



LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE LOS REGLAMENTOS DE POLICÍA QUE EXCEPCIONALMENTE RESTRINGEN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS Y PEATONES PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICAS, NO CONSTITUYEN RESERVA DE LEY ESTATUTARIA Y OBEDECEN A FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMAS

I. EXPEDIENTE D-9354 - SENTENCIA C-511/13 (julio 31)
M.P. Nilson Pinilla Pinilla

1. Norma acusada

DECRETO 1355 DE 1970

(agosto 4)

Por el cual se dictan normas sobre policía

ARTICULO 99. Los reglamentos no pueden estatuir limitación al ejercicio de la libertad de locomoción, en cuanto a tránsito terrestre de vehículos y peatones, **sino para garantizar la seguridad y la salubridad públicas.**

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*sino para garantizar la seguridad y la salubridad públicas*", contenida en el artículo 99 del Decreto Ley 1355 de 1970, en el entendido de que las autoridades locales podrán determinar limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, solo en la medida en que resulte estrictamente necesario y únicamente en el área y durante el lapso indispensables para preservar la vida, la integridad personal y la salud de los seres humanos, sin que de ninguna manera pueda afectarse el núcleo esencial del derecho fundamental de locomoción.

Segundo.- EXHORTAR nuevamente al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración normativa y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución.

3. Síntesis de los fundamentos

En el presente caso, la Corte Constitucional asumió la resolución de dos problemas jurídicos consistentes en determinar: (i) si la limitación a la libertad de locomoción prevista en el artículo 99 del Decreto Ley 1355 de 1970 debería estar contenida en una ley estatutaria; y (ii) si la facultad allí conferida a ciertas autoridades administrativas tiene que ser regulada exclusivamente en una ley emanada del Congreso de la República.

Atendiendo a lo preceptuado en el artículo 24 de la Carta Política, la Corte reiteró que la libertad de locomoción no constituye un derecho absoluto, toda vez que puede ser limitado por el legislador dentro de unos parámetros objetivos. Dicha libertad se manifiesta mediante dos derechos: (a) el derecho general a la libertad que comprende la facultad primaria y elemental que tiene la persona de transitar, movilizarse o circular libremente dentro del territorio y salir y entrar a él; y (b) el derecho a permanecer y a residenciarse en Colombia. Al mismo tiempo, recordó que según lo estipulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22), los derechos de circulación y residencia pueden ser restringidos "cuando sea necesario para hacer prevalecer valiosos

intereses públicos y los derechos y libertades de las personas". A su vez, la jurisprudencia ha establecido que la libertad de locomoción no es incondicional, pues es posible establecer limitaciones a su ejercicio "buscando conciliarla con otros derechos o con los principios rectores de todo el sistema".

Así mismo, recordó que esta Corporación ha precisado que no puede pretenderse que mediante leyes estatutarias se regule en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado con derechos fundamentales. Por el contrario, cuando una norma no regule en forma íntegra y completa tales garantías constitucionales, no se requiere del trámite especial contenido en el artículo 153 de la Constitución. En el caso concreto, encontró que si bien la expresión demandada del artículo 99 del Decreto Ley 1355 de 1970 hace referencia a un derecho fundamental, (i) no desarrolla ni complementa la libertad de locomoción, (ii) no guarda relación estricta con elementos estructurales de ese derecho, (iii) no regula en forma directa su ejercicio, (iv) no constituye un límite que afecte su núcleo esencial, (v) no reglamenta, integra, estructura ni complementa ese derecho constitucional, ni sus principios reguladores. Por tales motivos, no advirtió que la preceptiva acusada desconozca la reserva de ley estatutaria frente a la libertad de locomoción, pues lo que se pretende es preservar el orden público, conservando unas condiciones mínimas de tranquilidad, seguridad y salubridad que hagan posible la convivencia pacífica y el normal desarrollo de las actividades sociales, mediante el ejercicio propio del poder de policía otorgado al Presidente de la República (arts. 188 y 189, numerales 3 y 4 C.Po.), las asambleas departamentales (art. 300.8 C.Po.) y los concejos municipales (art. 300, num. 7 y 9 C.Po.), para expedir normas de policía, con sujeción a la ley.

Por otra parte y teniendo en cuenta la distinción que existe entre el poder de policía, la función de policía y la actividad policial, la Corte indicó que como, lo ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio del poder de policía, en lo que respecta al establecimiento de condiciones para el disfrute de determinados derechos como el de reunión y la libre circulación, entre otros, debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este caso, estableció que los reglamentos a que alude la norma demandada, corresponden a una de las formas de ejercicio del poder de policía, de naturaleza legal y reglamentaria, los cuales constituyen disposiciones de carácter general encaminadas a concretar y desarrollar preceptos legales en materia policiva, entre otros, para prevenir y eliminar perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas. A su juicio, se trata de *finalidades constitucionalmente válidas*, en la medida en que pretenden sortear pronta y oportunamente, eventos en los que exista un riesgo para la seguridad o la salubridad públicas, restringiendo la locomoción de peatones y vehículos, para salvaguardar la vida e integridad de las personas, atendiendo a la función preventiva conferida a la policía para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades y asegurar la convivencia pacífica (art. 218 C.Po.). De igual modo, constató la *idoneidad de la medida* para alcanzar el objetivo propuesto, toda vez que este es uno de los pocos casos en que, por excepción, les es permitido a las autoridades que ejercen el poder de policía, restringir la libertad de locomoción para proteger otros derechos y valores de raigambre constitucional que pueden verse en peligro por graves hechos que atenten contra la seguridad y la salubridad, directamente relacionados con la vida e integridad de las personas. Así mismo, encontró que la medida analizada es *proporcional en stricto sensu*, como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma la libertad de locomoción reconocida en la Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales mencionados, toda vez que además de que se trata de un derecho que no tiene un carácter absoluto, su restricción atiende al imperativo propósito de conservar las condiciones para que las personas no sean afectadas en su vida o integridad personal, adoptando medidas de reacción rápidas y urgentes por parte de las autoridades de policía, que de no poder hacerlo directamente, tornaría inane su intervención.

