuera a título de dolo, como lo exige el parágrafo segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, vigente para la fecha de la elección e igualmente, para la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena penal y por lo tanto, norma aplicable para su caso.

7.- Una vez admitida la demanda por el Tribunal Administrativo del Meta, esa Corporación por auto de 10 de marzo de 2022 decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contentivo de la elección impugnada, con fundamento contraevidente según el cual, *“...la simple lectura de la inhabilidad de origen constitucional y legal, objeto de estudio, muestra que se configura si se logra demostrar 2 supuestos: i) que la persona independientemente que sea servidor público (por cuanto con la modificación introducida en el acto legislativo 1 del 2009 al artículo 122 de la Constitución ya no se exige la condición de servidor público para tener configurada la inhabilidad allí prevista), hubiere sido condenada a pena privativa de la libertad y, ii) que la condena se produzca por un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.”* (Subrayado fuera del texto).

La suspensión provisional de decretó a pesar de que la normatividad aplicable exige para su configuración que la condena penal se produzca por un delito que afecte, **de manera directa, el patrimonio del Estado**, ya que las afectaciones indirectas están descartadas de la inhabilidad constitucional; por lo tanto, extender indistintamente los delitos contra la administración pública al patrimonio del Estado, para efectos de configurar artificialmente la inhabilidad, es violar el principio de legalidad y por lo mismo el artículo 29 de la Constitución Política.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

8.- La anterior providencia fue impugnada mediante el recurso de apelación por parte de mi mandante invocando, entre otros argumentos, la aplicación del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, cuyo texto transcribió en forma literal. Por esa razón, no es cierta la afirmación de la sentencia objeto de tutela en el sentido de que los sujetos procesales no la invocaron.

9.- La aludida suspensión provisional fue confirmada por el Consejo de Estado – Sección Quinta-, mediante auto el 19 de mayo de 2022, en ausencia de los requisitos para ello, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigentes para el momento de su elección (parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002), y sin pruebas que soportaran el supuesto jurídico de la inhabilidad.

10.- Por sentencia calendada el 30 de junio de 2022, notificada el 6 de julio de 2022, el Tribunal Administrativo del Meta, con ponencia de la doctora Nohora Eugenia Galeano Parra, resolvió declarar la NULIDAD de la elección del doctor Jhon Jairo Escobar Escobar como Contralor del departamento de Guanía para el periodo 2022-2025, porque, a su parecer, el elegido se encontraba inmerso en la causal de inhabilidad señalada en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política y en el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996. Así se vuelve a expresar literalmente la sentencia: (...) “la simple lectura de la inhabilidad de origen constitucional y legal, objeto de estudio, muestra que se configura si se logra demostrar dos supuestos, a saber: i) que la persona, independientemente de que sea o no servidor público, hubiere sido condenada a pena privativa de la libertad y, **ii) que la condena se produzca por un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.**”

Con la afirmación resaltada hizo caso omiso de lo previsto en el artículo 38, parágrafo 2° de la Ley 734 de 2002, que interpretó con autoridad y desarrolló el artículo 122, inciso 5° de la Constitución Política, y por eso, se integró normativamente a él, haciéndolo inescindible. La locución quiere decir, que no se puede separar, fragmentar o escindir en su aplicación, en cuanto precisa la exigencia de que la conducta delictiva debe afectar el patrimonio del Estado **de manera directa**, no siendo relevantes las afectaciones indirectas.

11.- La sentencia de nulidad fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado al desatar el recurso de apelación interpuesto, mediante la sentencia del 19 de enero de 2023, con ponencia del Consejero Luis Alberto Álvarez Parra recaída en el proceso de nulidad electoral 50001233300020220002702.

Para fundamentar su fallo, el ad quem, en consonancia con el Ministerio Público, descartó de tajo la aplicación del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que interpretó y desarrolló la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta y de contera, desconoció integralmente la sentencia de la Corte C-064 de 2003, con el argumento siguiente: “la materia disciplinaria regulada por la Ley 734 de 2002 resulta *escindible* del contenido de la inhabilidad prevista en el mandato 122 Constitucional y el artículo 6° literal e) de la Ley 330 de 1996.” “Anticipando que la norma del Estatuto Disciplinario no fue soporte del fallo de primera instancia ya que los sujetos procesales

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

no la invocaron y tampoco constituyó tema a decidir en la fijación del litigio, razón por la cual en consideración de la Sección Quinta no resulta viable su extensión al asunto bajo los derroteros de la Ley 734 citada."

12.- La anterior premisa es falsa por cuanto la aplicación del artículo 122 Constitucional, invocado en la fijación del litigio, lleva ínsito en su integralidad el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que lo interpretó y desarrolló, de conformidad con el contenido de la sentencia C-064 de 2003, y también fue invocado por mi poderdante en el recurso de apelación contra el auto del 10 de marzo de 2002 que decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de su elección como Contralor.

Para comprobarlo basta leer el mismo auto de la Sala Electoral que confirmó dicha suspensión provisional, en el numeral 1.6.1., para desvirtuar su propia afirmación, al reconocer que se invocó por parte del demandado dicho argumento. En efecto, en el auto del 19 de mayo de 2022, textualmente dijo citando los argumentos del apelante: *"En tercer lugar expuso que no se trata de que el delito cometido afecte a la administración pública sino que atente contra el patrimonio público. Esa la razón por la cual el Código Disciplinario único contenido en la Ley 734 de 2002, en **el artículo 38, en concordancia con la sentencia C-064-03, precisó que la interpretación correcta del inciso final del artículo 122 Superior, debe tener en cuenta dicha disposición**, cuyo objeto es impedir que el servidor público haya sido condenado por un hecho punible contra el erario pueda volver a desempeñar funciones públicas."*

13.- Sin embargo, tan preciso argumento ninguna mención le mereció al ad quem al desatar el recurso de alzada, distinta a su simple rechazo. Por lo tanto, en ese sentido, la razón aducida para no aplicarlo la edificó sobre una premisa falsa, a sabiendas de que la aplicación del artículo 122 Superior conlleva la normatividad contenida en el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, como lo contempló la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-064 de 2003, de obligatorio cumplimiento para todos.

Es más, la invocación de dicho párrafo fue uno de los argumentos básicos que se repitió más tarde cuando se sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, hasta el punto que tanto la parte actora en el alegato de conclusión ante la Sección Quinta del Consejo de Estado como ésta misma Corporación, se refirieron al argumento de la aplicación del artículo 122 de la Constitución y el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 para desvirtuarlo con la afirmación esa sí equivocada de que *"en el presente proceso no se debate una sanción disciplinaria, como lo pretende hacer ver equivocadamente el demandado..."*(punto 1.7.1.4. de la sentencia confirmatoria de la nulidad).

Adicionalmente, es bueno aclararlo, nunca se solicitó, por parte del demandando, la aplicación del Estatuto Disciplinario, -lo cual resultaría impertinente y ajeno al debate-, sino sólo y exclusivamente, se demandaba la aplicación del párrafo 2° del artículo 38 de ese Código que desarrolla la inhabilidad de que trata el inciso 5° del 122 Superior, valido de que la sentencia de la Corte C- 064 de 2003 definió el entendimiento de los delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos tanto de la responsabilidad disciplinaria como también y sobre todo, **"como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad."**

De donde, desde ya, se puede construir el apotegma indubitable consistente en que el párrafo mencionado es aplicable tanto para deducir la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos o de las personas que ejercen funciones públicas ora **como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad constitucional de servidores públicos y particulares.**

Por lo tanto, no acierta el Ministerio Público en su concepto cuando concluye, en respuesta a lo alegado por la parte demandada, que el contenido del párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 no es aplicable al presente caso, “...ello por cuanto se trata de una regulación en materia disciplinaria aplicable a servidores públicos, en tanto que, la causal que inhabilitó al demandado, proviene de un fallo penal que le sancionó como particular.”

Y no acierta, porque el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 743 de 2002, es una norma de contenido específico que consagra una inhabilidad, a pesar de estar contenida en el estatuto disciplinario, pues las inhabilidades no hacen parte del régimen disciplinario, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-064 de 2003, de la manera siguiente:

“Cabe recordar al respecto que como tiene señalado la jurisprudencia el tema de las inhabilidades puede ser objeto de las normas que regulan el régimen disciplinario de los servidores públicos.”

Sobre el particular añadió la Corte:

“En ese orden de ideas, si bien es inconstitucional que el Ejecutivo establezca inhabilidades cuando le fueron concedidas facultades únicamente para modificar el régimen disciplinario, pues en sentido estricto las inhabilidades no hacen parte del tal régimen, en cambio es perfectamente admisible que una ley disciplinaria regule también las inhabilidades pues existe entre estos temas una conexidad temática e instrumental razonable, que permite considerarlos como una misma materia, pues la violación del régimen disciplinario puede configurar una inhabilidad y, a su vez, el desconocimiento de las inhabilidades puede configurar una falta disciplinaria. No hay pues violación de la unidad de materia, por lo cual entra la Corte a estudiar materialmente la inhabilidad acusada”. [18]

Por idénticas razones yerra también la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado al compartir el concepto del Ministerio Público, en el sentido de que la materia disciplinaria regulada por la Ley 734 de 2002, “resulta escindible del contenido de la inhabilidad prevista en el mandato 122 Constitucional y el artículo 6° literal e) de la Ley 330 de 1996.”

14.- De esa forma, la Sala Electoral del Consejo de Estado resultó vulnerando la citada norma constitucional, porque la verdad es que, al contrario de lo allí afirmado, el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 se tornó **inescindible** del contenido de la inhabilidad prevista en el mandato del artículo 122 Constitucional, al ser considerado como presupuesto para su aplicación, toda vez que existe entre ellos una evidente relación teleológica y sistemática, de conformidad con lo postulado en la sentencia C-064 de 2003, obligatoria para todos los operadores jurídicos, que en la parte pertinente expresó:

“Frente al caso concreto, encuentra la Corte que el precepto acusado en nada contraviene el principio de unidad de materia, toda vez que existe de manera evidente una relación teleológica y sistemática entre el eje

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

*temático de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y el objeto de la norma acusada, a saber, la definición de lo que se entiende por delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos de la responsabilidad disciplinaria **y como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad.**”*

En otras palabras, y como se infiere del contenido jurisprudencial citado, la aplicación del párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 no se puede separar, fragmentar ni desligar de la interpretación y aplicación del mandato del artículo 122 Superior, como en forma errada lo predica la Sección Quinta, por haberse tornado en inseparable, indivisible e inescindible con la aplicación de su inciso final, puesto que, para repetirlo, en lenguaje de la Corte Constitucional, **es presupuesto para la aplicación de la norma constitucional.**

En esas condiciones, la Sección Quinta del Consejo de Estado estaba obligada a interpretar y aplicar la inhabilidad contenida en el inciso final del artículo 122 Constitucional en su total integridad, es decir, con las previsiones y exigencias consagradas en el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

15.- Dicho de otra manera, el condicionamiento previsto como presupuesto para su aplicación, dejaba de lado la aplicación del artículo 6°, literal e) de la Ley 330 de 1996, por haber sido derogado tácita y orgánicamente, al ser anterior a la expedición del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y tratar la misma materia; es decir, por existir identidad temática entre sí y ser incompatibles, ya que ésta última introduce elementos más exigentes para la configuración de la inhabilidad y, **por lo mismo, la hace menos odiosa, y más benigna.**

Además, el citado Código en su artículo 224 derogó las disposiciones que le sean contrarias, con la salvedad de los aspectos disciplinarios de la Ley 190 de 1995 y el régimen disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública, mediante el siguiente texto:

*“ARTÍCULO 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción **y deroga las disposiciones que le sean contrarias,** salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública que continuarán vigentes”.*

Si hubiese querido el legislador mantener la vigencia de la inhabilidad contemplada en el literal e) del artículo 6° de la Ley 330 de 1996, pues simplemente habría hecho su salvedad, de manera expresa, tal como lo hizo con el régimen disciplinario de las fuerzas armadas o con los aspectos disciplinarios de la Ley 190 de 1995. Como no ocurrió así, es apenas lógico concluir que la norma aplicada y que determinó la nulidad de la elección del Contralor, estaba desde entonces derogada al existir una nueva reglamentación sobre la materia y ser contraria a ella.

Sobre el tema de la derogación de la ley, resulta ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-393 de 2019 M. Ponente Dr. Carlos Bernal Pulido que discurre así:

“31. En el ordenamiento jurídico colombiano la derogatoria es “la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”[36]. La derogatoria puede ser expresa, tácita y orgánica. Es expresa

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua (art. 71 Código Civil). Es tácita, por su parte, “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”[37] (art. 71 Código Civil[38]). De acuerdo con la actual jurisprudencia constitucional, para que opere la derogatoria tácita es necesario que: (i) la nueva ley regule la misma materia de la ley anterior, es decir que exista una identidad temática[39]; y (ii) la regulación contenida en la nueva ley sea inconciliable o incompatible con la ley anterior[40]. Por su parte, la derogatoria es orgánica, cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley[41]”.

De igual forma, y por los mismos motivos, es decir por haber sido derogada la legislación en que se fundamentó, resulta inaplicable la jurisprudencia contenida en la sentencia de la Corte Constitucional C-509 de 1997 que, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, declaró la exequibilidad del literal c) del artículo 6° de la Ley 330 de 1996, citada en la providencia impugnada, en virtud de la expedición del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y de la sentencia de la Corte C-064 de 2003, que desarrolló los supuestos normativos de la inhabilidad con suma precisión.

16.- Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, tanto la sentencia de nulidad de la elección del Contralor departamental del Guainía proferida por el Tribunal Administrativo del Meta como la Sentencia de la Sección Quinta de Consejo de Estado que la confirmó, incurrieron en la causal de procedibilidad de la acción de tutela denominada defecto sustantivo, por aplicación de una norma impertinente e inadecuada al caso juzgado y en cambio dejar de aplicar la norma pertinente y adecuada, como lo es el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. De paso, desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-064 de 2003.

17.- Pero aún, si en gracia de discusión, se pusiera en tela de juicio la derogatoria de la norma anterior, igualmente, debería aplicarse de todas maneras, el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en virtud de ser menos odiosa y más favorable al presente evento, posibilidad que fue descartada de plano en la providencia de la Sección Quinta con la simple afirmación de que el principio de favorabilidad planteado en la apelación era un argumento nuevo y, además, la jurisprudencia sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral fue recogida por la Corporación desde la sentencia del 6 de junio de 2013 dentro del proceso electoral 27001233100020120002402 con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro, actora Andrea Carolina Durán Movilla contra el Gobernador del Chocó; argumento desafortunado por cuanto implica de suyo la aplicación retroactiva de una orientación jurisprudencial a hechos acaecidos en los dos últimos bimestres de 2004, lo cual constituye una grave y flagrante violación del debido proceso, como se verá a continuación.

18.- Inaplicación del principio de favorabilidad.

La Sección Quinta para negar la aplicación del principio universal de favorabilidad se valió de la consideración de ser un argumento nuevo, cuando la verdad es que, -como se anotó anteriormente-, desde la sustentación del recurso de apelación contra el auto de suspensión provisional proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, el demandado

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

ha venido insistiendo en la aplicación del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, lo cual conlleva la afirmación de su vigencia, sea por derogatoria de la legislación anterior o por ser norma más favorable ora por cualquier otro motivo; por lo tanto, no es un argumento nuevo ya que hasta la Delegada de la Procuraduría en su alegato tuvo oportunidad de controvertirlo, aunque con el argumento equivocado de que dicha disposición normativa no era aplicable al caso concreto por cuanto se trata de una disposición disciplinaria aplicable solo a servidores públicos y la parte demandante, por su lado, se refirió a dicha solicitud de aplicación con el argumento baladí de que en el presente proceso no se debate una sanción disciplinaria, como anotó.

Igualmente, en el auto confirmatorio de la suspensión provisional, la Sala Electoral tuvo oportunidad de controvertir el argumento, como efectivamente lo hizo, aunque de mala manera, al aplicar para ello, en forma retroactiva, un precedente de la misma Corporación inexistente al momento de la ocurrencia de los hechos, ya que éstos, según la sentencia penal condenatoria, y se reconoció dentro del proceso, tuvieron lugar durante los periodos 10, 11 y 12 de 2004, cuando el hoy demandado dejó de cumplir la obligación de consignar a la DIAN la retención en la fuente, según se dice allí. Por eso, también se violó de manera consecencial **el principio de confianza legítima.**

19.- El Principio de favorabilidad es aplicable en materia electoral.-

Tradicionalmente ha sido pacífica y uniforme la jurisprudencia que predica la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política en relación con el principio de favorabilidad a los procesos electorales al interior de la Sala Electoral del Consejo de Estado. Pero, a partir de la sentencia recaída en el proceso 27001-23-31-000-2012-00024-02, proferida el 26 de junio de 2013, de la que fue ponente el doctor Alberto Yepes Barreiro, esa Corporación recogió la tesis tradicional para negar la aplicación del principio de favorabilidad en los procesos electorales.

El nuevo argumento pero reducido en forma simplista se puede leer textualmente en la sentencia impugnada, al expresar: *“Pero más allá de ello se recuerda que la Sección Quinta desde el año de 2013, anunció la rectificación de su jurisprudencia para decantar su posición de que el principio de favorabilidad en la sentencia impugnada, punitivo o disciplinario, no tiene cabida en materia electoral, en atención a que no se juzga la conducta sino la legalidad objetiva del acto de elección, nombramiento o llamamiento, como en efecto puede consultarse en la sentencia de 26 de junio de 2013, dentro del radicado 27001-23-31-000-2012-000-00024.”*

20.- En tales circunstancias, la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia impugnada en acción de tutela, aplicó jurisprudencia de 2013 a hechos acaecidos en 2004, cuando imperaban tesis diametralmente contrarias, incurriendo en desconocimiento del precedente, en violación del debido proceso y del principio de confianza legítima.

21.- Paradójicamente, en la misma sentencia en que la Sección Quinta del Consejo de Estado, recogió la jurisprudencia tradicional, es también donde, en forma reiterada, invoca el precedente jurisprudencial contrario, imperante hasta entonces, como puede verse en la transcripción de los siguientes apartes jurisprudenciales:

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

*“En el presente caso es claro que, gran parte de la discusión que se ha suscitado, **gira en torno al alcance del principio de favorabilidad penal y sus eventuales efectos en materia electoral.***

Así, sostiene el demandado que, justamente, en atención a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Encuentra entonces el demandado que, teniendo el derecho fundamental al debido proceso aplicación constitucional en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y constituyendo la favorabilidad elemento esencial del mentado derecho de primera generación, se hace necesario que, incluso en materia electoral, se reconozca que de operar la favorabilidad cesen los efectos de la inhabilidad objeto de estudio. La anterior posición, como se sabe, fue la acogida por el juez de primera instancia al momento de proferir sentencia.

(...)

Pues bien, tal y como lo han sostenido varios sujetos procesales, esta Sección, en dos oportunidades anteriores, se ha pronunciado sobre los efectos de la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral.

En una primera ocasión, al resolver sobre la demanda de nulidad electoral contra el gobernador de Boyacá, la Sección Quinta, con ponencia del H. Consejero Roberto Medina López concluyó que:

“De la aplicación preferente y retroactiva de la disposición benigna, tema debatido desde el derecho romano que lo eternizó con la máxima odia restringii et favores convenit ampliarii, se ocupa el artículo 29 de la Carta, en los siguientes términos:

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Del texto de esta disposición se sigue que el postulado de la favorabilidad es de ineluctable aplicación en todo caso, siempre y cuando verse sobre materia penal, la cual tendría que ser la materia reglada por una ley penal, o sea la que describe los comportamientos punibles y fija sus penas, definición comprensiva de los principios modernos de la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y de la garantía penal (*nulla poena sine lege*), lo cual equivale a sostener que no existe delito, ni pena, sin ley preexistente que especifique la conducta y la sanción. Y que la norma favorable, aunque sea posterior al acto que se imputa (*favor rei*), se aplica de preferencia a la desfavorable.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Entonces, stricto sensu la petición de la defensa no podría prosperar, porque el concepto limitante de la materia penal desaprobó su admisión, debido a que se debate en este juicio contencioso administrativo, la concurrencia de una inhabilidad de origen constitucional que causa la nulidad del acto electoral demandado; **y la naturaleza penal del antecedente que contribuye a conformarla, además de provenir de un caso juzgado por los jueces competentes, se presenta a la consideración del juez administrativo como un hecho intocable.**

Sin embargo, la Sala penetra más allá sin rebasar los límites de su competencia, por supuesto, con una interpretación integral de la norma superior invocada (artículo 29) que en su conjunto acoge el derecho fundamental del debido proceso, y lo extiende a toda clase de actuaciones judiciales como es la adelantada en este caso.

Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, **lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).**

La ilación se enlaza con la consideración de que uno de los elementos lo forma un antecedente penal, de modo que la inhabilidad lleva in se una sanción y así la denomina el mismo texto constitucional dentro de la frase sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley. Esto contribuye a corroborar que la inhabilidad-sanción es consecuencia de la sanción penal por el delito, razón que descarta la presencia del non bis in idem que algunos alegan. **Así se tiene que la norma penal derogada, como se reconocerá, era desfavorable y restrictiva, efecto transmitido a la inhabilidad, que en este caso castigaba la violación de la norma superior con la nulidad de la elección demandada. La causa eficiente de la inhabilidad debe ser la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado y toda causa genera dependencia de lo causado.**

El Derecho Penal es comprensivo de las normas jurídicas que fijan penas a determinadas conductas contrarias al derecho, normas que preservan valores fundamentales de la convivencia humana, de manera que esa disciplina defiende parte del orden moral. Su consecuencia es la pena, una restricción de los derechos del inculpado. **El planteamiento deja claro que el sentido sancionador de esta especial prohibición es indiscutible, desde que coarta el ejercicio de algunos derechos, como los de elegir o ser elegido, y que por esa razón, la de inmiscuirse el concepto de pena, toda causal de inhabilidad o incompatibilidad es de interpretación restringida, de acuerdo con el principio de la eficacia del voto (artículo 1 del Código Electoral). Estas consideraciones autorizan a la Sala para dejar sentado que el principio de la favorabilidad de la ley entronizado en el artículo 29 de la Carta, es extensible a las inhabilidades de origen electoral. (Negrillas propias).**

En la segunda oportunidad, al resolver sobre la nulidad electoral del alcalde de Mongua, se sostuvo:

“La causal de inhabilidad alegada, es una consecuencia de una sanción penal, que como tal, no sólo afectó la libertad personal del demandado sino sus derechos políticos, a pesar que en el fallo de la justicia ordinaria en su especialidad penal, sólo se le haya condenado a: “...la interdicción de derechos y funciones públicas de un año...”, porque ésta, sin lugar a dudas lo colocó en la imposibilidad de acceder a destinos públicos en cargos de elección popular, pues las disposiciones contenidas entre otros, en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, han sido constantes al establecer como inhabilidad para acceder a cargos de esta naturaleza el hecho de haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, salvo los políticos. Entonces, resulta claro que la inhabilidad para ejercer cargos públicos de elección popular como el de Alcalde Municipal por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, salvo los políticos, es una consecuencia de la referida sanción y como tal debe seguir la misma suerte de ésta.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

El delito de peculado por aplicación oficial diferente, tipificado en el artículo 136 del Código Penal, preveía que la referida conducta se estructuraba cuando el agente público aplicaba de manera diferente a aquella establecida en la Constitución, la Ley o el reglamento un bien de naturaleza común que, por razón de las funciones que cumplía, le había sido entregado para su administración o custodia, y a pesar que pudiera ser intrascendentes para el interés económico del Estado, castigaba el hecho que no se le diera a los bienes públicos el destino que se les había asignado, valga decir, era un delito de mera conducta.