En consecuencia, es factible que en esos eventos, no solo la ley, sino también subsidiariamente los reglamentos, entendidos como actos administrativos de contenido general, puedan constituir una manifestación del poder de policía creador de normas de comportamiento, claro está, sin invadir esferas en las cuales la Carta Política haya asignado competencia exclusiva al legislador. Con el fin de preservar esta reserva de ley, la Corte

consideró necesario condicionar la exequibilidad de la expresión *"sino para garantizar la seguridad y la salubridad públicas"*, contenida en el artículo 99 del Decreto Ley 1355 de 1970, de manera que se entienda que las autoridades locales podrán determinar limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, solo en la medida que resulte estrictamente necesario y únicamente en el área y durante el lapso indispensables para preservar la vida, la integridad personal y la salud de los seres humanos. En todo caso, la Corte determinó que de ninguna manera, esos reglamentos pueden afectar el núcleo esencial del derecho fundamental de locomoción.

4. Salvamentos de voto

Los magistrados **María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva** anunciaron la presentación de un salvamento de voto. En su opinión, esta sentencia desconoce los aportes que hizo la Constitución de 1991 en la defensa de la libertad de locomoción, al establecer que las limitaciones a la misma sólo pueden ser definidas por una ley en sentido formal, expedida por el Congreso. La Constitución es clara en ese sentido, pues en el artículo 24 de la misma dice que todo colombiano tiene derecho a la libertad de circulación –incluso terrestre– *"con las limitaciones que establezca la ley"*. '[L]a ley', dice la Constitución, no el reglamento. Cuando dice "la ley" no hace una referencia vaga al 'ordenamiento jurídico'. Contempla una reserva de ley en sentido estricto.

Este no era por lo demás un problema de competencia del Presidente de la República para expedir una norma de ese tipo. Incluso hoy, si el Congreso expide una norma que delegue en los reglamentos la fijación de los límites a la libertad de circulación, sería inconstitucional. Este era entonces un problema asociado al contenido material de la norma acusada. Ninguna norma distinta a la Constitución, puede afectar con su contenido la reserva de ley en esta materia. No es un mero formalismo, sino una técnica de garantía de la libertad. Sólo los máximos representantes del pueblo pueden establecer los límites a la libertad, en un foro plural, deliberativo, multicultural y representativo de la nación. La tesis de que si en este foro el Congreso no establece los límites, pueden establecerlos las autoridades administrativas, era válida en la Constitución derogada. Pero, según la jurisprudencia de esta Corte, quedó sin piso desde la expedición de la Carta de 1991. Esta sentencia no podía desmontar los avances constitucionales de la libertad, obtenidos desde hace más de veinte años, para dar marcha atrás hacia el pasado constitucional. Lo hace incluso abandonando los precedentes pacíficos de la Corporación consignados en la sentencia C-024 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero) en la que al referirse al tema sostuvo:

"[...] en la Carta de 1991 ya no es de recibo la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar la libertad allí donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal, la cual había sido sostenida bajo el antiguo régimen por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia".

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL A LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN CURSO NO DESCONOCE EL DEBIDO PROCESO, NI EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE EN LOS SUPUESTOS SEÑALADOS EN EL ART. 118 DE LA LEY 1474 DE 2011 NO CONFIGURAN UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA NI DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

II. EXPEDIENTE D-9466 - SENTENCIA C-512/13 (julio 31) M.P. Mauricio González Cuervo

1. Norma acusada

LEY 1474 DE 2011

(Julio 12)

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

ARTÍCULO 97. *PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL.* El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. El proceso verbal que se crea por esta ley se aplicará en el siguiente orden:

1. El proceso será aplicable al nivel central de la Contraloría General de la República y a la Auditoría General de la República a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.
2. A partir del 1o de enero de 2012 el proceso será aplicable a las Gerencias Departamentales de la Contraloría General y a las Contralorías Territoriales.

PARÁGRAFO 2o. Con el fin de tramitar de manera adecuada el proceso verbal de responsabilidad fiscal, los órganos de control podrán redistribuir las funciones en las dependencias o grupos de trabajo existentes, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad.

PARÁGRAFO 3o. En las indagaciones preliminares que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de calificar su mérito, profiriendo auto de apertura e imputación si se dan los presupuestos señalados en este artículo. En los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales no se haya proferido auto de imputación a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes, de acuerdo con su capacidad operativa, podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de la formulación del auto de imputación, evento en el cual así se indicará en este acto administrativo, se citará para audiencia de descargos y se tomarán las provisiones procesales necesarias para continuar por el trámite verbal. En los demás casos, tanto las indagaciones preliminares como los procesos de responsabilidad fiscal se continuarán adelantando hasta su terminación de conformidad con la Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES** el parágrafo 3 del artículo 97 y el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, por los cargos analizados.

3. Síntesis de los fundamentos

Le correspondió a la Corte definir: (i) si la posibilidad de aplicar el procedimiento verbal a las indagaciones preliminares que están en trámite, al momento de calificar su mérito y a los procesos de responsabilidad fiscal en los que no se haya proferido auto de imputación al entrar en vigencia la ley 1474 de 2011, vulnera el debido proceso y en particular, el principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa; y (ii) si el prever presunciones de dolo y culpa grave para determinar el grado de culpabilidad, a efectos de establecer la responsabilidad fiscal, vulnera el debido proceso (art. 29 C.Po.), en concreto, la presunción de inocencia, la presunción de buena fe (art. 83 C.Po.) y la regla de que solo las condenas judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y convencionales (art. 248 C.Po.).