Sin embargo, el referido comportamiento fue redefinido por el legislador, que en el marco de su libre configuración y conforme la política criminal, decidió atemperarlo introduciéndole un elemento objetivo a través del cual lo calificó, en cuanto a partir de la Ley 599 de 2000, la aplicación oficial de un bien público a un fin diferente al legalmente dispuesto, sólo tiene trascendencia penal, y es objeto de juzgamiento y castigo, cuando afecta la inversión social o los salarios y prestaciones de los servidores públicos.

Siendo así, **si el delito de peculado por aplicación oficial diferente, salvo en los casos en que se afecta la inversión pública y los salarios y prestaciones de los servidores públicos, dejó de ser relevante para el derecho penal, las consecuencias, inmediatas o mediatas, de una sanción por razón del mismo también.**

Dicho de otra manera, **si la conducta que dio lugar a la sanción desapareció, esa circunstancia hizo desaparecer, igualmente, los efectos de la misma, en virtud del principio de favorabilidad, sin que esto implique un desconocimiento del principio de la cosa juzgada, en cuanto corresponde a la respectiva sentencia penal.**

Esta Sala de decisión tuvo la oportunidad de referirse al principio de favorabilidad en materia penal **y sus incidencias rehabilitantes** para el ejercicio de cargos públicos de elección popular, en tratándose de condenas penales impuestas por razón del delito de peculado por aplicación oficial diferente, ante la evidencia de la despenalización del mismo, salvo cuando genera perjuicio a la inversión social o a los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos, en aquella ocasión precisó:

“...”

“Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, **lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).**

“La ilación se enlaza con la consideración de que uno de los elementos lo forma un antecedente penal, **de modo que la inhabilidad lleva in se una sanción y así la denomina el mismo texto constitucional dentro de la frase sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley.** Esto contribuye a corroborar que la inhabilidad-sanción es consecuencia de la sanción penal por el delito, razón que descarta la presencia del non bis in idem que algunos alegan. **Así se tiene que la norma penal derogada, como se reconocerá, era desfavorable y restrictiva, efecto transmitido a la inhabilidad,** que en este caso castigaba la violación de la norma superior con la nulidad de la elección demandada. La causa eficiente de la inhabilidad debe ser la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado y toda causa genera dependencia de lo causado.

“El Derecho Penal es comprensivo de las normas jurídicas que fijan penas a determinadas conductas contrarias al derecho, normas que preservan valores fundamentales de la convivencia humana, de manera que esa disciplina defiende parte del orden moral. Su consecuencia es la pena, una restricción de los derechos del inculpado.. **(Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Dr. Roberto Medina López, sentencia de 19 de julio de 2002 y Sentencia de la misma Corporación del 17 de marzo de 2006, C. P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa).**

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

De la reiterada jurisprudencia transcrita, constituida en línea jurisprudencial, quedan en claro varias reglas aplicables al caso estudiado por estar vigentes para la época de los hechos reprochados a saber:

a).- La inhabilidad consagrada en el artículo 122, inciso 5° de la Constitución Política con fundamento en una condena a pena privativa de la libertad, tiene clara naturaleza sancionadora, en palabras de la sentencia invocada: *“El planteamiento deja claro que el sentido sancionador de esta especial prohibición es indiscutible, desde que coarta el ejercicio de algunos derechos, como los de elegir o ser elegido, y que por esa razón, la de inmiscuirse el concepto de pena, toda causal de inhabilidad o incompatibilidad es de interpretación restringida, de acuerdo con el principio de la eficacia del voto (artículo 1 del Código Electoral).”*

b).- La mencionada inhabilidad constitucional entraña, por lo tanto, una restricción al derecho político fundamental consagrado en el artículo 40 Constitucional, pues según la jurisprudencia, *“Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, **lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).**”*

c).- La causa de la inhabilidad constitucional es una condena penal, según lo establece de la manera siguiente: *“La causa eficiente de la inhabilidad debe ser la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado y toda causa genera dependencia de lo causado.”*

d).- Es indiscutible *que el principio de favorabilidad se aplica a los asuntos electorales, pues así lo deduce, en forma repetida, la aludida orientación jurisprudencial en los siguientes términos: “Estas consideraciones autorizan a la Sala para dejar sentado que el principio de la favorabilidad de la ley entronizado en el artículo 29 de la Carta, **es extensible a las inhabilidades de origen electoral.**”*

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sido muy clara e insistente en afirmar la naturaleza excepcional de las restricciones al derecho fundamental de acceso a los cargos públicos y las consecuencias en su interpretación, especialmente en cuento a la aplicación de los principios pro libertatis, pro persona o pro homine, como se puede deducir de la sentencia de unificación, SU-207 de 2022, cuyos apartes me permito transcribir:

“39. La Corte Constitucional ha determinado que las limitaciones y las restricciones en el ejercicio del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos -inhabilidades- establecidas directamente en la Constitución “no pueden ser modificadas por el legislador, para ampliarlas, ni para reducirlas en sus componentes y sus efectos”[104]. De modo que las limitaciones al ejercicio del derecho de participación son de naturaleza excepcional y no pueden ser interpretadas de manera extensiva.

40. Adicionalmente, las restricciones deben responder a criterios de razonabilidad y la proporcionalidad, así como a los principios pro libertatis, pro persona o pro homine. Según estos principios[105], cuando existan dudas en el alcance interpretativo de una inhabilidad, debe preferirse aquella interpretación que: (i) menos limite el derecho de las personas a acceder igualmente a los cargos públicos (principio pro libertatis)[106]; y (ii) implique la menor restricción del derecho de participación política del elegido (principio pro homine)[107]. A continuación, la Corte se detiene en el análisis de estos principios.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

41. La sentencia SU-115 de 2019 recapituló diversos pronunciamientos de la Corte y reiteró que aun cuando “la participación en la conformación del poder político tiene amplia configuración legal (...) dicha facultad está restringida por la Constitución, por lo que las limitaciones establecidas deben responder a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad”[108]. En igual sentido, reafirmó que los límites constitucionales en materia de inhabilidades también se extienden al intérprete de las normas que los contienen[109]. Al respecto, este tribunal consideró que no es posible desconocer “que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts. 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia”. Conforme a ello “por su naturaleza excepcional” incluso las que tienen rango constitucional, deben ser “interpretadas restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla”[110]

42. Bajo esa perspectiva, es claro que en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones posibles de una norma que regula una prohibición, se debe preferir aquella que limita en menor grado el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.

44. En la Sentencia SU-566 de 2019, este tribunal explicó que, en función de los principios pro persona y pro libertatis, entre dos interpretaciones posibles “siempre se deberá elegir aquella que haga efectivos los principios y valores constitucionales en que se funda el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”[115]. La autoridad judicial debe preferir la interpretación “que limite en menor medida (...) el derecho de las personas a acceder a cargos públicos”[116].

45. El principio pro homine[117] o pro persona es un criterio hermenéutico que permea la interpretación de los derechos humanos. Según dicho principio se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

46. En varias oportunidades[118] esta Corporación se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de este principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales y los derechos humanos. En la sentencia C-1056 de 2004, la Corte señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[119] y de la Corte Constitucional[120] reconoce el principio pro homine, como una “cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas”.

Así las cosas, los jueces deben acoger aquella interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la comprensión de las disposiciones jurídicas que prevén sanciones o limitaciones se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad. Ello debe ser así, en últimas, de acuerdo con los criterios pro homine, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.

48. En conclusión, el intérprete de las normas que incluyen limitaciones o restricciones a los derechos de participación política debe hacer un ejercicio hermenéutico restrictivo. **Su lectura no admite analogías o aplicaciones extensivas.** Conforme con ello, la aplicación de este tipo de reglas debe ajustarse a su texto e, insiste la Corte, no puede exceder los fines que las justifican.” (Sentencia SU-207/22, ponente José Fernando Reyes Cuartas).

En suma, la Sección Quinta del Consejo de Estado, por las razones contenidas en la jurisprudencia transcrita, debió aplicar el artículo 122 de la Constitución de manera

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

integral con el desarrollo legislativo contenido en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con lo decidido en la Sentencia constitucional C- 064 de 2003, pues es la norma más amplia y la interpretación más extensiva, en tratándose de derechos protegidos por la Constitución como lo es el participar en la conformación del poder político cercenado al doctor Jhon Jairo Escobar Escobar, por las providencias impugnadas en tutela y, desde el punto de vista dialéctico, es la norma e interpretación más restrictiva, teniendo en cuenta las limitaciones al ejercicio de tales derechos, como lo estipula el criterio hermenéutico prohijado por Corte Constitucional en la jurisprudencia transcrita, según el cual, *“El principio pro homine[117] o pro persona es un criterio hermenéutico que permea la interpretación de los derechos humanos. Según dicho principio se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.”*

La misma sentencia impugnada en tutela cita textualmente la jurisprudencia Constitucional sobre el principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia (Art. 93 C. P.) entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos. (Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003).

22.- No obstante, la judicatura electoral tanto en la primera instancia como al desatar la apelación interpuesta, aplicó a rajatabla la sentencia penal condenatoria sin miramiento alguno por la ausencia de los presupuestos del dolo o de la declaración expresa de afectación de manera directa del patrimonio público, puesto que quedó descartada la afectación indirecta del mismo; sin fijarse que la sentencia no especificaba nada sobre dicha afectación; y sobre todo, sin averiguar siquiera si la conducta reprochada estaba representada en apropiación de bienes del Estado, dada la evidencia de que el reproche lo fue por omisión de agente retenedor, lo cual no implica de suyo que el doctor Jhon Jairo Escobar Escobar se haya apropiado de tales recursos, como lo afirma la demanda y lo dan a entender las sentencias impugnadas, sin ninguna prueba de tales conductas, (pues sólo obra en el proceso el expediente digital trasladado de manera pura y simple del proceso penal, merced a la solicitud que de oficio ordenó el Tribunal de instancia al Juzgado 8 de Penas y Medidas de Seguridad –que no al Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá que profirió la sentencia condenatoria contra Jhon Jairo Escobar-).

El mencionado traslado probatorio o, más propiamente, la extrapolación del expediente ordenado de oficio (contra la cual orden no procede recurso alguno), efectuados sin puntualizar los hechos que se pretendían demostrar y, por lo mismo, sin las formalidades propias de un decreto de pruebas y, sin controversia alguna, por imposibilidad física y jurídica de hacerlo, pues a mí mandante no se le dio el traslado correspondiente, **se violó del derecho de defensa y el debido proceso, lo cual conduce por supuesto a la nulidad, de pleno derecho, de tales medios probatorios y a su exclusión del proceso, porque así**

lo postula de manera clara el artículo 29 de la Constitución Política, cuya declaración corresponde al funcionario judicial aún de oficio.

Pero es más grave aún si la irregularidad se observa en el auto de suspensión de los efectos de la elección del cargo de Contralor del doctor Jhon Jairo Escoba decretada por el Tribunal Administrativo del Meta por auto del 10 de marzo 2022, mucho antes de que fuera ordenada la extrapolación del expediente, que lo fue en la audiencia inicial efectuada el 1 de abril de 2020; es decir, con antelación de 20 días, y en medio de esa anotada insuficiencia probatoria.

23.- En tales circunstancias, correspondía entonces a la parte actora la carga de la prueba de los elementos configurativos de la inhabilidad. “Onus probandi incumbit actori”, repetía una y otra vez y en todos los años, el Profesor Antonio Rocha en su cátedra del Externado.

Sin embargo, la providencia impugnada los dio por demostrados, en forma automática y de manera mecánica, con la simple sentencia condenatoria, relevando a la parte demandante de la carga de la prueba, con grave deterioro del debido proceso y de paso, infringiendo fatal bofetada al derecho fundamental a la honra y al buen nombre del doctor Jhon Jairo Escobar, y al derecho fundamental a la conformación del poder político, contenidos en los artículos 15, 21 y 40 Constitucionales. Olvidando en forma flagrante que el antecedente penal, es decir la sentencia condenatoria, es solo uno de los elementos configurativos de la inhabilidad atribuida al demandado, necesario pero no suficiente.

Con ese déficit probatorio, el juzgador electoral incurrió en la causal de procedencia de la acción de tutela denominada defecto fáctico, por carencia de prueba para aplicar el supuesto legal en que sustentó su decisión.

Por tanto, la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta como la Sección Quinta del Consejo de Estado, al confirmar la nulidad de la elección del doctor Jhon Jairo Escobar del cargo de Contralor, aplicaron un equivocado método reduccionista al asunto jurídico en discusión, contrario a la hermenéutica pertinente, cuyo falso silogismo bien se podría expresar de esta manera: *como quiera que el demandado fue condenado a 36 meses de prisión por un delito contra la administración pública, **que es igual al patrimonio del Estado**, incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política y en el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, pues para ello solo se necesitaba la condena, independientemente de si la persona acusada sea o no servidor público “y ii) que la condena se produzca por un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.”* Según reza la tesis equivocada de la sentencia del Tribunal de primera instancia, debidamente acogida por el ad quem.

Tan simplista raciocinio implicó haber dejado de lado importantes y necesarias cuestiones para valorar previamente por el Juez de la apelación, tales como haber estudiado si la conducta que dio lugar a la condena fue cometida con dolo o con culpa, en cuyo último caso, no daría lugar a la inhabilidad intemporal, pues no se puede dar idéntico

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

tratamiento a supuestos distintos, sin violar el principio de igualdad, ha dicho la jurisprudencia tantas veces citada. También implicó ignorar, contra toda evidencia, el hecho cierto que en la sentencia no se especificó si el delito objeto de reproche lo era contra el patrimonio del Estado, pues para la judicatura impugnada, delitos contra el patrimonio del Estado es lo mismo que delitos contra la administración pública, en una aplicación extensiva o analógica que repugna a la hermenéutica del caso; y también dejó de lado otros elementos echados de menos en su oportunidad, olvidando que la inhabilidad, constituye una restricción excepcional del derecho constitucional fundamental de acceder al poder político (artículo 40 C.P.), y por lo tanto, la inhabilidad que consagra dicha restricción debe estar plenamente configurada y sus elementos integradores demostrados en grado de certeza a fin de preservar el principio de legalidad (tipicidad).

De resto, la judicatura se obstinó en demostrar, in extenso, lo que ya se había aceptado tácitamente, puesto que no apareció en el sustento del recurso de apelación, a saber: que la inhabilidad del 122 Constitucional se aplica a servidores y particulares. Y se empecinó, igualmente, en darle tratamiento de proceso de ejecución a asunto consagrado en nuestra legislación como un amplio proceso declarativo de nulidad electoral. En tal sentido, hizo de la sentencia penal condenatoria un como título ejecutivo, contraviniendo el debido proceso al sustituir el procedimiento correspondiente, con base única y exclusivamente en uno solo de los diferentes elementos de la inhabilidad: la condena penal.

También se empecinó, con insistencia digna de mejor causa, en demostrar que, de conformidad por el Estatuto Tributario, la no transferencia al Estado de la retención de dineros del pago anticipado de impuestos, afecta el patrimonio de aquél. Y lo expresa de la siguiente manera: “si la retención en la fuente se fundamenta en el recaudo de recursos que son del Estado porque provienen del pago anticipado de impuesto a la renta y complementarios, es claro que el retenedor que no transfiere el Estado esos dineros pagados por los contribuyentes, afecta el patrimonio de aquél. Esto, por cuanto los impuestos son una de las fuentes de financiación de la Nación, tendiente a suplir las necesidades básicas de la población.”

Cuando esa no era ni es la discusión jurídica, el debate propuesto está centrado, siguiendo los lineamientos del artículo 122 Constitucional y del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 743 de 2002 que lo desarrolla, en la demostración plena de que **la afectación del patrimonio del Estado debe ser de manera directa y así especificarlo la sentencia condenatoria, según la sentencia de la Corte C-064 de 2003 tantas veces citada.**

24.- Por ello, no basta la existencia de una sentencia penal condenatoria a pena privativa de libertad para la configuración de la inhabilidad mencionada. Es necesario adicionalmente establecer a plenitud, es decir, en grado de certeza, todos los elementos que la configuran, a saber: i) la existencia de condena penal con pena privativa de la libertad por un delito que afecte el patrimonio público, ii) la afectación del patrimonio público de manera directa, iii) Si la conducta penal reprochada fue cometida con dolo no con culpa, iv) si la lesión patrimonial estuvo representada por “el menoscabo,

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recurso públicos, y v) si la sentencia penal condenatoria especificó que era un delito contra el patrimonio; sin que, de otra parte, dicho análisis implicara para el juzgador contencioso administrativo desbordar su competencia funcional para adentrarse en tareas ajenas a él puesto que, como lo consagra la jurisprudencia invocada repetidamente, son los elementos estructurales de la inhabilidad estudiada a los que el juzgador está obligado estudiar.

25.- En últimas, la Sección Quinta debió haber hecho la debida ponderación, entre el literal c) del artículo 6° de la Ley 330 de 1996, según el cual: “Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier tiempo hayan sido condenados a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”, desarrollo del artículo 308 Constitucional, y el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que desarrolla el artículo 122 de la Constitución Política, para efectos de su aplicación y que es del siguiente tenor: “PARÁGRAFO 2°. “Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión al patrimonio público, representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recurso públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.” (Esta cualificación de servidor público fue derogada por los Actos Legislativos 1 de 2004 y 1 de 2009).

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye delito que afecte el patrimonio público”.

26.- Si la Sala Electoral hubiese hecho la ponderación exigida entre las dos normas, -no importa repetirlo-, hubiera encontrado que la última normatividad citada es derogatoria de la legislación anterior o, por lo menos, hallado que es más exigente en requisitos para la configuración de la inhabilidad estudiada y por lo mismo, menos odiosa y, en últimas, más favorable a mi mandante. Y como consecuencia de ese análisis, se hubiera abstenido de confirmar la Nulidad decretada por falta de configuración y en su lugar, hubiera revocado la sentencia de primera instancia para declarar que en el caso estudiado no se configuraba la inhabilidad alegada.

Pero, además de no haber efectuado la ponderación exigida, la sentencia del ad quem para confirmar la nulidad decretada afirmó, sin rubor alguno, que la sola existencia de la condena penal bastaba para la configuración de la inhabilidad general contenida en el artículo 122 de la Constitución Política y, en esas condiciones quedaba eliminada la obligación del juzgador de analizar los aspectos no contemplados en la norma constitucional y, de paso, satanizó cualquier interpretación contraria.

Para el efecto, aplicó una jurisprudencia de la misma Corporación Electoral inexistente para la época de los hechos penalmente reprochados que ocurrieron en el último cuatrimestre de 2004, o sea, 11 años antes de dicho fallo, pues la jurisprudencia hace parte del fallo de 26 de junio de 2013. Así lo dice de manera textual la providencia mencionada:

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

“...si se trata de la verificación del acaecimiento de la inhabilidad general del artículo 122 constitucional, frente a uno de los aspectos que contempla: la existencia de la condena penal...Así las cosas, la sola existencia de la condena, en los términos anteriores, elimina la obligación del juzgador de hacer análisis en los aspectos no contemplados en la norma constitucional. Cualquier interpretación contraria, generaría que el juez electoral se atribuyera competencias propias del constituyente al desarrollar las excepciones que este último no ha previsto.” (Sección Quinta, sentencia del 26 de junio de 2013, radicación 27001233100020120002402, demandante Andrea Carolina Durán y otros contra el Gobernador del Chocó. M.P. Alberto Yepes Barreiro).

De todas maneras, de la jurisprudencia vigente y aplicable al doctor Jhon Jairo Escobar Escoba, se deducen las siguientes conclusiones:

1.- Que la habilidad contenida en el artículo 122 Superior, así tenga como presupuesto para su configuración una condena penal, que es solo uno de los tantos elementos, en el fondo y en toda la estructura de la inhabilidad subyace una restricción al derecho constitucional fundamental a conformar el poder político, reconocido en el artículo 40 de la Carta. Así lo estableció la jurisprudencia aplicable para la época, cuando expresó.

“Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).” (Cita hecha en la Sentencia de la Sala Electoral del 26 de junio de 2013, con ponencia del doctor Albero Yepes Barreiro, donde para recoger la tesis de la aplicación de la favorabilidad en materia electoral, y transcribe sentencias de la misma Corporación que sí permitían su aplicación).

2.- El principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, es aplicable a las inhabilidades electorales, tal como lo ha expresado con contundencia la misma Corporación que ahora lo niega, en los siguientes términos:

“Estas consideraciones autorizan a la Sala para dejar sentado que el principio de la favorabilidad de la ley entronizado en el artículo 29 de la Carta, es extensible a las inhabilidades de origen electoral.” (Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Dr. Roberto Medina López, sentencia de 19 de julio de 2002 y Sentencia de la misma Corporación del 17 de marzo de 2006, C. P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa).

3.- Que no es dable, sin violar el debido proceso, aplicar jurisprudencia inexistente a hechos acaecidos con anterioridad que, como en el presente caso resultó aplicando jurisprudencia de 2013 a hechos ocurridos en 2004.