El análisis de la Corporación parte de la potestad del legislador para regular el proceso en ejercicio de su amplia competencia, en cuyo desarrollo puede fijar los procedimientos con arreglo a los cuales debe surtir el proceso de responsabilidad fiscal, como también tuvo en cuenta la naturaleza administrativa de este proceso y de que se trata de una responsabilidad netamente patrimonial que no corresponde a una sanción. Si bien puede haber una condena patrimonial como consecuencia de esta declaración, esta corresponde a la reparación del daño causado y en manera alguna puede tenerse como una multa o como una sanción pecuniaria.

El párrafo 3º del artículo 97 de la Ley 1474 de 2012 fija y condiciona el alcance de las excepciones a la aplicación de la Ley 610 de 2000, valga decir, de la posibilidad de adecuar el trámite al procedimiento verbal, a la circunstancia objetiva de que no se haya proferido auto de imputación de responsabilidad, que es el equivalente al auto de formulación de cargos en el proceso disciplinario. Al repasar las etapas del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte advirtió que en la etapa de indagación preliminar ni siquiera se ha proferido el auto de apertura del proceso y, por tanto, mucho menos el auto de imputación de responsabilidad; y que es posible distinguir entre el auto de apertura del proceso y el auto de imputación de responsabilidad, por lo que podría hablarse de dos etapas diferentes. Ante la circunstancia objetiva de no haberse proferido auto de imputación de responsabilidad, es decir, que aún no se ha señalado en el proceso a una persona determinada a la cual se imputa un daño y el hecho de que el proceso se encuentre en la etapa de preliminares o de que se haya proferido auto de apertura del proceso, la adecuación al procedimiento verbal no afecta o menoscaba en manera alguna los derechos y garantías del procesado.

Observó que el procedimiento verbal no es en sí mismo contrario a la Constitución, pues responde a los principios de celeridad, publicidad y economía procesal. Su aplicación en lugar del procedimiento ordinario no supone o implica menoscabo alguno para las garantías del procesado, pues en todo caso deben respetarse los principios y garantías reconocidos por ésta, por los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y por la ley que lo regula. A juicio de la Corte, el procedimiento verbal puede aplicarse durante el transcurso del proceso, incluso a procesos que iniciaron su trámite conforme a otro procedimiento, como lo reconoció de manera explícita en la Sentencia C-370 de 2012, que reitera lo dicho en la Sentencia C-242 de 2010. Y esto es así, en razón de las reglas sobre aplicación en el tiempo de las leyes procesales.

Al analizar el párrafo tercero del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, a luz de las reglas aplicables a los límites a la configuración legislativa del proceso, de la naturaleza y características del proceso de responsabilidad fiscal, de la posibilidad de aplicar procedimientos verbales en los procesos administrativos y de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo, y al analizar el principio de legalidad conforme a dichas reglas, la Corte encontró que el cargo no estaba llamado a prosperar. Y no lo está, porque las normas procesales que aluden a ritos, formas o procedimientos, como es la que aquí se examina, tienen vigencia inmediata, mientras que las normas sustantivas o relativas a derechos y garantías de las personas, estén en una ley sustancial o en una ley procesal, no tienen este tipo de vigencia en virtud del principio de legalidad.

De otro lado, la Corporación consideró que en los procesos administrativos de responsabilidad fiscal el legislador puede preverse que, a partir de ciertos antecedentes o circunstancias ciertas y conocidas, sea posible deducir un hecho, a modo de presunción. La mera existencia de una presunción en el contexto de estos procesos no vulnera *per se* el debido proceso, ya que de una parte su existencia busca dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos relevantes y, de otra, busca proteger bienes jurídicos valiosos, conforme a la lógica y a la experiencia. Además, las presunciones pueden desvirtuarse por medio de pruebas idóneas, al controvertir los antecedentes o circunstancias que dan soporte a la presunción, o al controvertir la presunción misma, cuando se trata de una presunción *iuris tantum*. De igual modo, advirtió que una misma conducta puede comprometer la responsabilidad de su autor en diversos ámbitos, como el político, el penal, el disciplinario o el fiscal, cuyas respectivas acciones pueden converger. Y que en cada uno de ellos existen unos parámetros propios y distintos, a partir de los cuales es posible diferenciar cada tipo de responsabilidad. Por tanto, el tramitar los procesos correspondientes a cada tipo de responsabilidad no afecta en manera alguna el principio de *non bis in ídem*.

Después de examinar el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, la Corte consideró que presumir el dolo de una persona condenada por la justicia o sancionada por la autoridad disciplinaria, en las circunstancias antedichas da seguridad a situaciones relevantes y protege bienes jurídicos valiosos como son salvaguardar el patrimonio público, garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos, y verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado. Se trata de una presunción legal respecto de la cual el procesado puede ejercer la plenitud de sus derechos de defensa, como son los de aportar, solicitar y concurrir a la práctica de pruebas, presentar alegatos, interponer recursos, e incluso impugnar las decisiones administrativas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para la Corporación, el presumir la culpa grave del gestor cuando haya elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia de manera manifiestamente incompleta, ambigua o confusa; haya omitido de manera injustificada su deber de efectuar comparaciones de precios o aceptado sin justificación ofertas que superen los precios del mercado; haya omitido cumplir con sus obligaciones de revisar de manera periódica obras, bienes o servicios, para verificar la ejecución del contrato, conforme a sus obligaciones como interventor o supervisor; haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad pública o de hacer exigibles los seguros o garantías en caso de acaecer siniestros o verificarse incumplimientos contractuales; o haya reconocido salarios y demás emolumentos laborales con manifiesta violación de las normas que rigen estas materias; no contraviene ni a la lógica ni a la experiencia. Por el contrario, en cada uno de los eventos mencionados hay circunstancias objetivas y verificables, que corresponden a situaciones relevantes, a las cuales la presunción da seguridad, para proteger bienes jurídicos valiosos como son la contratación pública, la adecuada revisión de la ejecución de los contratos estatales, asegurar y hacer efectivos los amparos sobre bienes públicos, y velar por el correcto pago de salarios y emolumentos laborales. En cuanto a las presunciones de culpa previstas en los literales a y e del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, esto es, las relativas a elaborar pliegos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, o que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante, y a efectuar el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales, la Corte consideró que exigen una calificación especial, como es la de "manifiesta". Y es que no cualquier error, imprecisión o confusión puede dar lugar a la presunción legal de culpa grave, sino sólo aquellos que sean manifiestos, es decir, evidentes y propios de un obrar descuidado o falta de diligencia.