4.- Para el momento de los hechos que dieron lugar a la condena penal la normatividad aplicable era y sigue siendo, el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que interpretó y desarrollo la inhabilidad contenida en el artículo 122 constitucional, tal como lo contempló la sentencia C-064 de 2003.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

De tal suerte que la sentencia impugnada en tutela no solo aplicó al evento estudiado jurisprudencia inexistente al momento de los hechos cuestionados, haciendo retroactivos sus efectos, con el fin de inaplicar el principio de favorabilidad invocado, sino que también lo hizo para inobservar la obligación judicial de estudiar los demás elementos configurativos de la inhabilidad desarrollados por la normatividad aplicable contenida en el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con la sentencia de la Corte C-064 de 2003 que estableció los parámetros de interpretación y aplicación del artículo 122 constitucional.

Siendo así, como indudablemente lo es, resulta inexorable la consecuencia en el sentido de que su interpretación y aplicación es de carácter restrictivo no pasible de analogía, y de otro lado, los elementos que la configuran deben estar plenamente demostrados para cumplir con el requisito de la tipicidad consagrado en el artículo 29 Superior, no bastando en consecuencia para ello, la sola sentencia penal condenatoria:

27.- En el acápite 4. del fallo titulado “Confrontación del acto acusado frente a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la Constitución Política”, expresa la necesidad de traer a colación las dos normas soporte del fallo que corresponden a la fijación del litigio, con el fin de identificar los presupuestos que componen la inhabilidad. Para el efecto, transcribe textualmente el inciso del artículo 122, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009 y a continuación plasma la literalidad de artículo 6°, literal e) de la Ley 330 de 1996. Y al exponer las razones por las cuales en el caso concreto se aplica el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, después de citar apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-509 de 1997, ya derogada, concluye que:

“De lo anterior, tampoco podría el juez electoral hacer uso de parámetros penales de dolo o culpa grave o decantarse por exigir que la condena penal así lo hubiera argumentado, si el fundamento constitucional del artículo 122 no lo contempló en esos términos para efectos de la inhabilidad, luego de la reforma con las Actos Legislativos 01 de 2004 y 2009.”

Tal tesis resulta contraevidente pues no se puede soslayar el potísimo argumento, según el cual, el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en desarrollo del artículo 122 Superior, condicionó la aplicación de la inhabilidad a la existencia de los elementos allí descritos para su configuración, entre ellos el dolo. De manera que para deducir la inhabilidad es necesario la imputación de la afectación del patrimonio del Estado de manera directa y a título de dolo, quedando entonces descartadas para su configuración, las afectaciones indirectas y los demás elementos volitivos como la culpa grave, leve o levisima.

De manera que no es cierto que el juez electoral esté impedido para hacer uso de tales elementos volitivos. Por el contrario, está obligado a usarlos, como fluye con facilidad de la sola lectura de la norma legislativa que desarrolló el artículo 122, de conformidad con la sentencia C- 064 de 2003, ya analizada con suficiencia.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

28.- La anterior argumentación, la jurisprudencia transcrita y la normatividad existente para la época de la vigencia de la Ley 330 de 1996, quedaron sin efectos en virtud de la expedición de la Ley 734 de 2002 en cuyo parágrafo 2° del artículo 38 se desarrolló el inciso 5° del artículo 122 Constitucional, para precisar los elementos que integran la inhabilidad allí contenida, especialmente los relacionados con qué se debe entender por patrimonio del Estado; de qué manera se debe producir la lesión, si de manera directa o indirecta; en qué está representada, el elemento subjetivo de la conducta (dolo), dejando por fuera de la inhabilidad la afectación indirecta del patrimonio. Y algo más, la especificación en la sentencia condenatoria de que la conducta reprochada constituye delito que afecte dicho patrimonio, como requisito esencial. Así quedó establecido:

“(…) se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.” (rayas fuera de texto).

29.- Ahora bien, para darle mayor contundencia a la argumentación desarrollada, resulta útil recordar que el mencionado parágrafo, como ya se ha expresado, fue demandado en inexecutable ante la Corte Constitucional, por cuanto en criterio del demandante violaba el artículo 158 de la Constitución Política en el sentido de desconocer la unidad de materia. No obstante, la Corte con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería para determinar que no violaba el artículo 158 de la Constitución y para concluir en su executable expresó:

“Para la actora el parágrafo acusado vulnera el artículo 158 constitucional por cuanto en su concepto se refiere a un asunto totalmente ajeno al objeto de la Ley 734 de 2002 e introduce modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

“Frente al caso concreto, encuentra la Corte que el precepto acusado en nada contraviene el principio de unidad de materia, toda vez que existe de manera evidente una relación teleológica y sistemática entre el eje temático de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y el objeto de la norma acusada, a saber, la definición de lo que se entiende por delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos de la responsabilidad disciplinaria y como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 Superior.” (Sentencia C-064 de 2003). Nada más claro.

30.- De manera que, como se infiere de la sentencia de la Corte Constitucional, cada vez que se invoque la aplicación del artículo 122, es indispensable aplicar también el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, merced a que constituye presupuesto de la aplicación de la inhabilidad constitucional, con cobertura universal para servidores públicos y particulares (Acto Legislativo 01 de 2004).

No basta pues la sola sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad para deducir la existencia de la inhabilidad; es necesario, además, la plena prueba dentro del proceso,

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

de los demás elementos que la configuran, consagrados en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

31.- Lo último pero no lo menos importante es la argumentación de la parte demandada plasmada tanto en la contestación de la demanda como sustento del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Tribunal Administrativo del Meta calendado el 10 de marzo de 2022 y notificado el 24 del mismo mes y año, por medio del cual el a-quo suspendió los efectos jurídicos del acto administrativo de su elección como Contralor Departamental del Guanía, según la cual la sentencia penal condenatoria proferida contra el demandado lo inhabilitó para el ejercicio de funciones pública por el mismo tiempo de la penal principal, es decir por 36 meses, en aplicación del artículo 52, inciso 3° del Código Penal que así lo establece, en cuyo caso su término de inhabilidad ya había transcurrido y el demandado quedaba habilitado para el ejercicio del cargo. Igualmente argumentación sirvió de sustentación al recurso de apelación instaurado contra la sentencia de primera instancia que decretó la nulidad de la mencionada elección.

Pues bien, como quiera que dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en los mismos términos, hizo tránsito a cosa juzgada y adquirió entonces *“el carácter de inmutable, vinculante y definitiva,”* en su integridad, siendo por tanto, obligatorio su acatamiento por todos, y haciendo imposible, en consecuencia, su modificación o menoscabo de sus efectos por autoridad judicial alguna por alta que sea su jerarquía.

Las únicas posibilidades existentes en su momento eran dentro del proceso penal, la inaplicación de tal norma y la aplicación entonces de la excepción de inconstitucionalidad si se considerara violación de tan alta alcurnia jurídica; otra manera de atacar la inmutabilidad de la cosa juzgado habría sido mediante la interposición del recurso de revisión contra la sentencia.

No obstante, como ninguno de esos instrumentos procesales fueron utilizados por los actores legitimados para ello, en su oportunidad procesal, la mencionada sentencia condenatoria se tornó inmodificable.

Sin embargo, a pesar de la claridad del planteamiento defensivo, basado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y para eludir la controversia sobre tan ostensible violación, la Sala Electoral del Consejo de Estado, determinó que tal asunto era ajeno al proceso electoral y por lo mismo, no eran del resorte del juez de nulidad electoral, como si el demandado los hubiera revivido para el proceso, cuando la verdad es que estaba insistiendo en que, si no se podía controvertir lo decretado en la sentencia

condenatoria, era entonces lógica la necesidad de respetar el tránsito a la cosa juzgada de la misma y aceptar la inhabilitación temporal (36 meses) allí consagrada.

32.- De todas las consideraciones analizadas, de la normatividad aplicable y de la jurisprudencia invocada es inexorable deducir que la conducta del doctor JHON JAIRO ESCOBAR es ATÍPICA, pues no se reúnen en su caso, los requisitos exigidos para la conformación de la inhabilitación que dio lugar a la nulidad de su elección como Contralor del Guainía que se basó en normas derogadas y en la aplicación errónea e inadecuada del artículo 122 de la constitución Política, entre otras irregularidades que dan lugar, como se verá adelante, a la procedencia de la acción de tutela.

No obstante todos los argumentos expuestos, la judicatura contencioso electoral tanto en la primera instancia como en la segunda que confirmó la nulidad de la elección del doctor Jhon Jairo Escobar Escobar como Contralor del departamento del Guanía, incurrieron en las causales de procedibilidad de la acción de Tutela que se expondrán más adelante.

REGLAS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.-

La Corte Constitucional desde la Sentencia C-590 de 2005 compendió los requisitos generales y especiales de procedibilidad para el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales. Y en la Sentencia SU 11 de 1018, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, reiteró una vez más la jurisprudencia adoptada de la siguiente manera:

“2.3. De la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

2.3.1. La jurisprudencia constitucional, en reiterados pronunciamientos[15], ha señalado la excepcionalidad de la procedencia del mecanismo de amparo en contra de los fallos proferidos por los jueces de la República, advirtiendo que dicha posibilidad, además, es de carácter restrictivo, “en razón a que están de por medio, los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces, y el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de éstos”[16].

2.3.2. Bajo esa perspectiva, a partir de “un ejercicio de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005, la Corte distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Los primeros, denominados también requisitos formales, se refieren a los presupuestos cuyo cumplimiento es condición necesaria para que el juez pueda entrar a evaluar de fondo la controversia planteada. Los segundos, conocidos como requisitos materiales, se refieren concretamente a los defectos o vicios en que debe incurrir una decisión judicial, para que se entienda contraria al orden jurídico y violatoria de los derechos fundamentales”[17].

2.3.5. Tales condiciones han sido clasificadas en generales y especiales. Las primeras, refieren al cumplimiento de las exigencias constitucionales para emitir un pronunciamiento de fondo, mientras que las segundas, apuntan a determinar la existencia de los vicios que por vía de tutela se cuestionan y la prosperidad o no del amparo.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

2.3.6. En ese sentido, la acción de amparo resulta procedente siempre y cuando se cumpla, de manera estricta, con los requisitos generales y especiales de procedibilidad del recurso constitucional contra providencias judiciales. La jurisprudencia de esta Corporación, ha identificado los primeros, de la siguiente manera:

(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional: refiere a la necesidad de que el litigio propuesto en el recurso de amparo supere un debate de simple legalidad, en otras palabras, el juez, en cada caso concreto, deberá determinar cuál es la relevancia constitucional del asunto, fundamentado en los postulados demarcados tanto por la Carta Política como por la jurisprudencia que, al efecto, haya proferido esta Corporación.

(ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: ya se advirtió en líneas anteriores, que el ordenamiento jurídico colombiano prevé diferentes tipos de procesos que propenden por la salvaguarda de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En ese sentido, es un deber que, previo a interponer la acción de tutela, los demandantes hayan interpuesto la totalidad de recursos que el proceso que se cuestione tenga a su alcance. Caso contrario, tal y como así lo ha determinado esta Corporación, “se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”[18].

(iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez: la acción de tutela debe presentarse dentro un término que tenga en cuenta aspectos de razonabilidad y proporcionalidad, vistos, justamente, entre el momento de la ocurrencia del hecho originador de la demanda y su fecha de interposición. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que, “al momento de determinar si se presenta el fenómeno de la inmediatez en materia de acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario examinar los siguientes aspectos:

(i) si obra en el expediente prueba alguna que justifique la inactividad del peticionario; (ii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección o de persona que se encontraba en una situación de especial indefensión; y (iii) la existencia de un plazo razonable”[19].

(iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: en relación con este requisito, es preciso aclarar que, cuando se pretenda la prosperidad de la acción de tutela con ocasión de la existencia de una irregularidad procesal, esta debe tener un alto grado de incidencia en la decisión que se pretende cuestionar, tanto, que de no haber sido observada de manera oportuna, la decisión final hubiese tenido un rumbo jurídico diferente. Al respecto, esta Corte puntualizó: “No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio”[20].

(v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la trasgresión como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: en este aspecto, es trascendental que, en la medida de lo posible, los supuestos de hecho que dieron origen a la interposición de la acción de amparo, hayan sido clarificados y expuestos en el asunto ordinario que por dicha vía se pretende cuestionar. Ello, dado que al tratarse de una tutela contra una providencia judicial, deben señalarse los derechos presuntamente vulnerados, con ocasión de tales hechos, con cierto nivel de detalle que facilite al juez advertir el concepto de violación.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela: Dada la naturaleza misma de ésta acción, los debates que en ella se erigen no pueden transformarse en litigios indefinidos, más aún, cuando el sistema jurídico colombiano prevé que todos los fallos de amparo proferidos en sede de instancia deben ser remitidos a esta Corte, los cuales son sometidos a un riguroso proceso de selección, en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

2.3.7. De esa manera, una vez superada la observancia de los requisitos generales, sólo es procedente la tutela contra una decisión judicial, cuando la providencia acusada haya incurrido, al menos, en uno de los siguientes defectos especiales, descritos en la Sentencia C-590 de 2005, y ello traiga como consecuencia la violación de derechos fundamentales:

(i) Defecto orgánico: tiene lugar cuando el funcionario judicial que dictó la sentencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental: surge cuando el juez de la causa adopta su decisión completamente al margen del procedimiento establecido para el proceso sometido a su conocimiento.

(iii) Defecto fáctico: se origina cuando la decisión adoptada por el juez carece de apoyo probatorio, del cual pueda aplicar el supuesto legal en el que soporta su sentencia.

(iv) Defecto material o sustantivo: se presenta cuando se toman decisiones con fundamento en normas inexistentes o que han sido declaradas inconstitucionales por esta Corporación o, también, cuando se comprueba una evidente contradicción entre los argumentos expuestos y la decisión adoptada.

(v) Error inducido: se incurre en esta causal, cuando “la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental”[21] como consecuencia del ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, “o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público”[22].(vi) Decisión sin motivación: se observa cuando los servidores judiciales no dan cuenta de los supuestos fácticos y jurídicos de sus decisiones “en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

(vii) Desconocimiento del precedente: hipótesis que se presenta, cuando se desconoce la posición consolidada que, sobre una misma materia, ha fijado el respectivo órgano de cierre, bien sea de la jurisdicción ordinaria, como de la contencioso administrativa, como también, la fijada por la Corte Constitucional en los asuntos de su competencia.

(viii) Violación directa de la Constitución: se incurre en esta causal cuando el funcionario judicial profiere una decisión que lesiona los principios, las reglas y los postulados señalados por la Carta Política.

2.3.8. En síntesis, la procedencia excepcional del mecanismo de amparo contra providencias judiciales, se relaciona directamente con la verificación de la configuración, tanto de los requisitos generales como de, al menos, una causal especial de procedibilidad, tal y como antes se explicó, lo cual permite proteger “los elevados intereses constitucionales que se materializan en la ejecutoria de las providencias judiciales, al tiempo que se garantiza el carácter supremo de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales”[23].

4. Del defecto por desconocimiento del precedente judicial

4.1. Según lo previsto por los artículos 228 y 230 de la Carta Política, los jueces de la República gozan de autonomía e independencia dentro del ejercicio de sus funciones, y, en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley. No obstante, con la finalidad de resolver los litigios sometidos a su conocimiento, es claro que estos, en algunas ocasiones, acuden a ejercicios de hermenéutica, aspecto que

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

conlleva a determinar cuál es la norma o disposición legal aplicable al caso concreto y, por consiguiente, los efectos que ello conlleva[24].

4.2. *En esa línea, esta Corporación, en sede de control concreto de constitucionalidad, advirtió que “la función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado (...)”*[25].

4.3. *La Corte también ha sido clara en determinar que, cuando el juez se enfrenta a tales ejercicios de interpretación, la autonomía judicial de la cual goza por mandato constitucional no es absoluta, dado que “un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales”*[26]. *De esa manera, “la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley”*[27].

4.4. *De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la caracterización del desconocimiento del precedente, pretende garantizar la efectividad de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, pues el desconocimiento del precedente judicial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, - sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”*[28].

4.5. *El precedente “se constituye en un pilar del Estado de Derecho, pues lo que busca es asegurar la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, a través de decisiones judiciales que sean razonablemente previsibles. Por su alcance se constituye en una herramienta de protección de la confianza legítima y la buena fe, en la medida en que proscribiera el uso y la interpretación caprichosa de los elementos jurídicos aplicables por las autoridades judiciales al momento de resolver un caso sometido a su jurisdicción. Además, no cabe duda de que el respeto a las decisiones anteriores también obedece a la guarda del principio de igualdad, el cual resultaría transgredido si frente a casos idénticos se brinda una respuesta disímil”*[29].

4.6. *La Sentencia T-830 de 2012, estableció que “la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, tenga una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente, en segundo lugar, que se trate de un problema jurídico semejante, o [de] una cuestión constitucional semejante, y finalmente, que los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia sean [similares] o planteen un punto de derecho [análogo] al que se debe resolver posteriormente”*[30].

4.7. *Otra importante característica del precedente, radica en la autoridad judicial que lo crea, por cuanto de ello depende su alcance. De modo que, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado, según su origen, dos clases de precedente: el horizontal y el vertical. Respecto al primero, se ha dicho que comprende “aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial”*[31]; *mientras que el segundo, “se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción*[32]. *En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores”*[33].

4.8. *Lo anterior, resulta de especial relevancia, pues, finalmente, es preciso reiterar que si una autoridad judicial decide apartarse de un precedente, es necesario que exponga razones con peso y fuerza suficiente que permita comprender el porqué de la aplicación de la nueva interpretación. Con tal propósito, el juez debe cumplir dos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. El primero, refiere al requisito de*

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente, dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’”[34]. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”[35], es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social.

4.9. En términos de lo expuesto, el desconocimiento del precedente judicial constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro del propósito de lograr que las decisiones judiciales le otorguen a las personas la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley, frente a situaciones similares o semejantes.

4.10. **Ahora bien, en el caso del precedente constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que tanto los fallos proferidos en control abstracto como en concreto están amparados por la fuerza vinculante, “debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que su desconocimiento significaría una violación de la constitución”[36].**

4.11. En relación con el primero (control abstracto), ha precisado la Corte que existe una sujeción especial, por cuanto el artículo 243 de la Constitución Política, acentúa que ese tipo de decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional al señalar que ninguna autoridad podrá reproducir un enunciado declarado inexecutable por razones fondo[37], pues el retiro de una norma del ordenamiento jurídico, exige que esta no pueda volver a ser aplicada para resolver ningún asunto. Ahora, en el caso en que la norma sea declarada executable condicionalmente, los jueces tienen la obligación de “utilizar el enunciado legal con la prescripción adicionada por parte de la Corte, puesto que éste hace parte de la norma, al ser considerada el único significado que respeta el ordenamiento superior”[38]. Por lo tanto, en este tipo de control, los argumentos de los funcionarios judiciales para apartarse de la parte resolutive y de su regla decisión no resisten su fuerza normativa[39].

4.12. En relación con el segundo (control concreto), en múltiples pronunciamientos, esta Corte ha establecido que la obligatoriedad de las sentencias de tutela por ella dictadas recae en su ratio decidendi, “norma que sustenta la decisión en el caso concreto y se prefigura como una prescripción que regulará los casos análogos en el futuro”[40], como es el caso de las providencias de unificación y la jurisprudencia en vigor dictada por las salas distintas salas de revisión.

4.13. Lo anterior, por cuanto en el estudio de las acciones de tutela se interpreta y aplica la Constitución Política desde la perspectiva de los derechos fundamentales, de modo que “no puede perderse de vista que en esa labor se fija el contenido y alcance de las disposiciones superiores, aspecto que hace parte del imperio de la ley reconocido en el artículo 230 de la Constitución”[41]. Sumado a lo expuesto, la obligatoriedad de los fallos de tutela obedece al principio de igualdad, en tanto que garantiza que las decisiones de los jueces de la República no sean arbitrarios y/o caprichosos. En efecto, “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”[42]

En relación con la convergencia de las causales, la misma Corte advirtió que “no son excluyente entre sí, por el contrario, unos y otros tienen estrechas relaciones que deben ser establecidas por el juez constitucional.” (Sentencia T-280 de 2017).

ADECUACIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN A LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIA JUDICIAL.-

La acción de tutela incoada cumple tanto con las causales generales como con los criterios especiales para su procedencia. Veámoslo:

i) **Relevancia Constitucional.**- La cuestión que se discute tiene especial relevancia constitucional ya que se trata de amparar derechos fundamentales, como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la igualdad y el derecho a la conformación del poder político, entre otros. La anulación de la elección del accionante como Contralor del departamento de Guanía, por parte del Tribunal Administrativo del Meta, confirmada por la Sección Quinta del Consejo del Estado, viola el derecho al debido proceso, pilar fundamental del Estado Social y Constitucional de Derecho porque:

1) Se le aplicaron normas que no corresponden al supuesto fáctico y se dejaron de aplicar las pertinentes a su caso, pues el juzgador se limitó a aplicar a rajatabla la sentencia condenatoria penal, abdicando de la obligación de ponderar las normas efectivamente aplicables relacionados con los elementos configurativos de la inhabilidad, contenidos en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que desarrolla el artículo 122 de la Constitución Política como lo previó la sentencia de la Corte C-064 de 2003, precedente de obligatorio cumplimiento para todos.

2) Particularmente, no se demostraron: el dolo en la conducta reprochada, tampoco la afectación directa del patrimonio público, puesta que la afectación indirecta del mismo quedó descartada y, menos, se especificó en la sentencia condenatoria si el delito cometido era contra el patrimonio del Estado. Adicionalmente, no se precisaron las circunstancias en que causó la lesión. En esas condiciones, las sentencia impugnadas que decretaron la nulidad de la elección fueron proferidas sin las pruebas necesarias para ello.

ii) **Agotamiento de los recursos existentes.**- Contra la providencia proferida por la Sala Electoral del Consejo de Estado no procede recurso alguno, puesto que el recurso de revisión que en principio está estatuido contra las sentencias, no es un mecanismo idóneo ya que las causales allí consagradas no encajan en la controversia constitucional planteada.

iii) **Principio de inmediatez.**- la sentencia contra la cual se interpone la presente acción tiene fecha del 19 de enero de 2023, notificada el 6 de febrero siguiente, razón por la cual se ha presentado dentro del término prudencial y razonable fijado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

iv) **No se trata de impugnar una sentencia de tutela.**- La presente acción no trata de controvertir una sentencia de tutela, sino de violación de derechos constitucionales fundamentales con la expedición de la sentencia de nulidad proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

v) **Irregularidad procesal determinante de la providencia adoptada.**- Las irregularidades denunciadas tuvieron consecuencias determinantes en la sentencia objeto de la presente tutela, pues para ello aplicaron normatividad que no corresponde, dejando de aplicar la norma pertinente y la jurisprudencia adecuada al asunto, aunado a la falta de pruebas de la verificación de la conducta inhabilitadora y por tanto, la insuficiente motivación de la decisión que afecta su validez. Sin tales irregularidades el fallo hubiese sido totalmente contrario al emitido.

vi) **Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la transgresión como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.**- En el cuerpo del presente libelo de tutela aparecen identificados razonablemente y con suficiencia los hechos generadores de la transgresión y relacionados los derechos fundamentales vulnerados, los cuales fueron alegados en el proceso electoral, -a pesar de que la sentencia impugnada niega que fueron esgrimidos durante el proceso, contra toda evidencia-, como fácilmente se demuestra-, excepto aquellos que tuvieron origen en la sentencia impugnada.