En consecuencia, la Corte concluyó que el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 no desconoce la presunción de inocencia, el principio de buena fe y la regla sobre antecedentes penales y contravencionales prevista en el artículo 248 de la Constitución.

4. Salvamentos de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Luis Ernesto Vargas Silva** salvaron parcialmente el voto, por considerar que las presunciones de dolo y culpa grave previstas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en los procesos de responsabilidad fiscal, vulneran uno de los principios y garantías esenciales del debido proceso, cual es el de presunción de inocencia (art. 29 C.P.), así como, el principio de buena fe (art. 83 C.Po.), toda vez que en los procesos penal y disciplinario se establecen responsabilidades diferentes a la que es propia del proceso de responsabilidad fiscal e invierten la carga en contra del gestor fiscal que debe desvirtuar esas presunciones, con muchas dificultades para defenderse. A su juicio, para establecer la responsabilidad fiscal de una persona, es necesario demostrar en el proceso su culpabilidad, esto es, que obró con dolo o culpa grave en el manejo, administración y ejecución de recursos públicos y no partir de antemano, de una presunción de dolo que quebranta abiertamente la presunción de inocencia del gestor fiscal.

Advirtieron que los eventos en los cuales el legislador presume que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave, son ambiguos e indeterminados, por lo que queda a la subjetividad de la autoridad de control fiscal calificar cuando tienen lugar esas conductas que a priori, se califican como demostrativas de culpa grave, calificaciones que resultan muy difíciles de refutar por el investigado por lo que las posibilidades de defensa son mínimas. En su criterio, la Corte ha debido declarar la inexecutable del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

Por su parte, el magistrado **Alberto Rojas Ríos** se apartó de las decisiones de exequibilidad tanto del párrafo 3º del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, así como del artículo 118 de la misma ley. En su concepto, las excepciones previstas en el párrafo acusado en la aplicación de la Ley 610 de 2000 a los procesos de responsabilidad fiscal en curso, vulneran el debido proceso, como quiera que, sin una razón que justifique el tratamiento procedimental diferente dado por el legislador a ciertos procesos de responsabilidad fiscal, se aplica el procedimiento verbal, cambiando las reglas de juego conforme a las cuales se venían adelantando esos procesos, sin prever una etapa de transición. De igual modo, señaló que si bien es cierto el campo de las presunciones es el del legislador, también lo es que dichas presunciones deben basarse en hechos objetivos y no en juicios de valor que quedan librados a quien deba aplicar la presunción. Advirtió que no solo existe la posibilidad de que una persona pueda ser sancionada tres veces por una misma conducta, sino que la sanción que se produce en el ámbito penal o disciplinario hace presumir la responsabilidad en un campo distinto, como es el de la responsabilidad fiscal, por lo cual va a ser muy difícil que un gestor fiscal pueda defenderse y controvertir dicha presunción, que contradice abiertamente la presunción de inocencia y el derecho de defensa. A su juicio, ambas normas demandadas han debido ser declaradas inexecutable.

LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER COMO CONDICIÓN PARA SER BENEFICIARIO DE UNA ASIGNACIÓN TESTAMENTARIA, EL PERMANECER EN ESTADO DE VIUDEZ, CUANDO SE TENGAN HIJOS DE UN MATRIMONIO ANTERIOR, DESCONOCE EL DERECHO DE AUTONOMÍA PERSONAL

III. EXPEDIENTE D-9422 - SENTENCIA C-513/13 (julio 31)
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

1. Norma acusada

CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO II DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

ARTÍCULO 1133. CONDICIÓN DE PERMANECER EN ESTADO DE VIUDEZ. Se tendrá, así mismo, por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad; **a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación.**

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación*" contenida en el artículo 1133 del Código Civil.

3. Síntesis de los fundamentos

Correspondió a la Corte determinar si el aparte acusado contenido en el artículo 1133 del Código Civil, desconoce el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La norma demandada indica que el testador, al momento de disponer de la cuarta de mejoras y de libre disposición, no puede imponer al asignatario la condición de permanecer en estado de viudez, a menos que éste tenga uno o más hijos del anterior matrimonio. Esto quiere decir que si el beneficiario del testamento llegare a tenerlos, debe permanecer en condición de viudedad para poder recibir la herencia, pues, de lo contrario, al no cumplir con ello, deberá restituirla.

En un primer momento, en la sentencia C-660/96, la Corte Constitucional había señalado que cuando el testador disponía de sus bienes, lo hacía en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad y a la propiedad. Ello, implicaba que en uso de tal facultad, podía asignar su cuarta de mejoras y libre disposición a quien quisiera y que, de imponerse una condición al asignatario, esta era justificada pues en ningún momento estaba obligado a cumplirla, razón por la cual, se consideraba que no existía injerencia alguna en la potestad decisoria del mismo. Tal posición cambió con la sentencia C-101/05, cuando el Tribunal estudió la constitucionalidad de la asignación testamentaria condicionada contemplada por el artículo 1134 del Código Civil, donde se exigía a la mujer permanecer en estado de viudedad para poder tener acceso a ciertos beneficios testamentarios. Entre otros argumentos, en ese entonces la Corporación consideró que si bien el asignatario no estaba en la obligación de cumplir con tal condición y, por tanto, en principio no existía una intromisión en su derecho a elegir un determinado estado civil, tal decisión no resultaba completamente libre, pues, a juicio de esta Corporación, la sola posibilidad del desmedro patrimonial podía disuadir a la persona de contraer matrimonio.