Juramento. Bajo la gravedad del juramento afirmo que no se han interpuesto con los mismos motivos otra acción de tutela ante la jurisdicción colombiana.

CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA.

1.- Las sentencias impugnadas incurrieron simultáneamente en violación directa de la Constitución y en forma concurrente en defecto sustantivo.

La Corte Constitucional en la sentencia SU – 069 de 2018 definió la violación de la Constitución en los siguientes términos:

“El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis. Así, se ha sostenido que esta figura se estructura cuando el juez en la decisión desconoce la Carta. Ello puede ocurrir, primero, porque no se aplica una norma fundamental al caso en estudio, lo cual se presenta porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta la interpretación conforme a la Constitución.”

De acuerdo con los eventos resaltados, la violación constitucional se hace consistir en que las providencias impugnadas dejaron de interpretar y aplicar el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, de acuerdo con el precedente constitucional contenido en la sentencia C-064 de 2003, según el cual, *“Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión al patrimonio público, representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recurso públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público. Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.”* (La cualificación de servidor público fue derogada desde la expedición del Acto Legislativo 1 de 2004).

Por dicho motivo las sentencias incurrieron en violación directa de la Constitución, ya que dejó de interpretar y aplicar la disposición legal contenida en el parágrafo mencionado de la Ley 734 de 2002, de conformidad con el precedente constitucional a que se refiere la Sentencia C-064 de 2003, que con ponencia del doctor Jaime Araujo Rentería, concluyó que el aludido parágrafo tiene por objeto la definición de lo que se entiende por delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos de la responsabilidad disciplinaria **“y como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 Superior.”**

De tal suerte que en esa forma las providencias impugnadas en tutela, al dejar de aplicar la mencionada disposición legal, y aplicar otras no convenientes al supuesto normativo, de conformidad con el precedente constitucional tantas veces comentado, además de violar directamente la Constitución, **incurrieron simultáneamente en defecto sustantivo, por idénticas razones** al aplicar normas derogadas o en todo caso no pertinentes al caso estudiado. Precisamente, sobre el defecto sustantivo la Corte Constitucional ha recordado que se causa bajo alguna de las siguientes circunstancias:

“(i) (...) la decisión impugnada se funda en una disposición indiscutiblemente no aplicable al caso; //(ii) (...) el funcionario realiza una “aplicación indebida” de la preceptiva concerniente; // (...) (...) la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce sentencias con efecto erga omnes que han definido su alcance; //(iv) (...) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; // (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada; // (vi) (...) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se le aplicó; porque la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.” (Corte Constitucional Sentencia SU-631 de 2017).

Como se deduce fácilmente de la jurisprudencia citada, las sentencias impugnadas incurrieron en defecto sustantivo, de manera concurrente, ya que las violaciones denunciadas encajan perfecta en las circunstancias descritas allí. En efecto, aunque el artículo 122 de la Constitución está vigente, se desconocieron los efectos señalados por el legislador en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, de conformidad con la sentencia C-064 de 2003, como se ha alegado insistentemente. Por idéntica razón se desconoció la mencionada sentencia que tiene efectos erga omnes.

2.- VIOLACIÓN POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.-

En la misma sentencia de unificación jurisprudencial citada, la Corte caracterizó el desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en los siguientes términos:

“29. La Corte ha reconocido tres clases de precedente: el horizontal, el vertical y el constitucional. El primero, se refiere a las providencias producidas por autoridades de la misma jerarquía o el propio funcionario. El segundo, se estructura a partir de las decisiones emitidas por el superior jerárquico o por la autoridad de cierre[44]. El constitucional es el que surge de la interpretación que realiza esta Corporación

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

como tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional. Todos tienen fuerza vinculante[45], no obstante, para abandonar el precedente horizontal o vertical debe demostrarse que (i) “la ratio decidendi no es aplicable, por tratarse de un caso distinto y, (ii) que abiertamente decide apartarse de ella, en cuyo evento se exige una suficiente y estricta justificación de la decisión” [46], de lo contrario vulnera los derechos al debido proceso y a la igualdad de las personas[47].

30. Ahora, sobre la jurisprudencia constitucional se ha sostenido que sus decisiones de control abstracto tienen efectos erga omnes y “fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”[48]. En ese orden, esta Corporación ha dicho: “cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto constitucional –bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución”[49].

31. En suma, el precedente judicial es obligatorio. El funcionario solo puede apartarse del mismo siempre que explique de manera seria y razonable los motivos que determinan el apartamiento de la regla jurisprudencial. El desconocimiento del precedente, sin una debida justificación, hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales puesto que vulnera el debido proceso y el derecho a la igualdad.

El precedente de la Corte Constitucional, por ser la autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución[52], debe acatarse por los funcionarios judiciales con prevalencia al fijado por las demás autoridades judiciales. **De no ser así, se incurre en causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.**

En ese orden de ideas, las sentencias impugnadas en acción de tutela desconocieron en un todo el precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-064 de 2003, que, con ponencia del doctor Jaime Araujo Rentería declaró la exequibilidad del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que interpretó y desarrolló la inhabilidad contenida en el artículo 122 Constitucional, pues además de no haber tenido en cuenta los elementos estructurales y tipificadores allí descritos, especialmente en cuanto a la exigencia de la afectación directa del patrimonio estatal resolvió, por su cuenta, extender la inhabilidad a otros delitos que, a lo sumo, podría ser afectados pero de manera indirecta, en contravía de la hermenéutica prohijada por la Corte Constitucional ya mencionada; menguando en consecuencia, el alcance del derecho a la conformación del poder político del doctor JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR, a pesar de la contundente conclusión jurisprudencial que no deja duda alguna cuando expresó:

“A juicio de esta Corporación la distinción introducida por el Legislador, con base en el margen de configuración normativa que le otorga la Constitución con **el objeto de no abarcar con la mencionada inhabilidad los delitos que de manera indirecta afectan el patrimonio estatal, es legítima y no desborda ninguna disposición constitucional, en la medida en que busca proteger dicho patrimonio de modo principal y no de modo secundario o accesorio, como efecto de la violación de otros bienes jurídicos.** Por tal motivo, es justificado, desde el punto de vista constitucional, no dar un tratamiento similar a quienes se encuentran en supuestos diversos, dado que se quebrantaría los principios de justicia e igualdad, que prohíben ese proceder. “(Sentencia C-064 de 2003).

3.- VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ACCESO A LA JUSTICIA E IGUALDAD ANTE LA LEY Y ANTE LOS JUECES.-

Los mencionados derechos fueron vulnerados por la judicatura al incurrir en error protuberante y determinante del fallo, consistente en inobservar la normativa que regula la inhabilidad constitucional, conforme a su desarrollo contenido en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, vigente para entonces, y en su lugar, aplicar normas no ajustadas al supuesto fáctico, como se ha argumentado con suficiencia, aplicar normas derogadas o por lo menos odiosas y menos favorables, desconocer la jurisprudencia pertinente al presente caso y aplicar otras inexistentes al momento de la ocurrencia de los hechos reprochados e invertir la carga de la prueba y darle tratamiento similar a supuesto diversos, como es el caso de la afectación indirecta al patrimonio del Estado que está por fuera de la tipificación de la inhabilidad; violando por lo tanto, los derechos fundamentales al acceso a la justicia e igualdad ante la ley y ante los jueces, como bien lo ha establecido la Corte Constitucional cuando define el marco jurídico del acceso a la administración de justicia en la sentencia T- 572, de octubre de 1992, M.P. Jaime Sanín G., en los siguientes términos:

“Pero ese acceso debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho y a los principios de un debido proceso en él incorporados, como lo son el de la legalidad, la buena fe y la favorabilidad, entre otros.”

4.- VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.-

Es evidente que en las sentencias impugnadas el precario esfuerzo argumentativo no se orientó a establecer la existencia de los elementos configurativos de la inhabilidad contenida en el artículo 122 Superior interpretado y desarrollado por el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con la sentencia C-064 de 2003, sino que al darlos por establecidos con base en la simple sentencia penal condenatoria, sustituyó el proceso declarativo de contenido electoral de nulidad por un proceso de simple ejecución, e invirtió la carga de la prueba a cargo de la parte demandante, violando esta manera el debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política.

Por si fuera poco, para negar el principio de favorabilidad invocado por el demandado, la Sección Quinta del Consejo de Estado, aplicó la jurisprudencia contenida en la sentencia de esa misma Corporación que, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro del 6 de junio de 2013, dentro del proceso 27001233100020120002402, recogió la doctrina tradicional que permitía la aplicación del principio universal de favorabilidad a los procesos electorales. En una palabra, aplicó a hechos ocurridos en el último cuatrimestre del año 2004 una jurisprudencia inexistente y con efectos retroactivos con violación de debido proceso y el principio de confianza legítima, pues mi poderdante tenía derecho a la aplicación de la jurisprudencia existente al momento de la ocurrencia de los hechos reprochados en la sentencia penal condenatoria, en virtud de encontrarse cobijado por el principio “venire contra factum proprium.” Y la jurisprudencia invocada por sentencia de nulidad resulta inaplicable al caso.

5.- VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POR LO MISMO DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.-

Se hace consistir que, la normatividad aplicable (parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002), exige para la configuración de la inhabilidad constitucional que la condena penal se produzca por un delito que afecte, **de manera directa**, el patrimonio del Estado, ya que las afectaciones indirectas están descartadas; adicionalmente, exige también que la sentencia condenatoria penal así lo especifique, y que la conducta reprochada penalmente se haya cometido con **dolo**, descartando las conductas culposas, sometidas a sanción con **inhabilidad temporal**.

Sin embargo, tanto la providencia de primera instancia como la del ad quem que la confirmó, resolvieron declarar la nulidad de la elección del doctor Jhon Jairo Escobar, sin tener en cuenta que no se hallaban demostrados los mencionados elementos configurativos de la inhabilidad, faltando con ello al principio constitucional de legalidad (tipicidad) exigido por el artículo 29 de la Constitución Política, con grave desconocimiento adicional no solo de la normatividad aplicable, sino de la jurisprudencia constitucional pertinente (sentencia C-064 de 2003), que es de obligatorio cumplimiento como lo establece la Constitución Política y la Jurisprudencia de la misma Corporación en la sentencia C-621 de 2015. Ponente Jorge I. Pretel. Exp D-10609.

“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares” (negrillas fuera de texto).