Partiendo de lo anterior, la Corte encontró que en el caso concreto la expresión del artículo 1133 del Código Civil que señala "*a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al momento de deferírsele la asignación*", desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes se encuentran bajo esa condición. Tal como lo indicó esta Corporación en la sentencia C-101 de 2005, dicho condicionamiento rebasa la esfera individual del ser humano, al persuadirlo sobre decisiones tan trascendentales para sí como el querer contraer matrimonio o convivir en unión marital de hecho. Si bien el artículo 1133 contiene una condición que no es obligatorio cumplirla y que, por tanto, hace parte de la autonomía del testador para disponer, como a bien lo tenga, de sus derechos patrimoniales, tal como lo indicaba la sentencia C-660 de 1996, dicho punto de vista sostenido por la Corte Constitucional dio un giro total con el fallo C-101 de 2005 al considerar que, en todo caso, "permite una intromisión en su vida, independientemente de las razones altruistas o no que llevaron al testador a condicionar la asignación en ese sentido, y ello, le quita validez constitucional a una asignación así impuesta. La opción de casarse y conformar una familia, hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad". De esta forma, la Corporación consideró que, en esta oportunidad, la facultad otorgada por el legislador al causante de estipular en el testamento la condición contenida en la norma acusada, no resulta válida a la luz de la Constitución Política; por lo que restringe y quebranta el derecho al libre desarrollo de la personalidad del asignatario, toda vez que interfiere, así sea en una mínima proporción, la facultad de elegir la opción de vida que considere más conveniente, ya sea decidiendo permanecer en estado de viudedad o no.

En suma, la Corte concluyó que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es una prerrogativa constitucional que cuenta con una amplia esfera de protección, la cual cobija de manera especial la facultad que tiene todo ciudadano para decidir sobre la forma en que desea constituir una familia, habida cuenta tal elección hace parte del núcleo esencial de

tal derecho y no puede ceder en aras de garantizar la facultad del causante para imponer condiciones testamentarias, como quiera que ese derecho se encuentra sujeto a límites, uno de ellos y de gran significación, el derecho a autodeterminarse en la vida según sus propias convicciones.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, salvó el voto respecto de la decisión de inexequibilidad de la expresión demandada del artículo 1135 del Código Civil. Su discrepancia con la decisión de la mayoría se sustenta en razones que coinciden cabalmente con las ya esbozadas por esta Corporación en la sentencia C-660 de 1996, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1135 del Código Civil, en la cual se sostuvo que las condiciones testamentarias no vulneran el derecho a la libertad del asignatario, ni limitan su autonomía personal, por cuanto es de la plena y absoluta voluntad de este último someterse o no a las circunstancias de las cuales aquellas se hacen depender. En esa oportunidad, la Corte destacó que: "Para que una condición testamentaria imposibilite jurídicamente a un individuo a optar por cierta acción, se requiere que en virtud de la ley constituya una obligación o una prohibición; mientras ello no suceda no pasa de ser una mera sugerencia. Como es sabido, la condición no es ninguna de las dos cosas, el asignatario ni tiene el deber de cumplirla ni está impedido de realizarla; únicamente determina el estado de cosas que ha de ocurrir para que puedan surgir ciertos efectos jurídicos. Si el asignatario desea que tales efectos se produzcan, lógicamente tendrá que intentar cumplir la condición estipulada; pero nunca se le impondrá como una obligación. Así, el ámbito de la autonomía personal del heredero o legatario condicionales, en nada se restringe [...] antes bien, la expectativa condicionada a recibir este derecho, suma a una de las opciones que tiene su destinatario, la posibilidad de un incremento patrimonial. Ni la posibilidad de elegir libremente estado civil con persona determinada, ni la de optar por una determinada profesión u oficio [u otra, se restringen a causa de la norma, pues el deseo que manifiesta el de cujus a través de la condición de que suceda o deje de suceder cierto hecho, no es una prescripción de carácter obligatorio que se le imponga al asignatario y le impida actuar en el sentido que su voluntad determine".

De otra parte, el magistrado **Mendoza Martelo** indicó que en la sentencia C-101 de 2005 evidenciando el carácter opcional de las condiciones impuestas a las asignaciones testamentarias la Corte sostuvo que: "En el caso previsto en la norma acusada, artículo 1133 (parcial) del Código Civil, no puede aducirse que se presente una presión de índole patrimonial respecto de una asignación testamentaria que no tiene el carácter de forzosa, sino de libre asignación y por ende de mera expectativa a recibir un derecho, como una de las opciones de incremento patrimonial que tiene su destinatario. Además, frente a tal condición, el asignatario ni tiene el deber de cumplirla ni está impedido de realizarla, únicamente determina el estado de cosas que ha de ocurrir para que puedan surgir ciertos efectos jurídicos. Por todo lo cual no se considera que la disposición cuestionada limite el libre desarrollo de la personalidad del asignatario para escoger su estado civil". A su juicio, los apartes jurisprudenciales transcritos no hacen cosa distinta que darle alcance a lo que en materia testamentaria se reconoce como un legítimo atributo del testador que involucra y recae sobre una específica porción de sus bienes frente a los cuales, respetando ciertas reglas, se admite su libre disposición, ante lo cual, el asignatario de esos haberes bien puede someterse o no a cumplir el supuesto del que se hace depender el condicionamiento que determina su entrega. En este caso mantener el estado de viudedad si existen hijos de matrimonio anterior. Consideró que en un ámbito de actuación legítima cuya razón de ser está orientado a permitir la libre expresión de voluntad del testador, restringir al máximo tal posibilidad, es tanto como dejar sin efecto el sustrato normativo en que se apoya, generándose el efecto perverso de que si el testador no puede expresarse respecto de sus bienes en el sentido que válidamente considere, nada "asignará" con riesgo de que la figura jurídica, por falta de uso, definitivamente, quede condenada a desaparecer. Bajo la anterior perspectiva, estimó que el segmento normativo acusado se ajustaba a la Constitución.

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** anunció la presentación de una aclaración de voto, relativa a algunos de los fundamentos de la decisión de inexecutable. A su vez, la magistrada **María Victoria Calle Correa** se reservó una eventual aclaración de voto.

LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO DEMANDADO POR LA LEY 1607 DE 2012, IMPIDE QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL EMITA UNA DECISIÓN DE FONDO, TODA VEZ QUE EL CONTENIDO NORMATIVO ACUSADO DIFIERE DEL ADOPTADO EN LA NUEVA REGULACIÓN

IV. EXPEDIENTE D-9489 - SENTENCIA C-514/13 (julio 31)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 675 DE 2001
(agosto 3)

Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal

ARTÍCULO 33. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS. La persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro. Su denominación corresponderá a la del edificio o conjunto y su domicilio será el municipio o distrito donde éste se localiza y tendrá la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, **en relación con las actividades propias de su objeto social**, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986".

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión "*en relación con las actividades de su objeto social*" contenida en el Artículo 33 de la Ley 675 de 2001.

3. Síntesis de los fundamentos

El actor demandó el artículo 33 (parcial) de la Ley 675 de 2001, por considerar que al hacer depender la calificación de las personas jurídicas originadas en la propiedad horizontal como contribuyentes o no contribuyentes, de un hecho indeterminado e indeterminable como es la realización de actividades comprendidas dentro del objeto propio de tales sujetos, lesiona los principios de legalidad y certeza tributaria, y consecuentemente, los de justicia y equidad. El demandante aduce que aunque en la Sentencia C-812 de 2009 la Corte declaró la executable del precepto demandado, como la decisión se adoptó a partir del examen de cargos distintos a los planteados en esta oportunidad, hay lugar a un nuevo examen de constitucionalidad.

La Corte encontró que no procede un pronunciamiento de fondo, por cuanto la Ley 1607 de 2012, expedida con posterioridad a la presentación de la demanda, modificó el contenido del precepto acusado. En efecto, el artículo 33 de la Ley 675 de 2001 establece que las personas jurídicas originadas en la propiedad horizontal tienen la calidad de no contribuyentes respecto de las actividades comprendidas dentro de su objeto social; por el contrario, los artículos 47 y 186 de la referida Ley 1607 de 2012 señalan algunas actividades que pese a estar comprendidas dentro de tal objeto, dan lugar a la calificación de contribuyente. Así ocurre con la explotación económica de bienes comunes en propiedades horizontales que no tienen un uso residencial, y con la prestación del servicio de parqueadero y de estacionamiento en zonas comunes. En tales circunstancias, teniendo en cuenta que la proposición jurídica demandada tiene hoy en día un contenido diverso al expuesto por el actor, tampoco es posible un pronunciamiento de fondo.

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO MEDIANTE LA CUAL SE DECRETÓ LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE FLOR PERDOMO ANDRADE, NO CONFIGURA UNA VÍA DE HECHO, POR NO HABERSE INCURRIDO EN LOS DEFECTOS SUSTANTIVO Y FÁCTICO ALEGADOS POR LA PETICIONARIA. NO OBSTANTE, EXISTE UNA INCOMPATIBILIDAD ACTUAL DE LA SANCIÓN CON EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

V. EXPEDIENTE T 3215147 - SENTENCIA SU-515/13 (agosto 1º)
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

La Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció acerca de la procedencia del amparo constitucional impetrado por la señora Flor Perdomo Andrade, mediante acción de tutela instaurada contra la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro del proceso de pérdida de investidura iniciado por el señor Gilberto Silva Ipús. La petición de tutela la sustentó en la presunta existencia de defectos sustantivo y fáctico en el fallo del Consejo de Estado, a la vez que adujo el desconocimiento del precedente jurisprudencial aplicable al caso.

La Sección Primera del Consejo de Estado había encontrado probado que la inscripción como candidata a la Asamblea Departamental del Huila contravino lo dispuesto en los artículos 31, numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000, ya que se desempeñó como Gobernadora encargada del mismo Departamento el día 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata, por lo cual incurrió en una incompatibilidad, que configura una causal de pérdida de investidura.

De conformidad con la línea jurisprudencial sostenida en materia de tutela contra providencias judiciales, la Corte determinó que la sentencia cuestionada no incurre en un defecto sustantivo, en la medida en que no desconoció el carácter taxativo o restrictivo de las causales de pérdida de investidura aplicables a los diputados de las asambleas departamentales. En contraste con el razonamiento presentado por la peticionaria, las incompatibilidades establecidas para un cargo, cuando se extienden en el tiempo, constituyen prohibiciones e inhabilidades genéricas para ocupar otros empleos, todo para garantizar la moralidad, la idoneidad, la probidad, la imparcialidad y la eficacia de quienes van a ejercer determinadas obligaciones en la administración pública. Por tanto, sobre este aspecto no configura un defecto sustantivo y no desconoce el carácter restrictivo de las normas sancionatorias, el hecho de aplicar las incompatibilidades del Gobernador que se mantienen en el tiempo, como causales de inhabilidad genérica para inscribirse como candidato a la Asamblea Departamental dentro de la misma circunscripción territorial.