6.- DEFECTO FÁCTICO.-

Como quiera que corresponde a la parte actora la carga de la prueba de los elementos configurativos de la inhabilidad. “Onus probandi incumbit actori”, y dentro del proceso no aparece la prueba demostrativa de esos elementos, ya que la parte obligada no los allegó, es apenas lógico que con esa deficiencia probatoria no se podía declarar la nulidad de la elección de mi poderdante. No obstante, la providencia impugnada los dio por demostrados, en forma automática y de manera mecánica, con la simple sentencia condenatoria, relevando a la parte demandante de la carga de la prueba, con grave deterioro del debido proceso y de paso, infringiendo fatal bofetada al derecho fundamental a la honra y al buen nombre del doctor Jhon Jairo Escobar, y al derecho fundamental a la conformación del poder político, contenidos en los artículos 15, 21 y 40 Constitucionales.

Con ese déficit probatorio, el juzgador electoral incurrió en la causal de procedencia de la acción de tutela denominada defecto fáctico, por carencia de prueba para aplicar el supuesto legal en que sustentó su decisión.

Dicho de otra manera, y como consecuencia de lo anteriormente expuesto, tanto la sentencia de nulidad de la elección del Contralor departamental del Guainía proferida por el Tribunal Administrativo del Meta como la Sentencia de la Sección Quinta de Consejo de Estado que la confirmó, incurrieron en la causal de procedibilidad de la acción de tutela denominada defecto fáctico. De paso, se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-064 de 2003, como se ha venido argumentando.

7.- VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN EN LA CONFORMACIÓN DEL PODER POLÍTICO.

La jurisprudencia constitucional, como se ha descrito en apartes anteriores, ha aplicado con suma rigurosidad los principios universales pro persona y pro libertatis como criterios hermenéuticos para la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales y los derechos humanos, cuando se trata de restricciones al derecho de conformar el poder político, dado su carácter excepcional. Así se ha pronunciado en diversas oportunidades:

*“41. La sentencia SU-115 de 2019 recapituló diversos pronunciamientos de la Corte y reiteró que aun cuando “la participación en la conformación del poder político tiene amplia configuración legal (...) dicha facultad está restringida por la Constitución, por lo que las limitaciones establecidas deben responder a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad”[108]. En igual sentido, reafirmó que los límites constitucionales en materia de inhabilidades también se extienden al intérprete de las normas que los contienen[109]. Al respecto, este tribunal consideró que no es posible desconocer “que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts. 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia”. **Conforme a ello “por su naturaleza excepcional” incluso las que tienen rango constitucional, deben ser “interpretadas restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla”[110]***

Posteriormente, en otra oportunidad, puntualizó que como guía hermenéutica siempre el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación más amplia y favorable al derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y al contrario, deberá acudir a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de limitaciones o suspensiones al ejercicio de tales derechos. Así lo sintetizó esa Alta Corporación:

44. En la Sentencia SU-566 de 2019, este tribunal explicó que, en función de los principios pro persona y pro libertatis, entre dos interpretaciones posibles “siempre se deberá elegir aquella que haga efectivos los principios y valores constitucionales en que se funda el derecho de acceso al desempeño de funciones y

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

cargos públicos”[115]. La autoridad judicial debe preferir la interpretación “que limite en menor medida (...) el derecho de las personas a acceder a cargos públicos”[116].

45. El principio pro homine[117] o pro persona es un criterio hermenéutico que permea la interpretación de los derechos humanos. Según dicho principio se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

De tal suerte que al proferir las providencias impugnadas tanto el Tribunal Administrativo del Meta como la Sala Electoral del Consejo de Estado, incurrieron en violación del derecho constitucional fundamental del doctor Jhon Jario Escobar Escobar a participar en la conformación del poder político consagrado en el artículo 40-7 de la Constitución política al declarar la nulidad de su elección como Contralor departamental del Guanía, haciendo una interpretación extensiva de los elementos configurativos de la inhabilidad; sin tener en cuenta la ausencia de prueba de los elementos para conformar la inhabilidad que les sirvió de fundamento y, por último, sin observar los criterios hermenéuticos pro persona y pro libertatis que permean su interpretación. Además, incurrieron en desconocimiento de la jurisprudencia tantas veces invocada en esta materia.

Pero más grave aún: hicieron de la restricción excepcional al derecho constitucional fundamental a la conformación del poder político, contenido en el artículo 122 Constitucional, desarrollado por el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 en consonancia con la jurisprudencia contenida en la sentencia C-064 de 2003, una regla general al dar por demostrados, sin estarlo, los elementos configurativos de la inhabilidad para edificar sobre bases tan endeble y falaces la nulidad declarada, en contravía de los contenidos jurisprudenciales citados en las últimas sentencias invocadas. Como quiera que como se ha insistido no basta para configurar la inhabilidad solo una sentencia penal condenatoria, ya que no todos los condenados penalmente estarían inhabilitados en virtud de que las conductas a título de culpa tendrían inhabilidad temporal, como tampoco las conductas que no afectan el patrimonio del Estado de manera directa y menos aquellas condenas donde no se especifica la afectación patrimonial; es necesario, además, para repetirlo, la demostración de que el supuesto inhabilitado obró con dolo y que la afectación del patrimonio del Estado del Estado fue de manera directa y, por último que en la sentencia condenatoria se especificó dicha circunstancia. Lo cual no ocurrió en el caso impugnado.

8.- VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA COSA JUZGADA.

La cosa juzgada hace inmutable la sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión Judicial de Bogotá el 16 de agosto de 2012, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, condenó al hoy demandado a la pena de prisión de 36 meses y a la inhabilitación de derechos y funciones pública por igual término, es decir, por 36 meses.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Dicha sentencia se halla en firme y se torna de obligatorio cumplimiento para la comunidad y para todos los operadores jurídicos en virtud del fenómeno de la cosa juzgada que la cobija. Por lo tanto no se puede modificar por ninguna autoridad. Argumento alegado por el demandado dentro del proceso electoral.

La institución jurídica procesal de la cosa juzgada busca otorgar a las sentencias un carácter definitivo, inmutable y vinculante, lo que impide a los jueces decidir sobre una discusión que ya ha sido resuelta en sede judicial.

Con lo anterior, se pretende dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, así como a las partes (sentencias inter partes) o a la comunidad en general (fallos con efectos erga omnes), como lo tiene bien establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al expresar que:

“2.3. La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

2.4. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

2.5. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

*2.6. La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto Inter partes. **No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a ciertas decisiones efecto erga omnes, es decir, el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad, circunstancia que se establece en materia penal y constitucional (Artículo 243 de la Constitución Política).**”(Corte Constitucional Sentencia C-100/19. Ponente Alberto Rojas Ríos).*

En ese contexto jurisprudencial, la sentencia condenatoria proferida en contra del doctor Jhon Jairo Escobar Escobar ostenta “el carácter de inmutable, vinculante y definitiva,” en todas sus partes, tanto en cuanto a la condena a la pena de 36 meses de prisión, como en cuanto a la “pena accesoria de inhabilitación en ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión.” Es decir, para el doctor Escobar la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas era por un lapso preciso y determinado de 36 meses, y no de carácter intemporal como lo pretendió la demanda y las sentencias que se impugnan, razones por las cuales, al desconocer paladinamente ese carácter, se violó el derecho constitucional fundamental a la cosa juzgada que cobijaba la sentencia.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

Tal cúmulo de violaciones denunciadas ameritan que el doctor Jhon Jairo Escobar Escobar pretenda, mediante el ejercicio de la acción de tutela restablecer sus derechos constitucionales conculcados.

PRETENSIONES

Primera.- Que se ampare los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la participación en la conformación del poder político, al acceso a la justicia e igualdad ante la ley y ante los jueces y los demás derechos fundamentales alegados del ciudadano JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR vulnerados con ocasión de las sentencias de nulidad proferidas por el Tribunal Administrativo del Meta y el Consejo de Estado, Sala Electoral, al proferir las providencias impugnadas en acción de tutela.

Segunda.- Que como consecuencia de la declaración anterior, deje sin efectos: la sentencia de primera instancia del 30 de junio de 2022 con ponencia de la Magistrada Nohra Eugenia Galeano Parra recaída dentro del proceso 50001233300020220002700 que declaró nula su elección como Contralor del departamento de Guainía y la de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferida el 19 de enero de 2023 que, con ponencia del Consejero Luis Alberto Álvarez Parra, confirmó la NULIDAD declarada, notificada el 6 de febrero siguiente. Y, desde luego, deje sin efectos la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la elección del doctor como Contralor departamental del Guanía y NIEGUE las pretensiones de la demanda.

Tercera.- Para restablecer los derechos constitucionales fundamentales conculcados al doctor Jhon Jairo Escobar Escobar, ordene a la Asamblea Departamental del Guanía reintegrarlo al cargo de Contralor para el periodo 2022-2026, dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo ordene.

Medios de prueba

Con el fin de demostrar los hechos narrados, acompaño y solicito los siguientes:

- 1.- Poder para actuar debidamente otorgado.
- 2.- Que por su despacho y con destino al proceso se allegue el expediente digital radicado bajo el número 50001233300020220002702 correspondiente al trámite del proceso de nulidad electoral de Aura Luz Vargas Guio contra Jhon Jairo Escobar para demostrar lo siguiente:
 - a).- Que la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá, el 16 de agosto de 2012 inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas al accionante por el mismo término de la pena principal, es decir por 36 meses, que ya se cumplieron.

**OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO**

- b).- Que la sentencia penal condenatoria no especifica que el delito por el cual se condenó al hoy accionante afecta de manera directa el patrimonio del Estado.
- c).- El auto del Tribunal Administrativo del Meta que declaró la suspensión provisional de la elección del accionante como Contralor del departamento del Guanía, fechada el 10 de marzo de 2022.
- c).- La providencia de la Sala Electoral del Consejo de Estado que confirmo dicha suspensión proferida el 19 de mayo de 2022.
- d).- El memorial obrante en el proceso, mediante el cual el demandado interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación contra el auto del Tribunal del Meta que suspendió provisionalmente su elección, en donde expresa y textualmente invoca la aplicación del parágrafo 2º de la Ley 734 de 2002, desarrollo de la inhabilidad contenida en el artículo 122 Superior.
- e).- La sentencia del Tribunal Administrativo del Meta que declaró la nulidad de la elección del Contralor departamental, calendada el 30 de junio de 2022.
- f).- La sentencia de la Sala Electoral del Consejo de Estado que confirmó la nulidad decretada, emitida el 19 de enero de 2023.
- g).- Las demás piezas procesales contenidas en el expediente que sirvan para demostrar los hechos y consideraciones alegados favorables al accionante.

NOTIFICACIONES

Para tal efecto señalo como

DEMANDANTE:

JHON JARIO ESCOBAR ESCOBAR

Correo gestordeproyectos21@gmail.com

DEMANDADOS:

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA
Calle 12 No. 7-69 Palacio de Justicia,, Bogotá

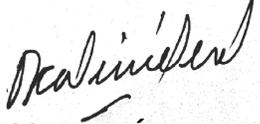
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Villavicencio Palacio de Justicia

TERCERO INTERVINIENTE

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL GUANÍA
Pto. Inírida, Guanía.

OSCAR JIMÉNEZ LEAL
ABOGADO

H. Consejeros atentamente,



OSCAR JIMÉNEZ LEAL