De igual modo, teniendo en cuenta que el hecho de haber ocupado el cargo de Gobernadora por parte de la señora Perdomo Andrade constituye una "*circunstancia antecedente*" que afectaba su inscripción como candidata a la Asamblea del Huila, advirtió que en los términos de los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000, dicha circunstancia constituía una inhabilidad –no, una incompatibilidad- para presentarse a los comicios en la circunscripción correspondiente. Por tal motivo, la Corte observó que a diferencia de lo consignado en la sentencia cuestionada, la pérdida de investidura no podía sustentarse en el artículo 48 .1 de la Ley 617 de 2000, ya que esa norma solo dispone como causales de esa sanción "la violación del régimen de incompatibilidades o del conflicto de intereses". Esa falencia conllevaría la estructuración de un defecto de carácter sustantivo por ausencia de una norma que soporte la sanción. Sin embargo, esta Corporación evidencia que la pérdida de investidura de la señora Perdomo Andrade sí tiene una base jurídica que la sustenta, esto es, que el desconocimiento del régimen e inhabilidades adscrito a los Diputados sí constituye una causal de pérdida de su investidura, solo que este no se encuentra previsto en el citado artículo 48, sino en los artículos 183, 293 y 299 de la Constitución Política. Así las cosas, aunque la aplicación del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 al caso de la señora Perdomo Andrade en apariencia constituye un defecto de carácter sustantivo, en realidad no tiene el poder de afectar la vigencia de la sanción de pérdida de investidura, teniendo en cuenta que ese castigo sí se encuentra establecido en la Carta Política.

De otro lado, contrario a lo alegado por la accionante, el razonamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado en cuanto consideró que el régimen de inhabilidades de miembros de las asambleas departamentales debe ser al menos, el mismo de los congresistas, resulta acorde con el artículo 299 de la Constitución, por lo que no es de recibo la interpretación de

la peticionaria, según la cual, la inhabilidad genérica para inscribirse como candidata a la asamblea departamental solo aplicaría a quienes hubiesen desempeñado el cargo de Gobernador en virtud de elección popular. En este punto, el Consejo de Estado aplicó los precedentes de la Sección Quinta, razonamiento que no constituye un defecto sustantivo en la medida que es compatible con los artículos 299 y 179.2 de la Constitución.

En síntesis, la pérdida de la investidura de la señora Perdomo Andrade tiene fundamento en una interpretación de la Ley 617 de 2000 que es compatible con la Constitución, en tanto derivó de los artículos 31 y 37 de esta ley, una inhabilidad genérica que prohibía su inscripción como candidata a la Asamblea Departamental del Huila, so pena de perder la investidura en los términos del artículo 183.1 y 299 de la Carta Política. Adicionalmente, la Corte consideró que no se desconoció el precedente jurisprudencial aplicable al caso, toda vez que las sentencias que cita la accionante no son plenamente aplicables, en la medida en que no cumplen con la identidad de elementos entre las decisiones, por lo que no podían ser tenidas en cuenta como precedentes vinculantes por parte del Consejo de Estado.

Tampoco se encontró el defecto fáctico alegado por la señora Perdomo Andrade, que consistiría en la ausencia de prueba de su posesión en el cargo como "gobernadora encargada". Al respecto, como se reconoce por la misma peticionaria, la Sección Primera del Consejo de Estado dio por probado el despliegue de autoridad como Gobernadora encargada a partir de la firma de dos decretos expedidos en 2008: el 1782 en el cual se " nombra " en encargo a la señora Flor Perdomo Andrade y el 1783, mediante el cual ella hizo efectiva una sanción proferida por la Procuraduría Regional del Huila. Para la Corte, considera razonable que de los actos administrativos mencionados se compruebe el ejercicio efectivo del cargo, sin que importe el título jurídico que se haya sustentado.

Ahora bien, la Corte constató que el régimen de inhabilidades que fue aplicado por la Sección Primera del Consejo de Estado fue modificado por el legislador, régimen que es más benéfico. En efecto, la accionante señala que la norma con base en la cual se le sancionó con la pérdida de investidura (art. 32 de la ley 617 de 2000) fue modificada por el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 179.2 de la Constitución. Mientras que la primera norma establece una inhabilidad de 24 meses desde el momento de ejercicio del cargo, la segunda redujo a 12 meses anteriores a la elección. De esta manera, al día de hoy, la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade, esto es haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes de la inscripción como candidata a la Asamblea, no está prohibida ni puede ser reprochada y por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura.

Como consecuencia, la Corte Constitucional concluyó que la base de la sanción proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011, ya que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de la elección. Advirtió que esta es una circunstancia que impide que el fallo que decretó la pérdida de investidura se siga ejecutando, ya que de otra forma, implicaría el desconocimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, específicamente el derecho del sancionado a la aplicación de la retroactividad de la ley más benigna respecto de la inhabilidad permanente que en su momento generó la sentencia de pérdida de investidura.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** y **Nilson Pinilla Pinilla** se apartaron de la decisión mayoritaria, toda vez que en su concepto no procedía conceder la tutela solicitada contra una sentencia proferida por el Consejo de Estado en desarrollo de su competencia como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y en particular, en materia de pérdida de investidura.

La magistrada **Calle Correa** salvó su voto a la decisión de la mayoría, por considerar que el juez de tutela puede impedir que se aplique el derecho sin tener en cuenta restricciones

básicas del orden constitucional vigente, pero no puede sustituir al juez natural, y remplazarlo. Excepcionalmente puede el juez de tutela tomar una decisión de fondo respecto a la cuestión que se ventila en un proceso dentro del cual se estudia una violación al derecho al debido proceso, pero tal decisión debe ser justificada de manera expresa y suficiente. La Magistrada considera que el juez de tutela puede cesar los efectos de una sanción, cuando prolongar sus resultados implicaría desconocer el principio de favorabilidad, pero sólo si el juez natural tuvo la posibilidad de considerar su aplicación y la descartó de manera grosera, afectando la aplicación básica del principio. Esto no ocurrió en este caso, pues la disposición más favorable se expidió varios meses después de proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado la sentencia analizada. La aplicación del principio de favorabilidad es la regla apropiada, en términos generales, para sanciones que tengan efectos graves sobre el contenido nuclear de los derechos fundamentales de una persona, pero no puede establecerse esa regla de manera general para todos los casos de 'pérdidas de investiduras', sin considerar las particularidades de los casos concretos, ni los derechos políticos de los demás ciudadanos que están en juego. Hay muchos principios constitucionales además del de favorabilidad, que han de ser ponderados y considerados en esas situaciones, las cuales, en criterio de la magistrada, están siendo omitidos y dejados de lado por la propuesta de sentencia, en especial, el ejercicio del derecho fundamental a la participación y el control político.

El magistrado **Mendoza Martelo** discrepó de la decisión de mayoría por cuanto en el caso dilucidado según quedó inequívocamente establecido en las motivaciones de la decisión y en el curso del debate, aspecto que cree no habrá de ser sujeto de variación en la decisión definitiva, la sentencia revisada se aviene completamente a la Constitución y a la ley en cuanto que de ella no es factible predicar ninguno de los defectos identificados por la jurisprudencia de esta Corporación (orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente, entre otros) como presupuesto para amparar derechos fundamentales específicos frente a providencias judiciales. Vistas así las cosas la más mínima razonabilidad enseña que la sentencia respectiva debió permanecer incólume. Sin embargo, en la decisión de la cual me separo se inhiben o desconocen los efectos "de la decisión de pérdida de investidura" con el argumento de que advino una nueva ley que, según se afirma, redujo el término de vigencia de las incompatibilidades de quienes ocupen el cargo de Gobernador para aspirar a otros destinos públicos de elección popular en la misma circunscripción electoral de 24 a 12 meses, ley que cobijaría a la demandante por cuanto su incompatibilidad, derivada del hecho de haber ejercido como gobernadora encargada, la que igualmente constituiría inhabilidad para aspirar a otros cargos quedaría por fuera de esos 12 meses. De lo anterior se deriva que se está haciendo producir efectos retroactivos a la nueva ley no obstante que constitucionalmente ello solo se permite en materia penal lo cual se justifica por cuanto en ese ámbito suele estar comprometida la libertad personal (art. 29, inciso 3 constitucional establece que "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"). Si bien otros ordenamientos que se consideran parte del denominado "derecho sancionatorio" (cuya regulación no está precisamente en la ley) acogen el principio de favorabilidad en ellos se delimitan sus precisos alcances. El principio de favorabilidad, como expresión de retroactividad de la ley, no está previsto en materia de pérdida de investidura ninguna de las normas que regulan dicha figura así lo disponen. La sanción ética-política que supone la pérdida de investidura se impone por violación de las reglas vigentes que gobiernan la actividad política de algunos servidores públicos miembros de corporaciones públicas de elección popular. En esta oportunidad la nueva Ley 1475 de 2011 no hizo desaparecer la figura de la pérdida de investidura ni tampoco moduló sus efectos lo cual impide modificar retroactivamente decisiones de pérdida de investidura adoptadas con estricta sujeción a normas vigentes, que se encuentren en firme y amparadas con el efecto de la cosa juzgada. En su concepto, la pérdida de investidura en sí tiene efectos intemporales, la nueva ley en modo alguno trata y mucho menos altera esos efectos, razón por la cual no habría que aplicar ninguno en lo sucesivo y mucho menos retroactivamente. La nueva ley lo que modificó, según el criterio mayoritario que no comparto, fue el término de duración de unas incompatibilidades e inhabilidades, no

los efectos intemporales de la sentencia de pérdida de investidura. La nueva ley que se pretende aplicar (art.29, par.3) en cuanto señala que **“ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos será superior a lo establecido para los Congresistas en la Constitución Política”**, a mi juicio, resulta abiertamente inconstitucional frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados en razón a que el artículo 299 de la Carta al establecer que “el régimen inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda” claramente está permitiendo que el legislador puede desarrollar un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados más estricto que el previsto en la Constitución para los Congresistas, de donde claramente se percibe que la norma estatutaria incorpora una regla en cuanto al tema tratado, que contradice la Constitución en la medida en que esta última permite que respecto de dichos servidores públicos se pueda establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades superior o que les resulte más gravoso. Así lo consideró el magistrado **Mendoza Martelo** al salvar el voto frente a la decisión de la Corte que avaló el mencionado precepto de la ley estatutaria (Sentencia C-490 de 2011). De modo que, en su opinión, resulta absolutamente claro que el enunciado pertinente de la norma acusada que se pretende aplicar retroactivamente resulta abiertamente inconstitucional y que por el contrario la norma supuestamente derogada es la que cabalmente se ajusta a los mandatos de la Carta.

Por su parte, el magistrado **Nilson Pinilla Pinilla**, se apartó de la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, toda vez que como lo determinó acertadamente la mayoría, no había configurado una vía de hecho que condujera al conceder la tutela contra la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Si había alguna duda sobre la situación generada por la modificación introducida por la Ley 1475 de 2011 a la norma que sirvió de sustento a la causal de pérdida de investidura aplicada por el Consejo de Estado, la Corte ha debido remitir a esa Corporación el expediente, de manera que fuera el tribunal competente el que dilucidara si en este caso procedía la aplicación del principio de favorabilidad.

Los magistrados **Mauricio González Cuervo** y **Luis Guillermo Guerrero Pérez** presentarán una aclaración de voto relativa a la *ratio decidendi* en que se fundamentó la procedencia de la tutela en el presente caso.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presidente