



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2022.

Referencia:	Acción de tutela.
Radicación:	11001-03-15-000-2022-02233-00 ¹
Actor:	Nicolás Ramos Barbosa.
Accionado:	Nación – Presidencia de la República y otros.
Tema	Tutela para solicitar el presidente de la república de Colombia y el Comandante del Ejército Nacional no participen en política.
Decisión:	Declara improcedente la acción de tutela.

FALLO PRIMERA INSTANCIA

La Sala procede a decidir la acción de tutela² presentada por el señor **Nicolás Ramos Barbosa**, en calidad de agente oficioso de los sujetos de especial protección constitucional³, contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional Electoral, el Ministerio de Defensa - Comandante del Ejército Nacional, con el fin de solicitar que el Presidente de la República de Colombia y el Comandante del Ejército Nacional se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial que cursa actualmente, lo cual considera vulneratorio del derecho fundamental a la participación en política.

I. EL ESCRITO DE TUTELA

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante:

¹ Todas las actuaciones judiciales adelantadas e informes y pruebas allegados podrán ser consultados en el respectivo expediente electrónico en el aplicativo SAMAI.

² El proceso de la referencia subió al Despacho con informe de Secretaría General de la Corporación de 9 de mayo de 2022.

³ No identifica quienes.

El accionante afirma que el Presidente de la República de Colombia ha incurrido en actos de participación directa o indirecta en la campaña presidencial que cursa actualmente, a través de medios de comunicación, congresos, certámenes, audiencias, talleres con la comunidad, discursos o acciones administrativas en general, desconociendo la Constitución, el modelo democrático y el derecho fundamental a la participación política⁴.

Sostuvo que en diferentes medios de comunicación se informa sobre la evidente participación política directa e indirecta por parte del presidente de la República de Colombia, en los últimos dos meses.

Adicionalmente, señaló que, desde su cuenta oficial, el Comandante del Ejército Nacional, el General Eduardo Enrique Zapateiro Altamiranda, ha expresado opiniones que evidencian su participación en política con respaldo del Presidente de la República.

Argumentó que sus derechos fundamentales a la participación política para elegir, de manera libre y desprovista de presiones estatales, un programa de gobierno, se han visto afectados con la presunta participación política en la presente campaña electoral 2022 a la presidencia y vicepresidencia por parte de Iván Duque Márquez en calidad de jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, pues, a su parecer, es evidente y notoria, lo que afecta la ecuanimidad e imparcialidad en la contienda electoral.

Pretensión

Como consecuencia de lo anterior, solicitó:

«[...] PRIMERA: Tutelar mis DERECHOS FUNDAMENTALES y de todo el pueblo colombiano a la participación política, al respeto de los principios del modelo democrático y supremacía de la constitución.

⁴ Al respecto, mencionó: 1. El 18 de febrero de 2022, en la conmemoración del centenario de la Refinería de Barrancabermeja Santander. 2. El 22 de febrero de 2022, en el Primer Congreso Nacional de Aliadas – Alianzas de Asociaciones y Gremios. 3. El 01 de marzo de 2022, en la Clausura del foro de presidentes – el papel del sector privado en el presente y futuro de Colombia. 4. El 02 de marzo de 2022, en la Encuentro Nacional de Fabricas de Productividad. 5. El 04 de marzo de 2022, en el Taller Construyendo País No. 100 en Rionegro, Antioquia. 6. El 15 de marzo de 2022, en la Presentación de nuevas plataformas digitales 'Neocrédito' y 'Leasing Digital'. 6. El 17 de marzo de 2022, en el Encuentro Asamblea General de Afiliados de PROANTIOQUIA. 7. El 7 de abril de 2022, en el Taller Construyendo País No. 107 en Nobsa, Boyacá.

SEGUNDA: Ordenar al presidente de la república de Colombia IVÁN DUQUE MÁRQUEZ que se abstenga de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial que cursa actualmente, a través de cualquier medio de comunicación social, congresos, certámenes, audiencias, talleres con la comunidad, discursos o acciones administrativas en general, respetando la supremacía de la constitución, el modelo democrático y el derecho fundamental a la participación política.

TERCERA: Ordenar al Consejo Nacional Electoral que supervise las acciones u omisiones que afecten las garantías electorales por parte del presidente de la república de Colombia IVÁN DUQUE MÁRQUEZ y que difunda en igualdad de condiciones las prerrogativas, derechos y deberes que cada candidato tiene en general.

CUARTA: Solicito que NO se falle mediante “carencia actual de objeto por daño consumado” sin más ni más, sino que se ordene a los altos funcionarios que cumplan a cabalidad la constitución y la ley en materia de participación política.

QUINTA: Ordenar a todo el estado colombiano, a través de Presidencia de la República, que replique el fallo a todos los altos funcionarios del orden territorial (alcaldes y gobernadores) para que garanticen la NO REPETICIÓN de la vulneración del derecho a la participación política de servidores públicos. [...]»

II. ACTUACIÓN PROCESAL DE INSTANCIA

Mediante auto de 27 de abril de 2022, se admitió la acción de tutela ejercida por el señor Nicolás Ramos Barbosa, en nombre propio, contra el Presidente de la República, el Ministerio de Defensa Nacional y el Comandante del Ejército Nacional, como accionados; y, se vinculó como terceros con interés a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Misión de Observación Electoral – MOE y, al Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991.

III. INFORME RENDIDO EN EL PROCESO

3.1. Comando General de las Fuerzas Militares.

El Director de Negocios Generales del Departamento Jurídico Integral del Ejército Nacional solicitó declarar improcedente la acción de tutela, en tanto no se ha configurado una acción u omisión por parte de la autoridad demandada ni la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; es decir no satisface requisitos esenciales de la naturaleza del mecanismo constitucional.

Señaló que, con relación a los hechos y pretensiones manifestadas por el accionante, la jurisdicción disciplinaria es la llamada a garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

IV. CONSIDERACIONES

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito de tutela y a las pruebas que obran en el expediente se decidirá el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: la competencia para decidir el recurso de amparo; cuestión previa – la legitimidad en la causa por activa; la subsidiariedad de la acción de tutela; marco normativo aplicable; y, el caso concreto.

4.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1.º del Decreto 333 de 2021, en cuanto estipula que: «[...] 12. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República, incluyendo las relacionadas con seguridad nacional, así como, las actuaciones administrativas, políticas, programas y/o estrategias del Gobierno nacional, autoridades, organismos, consejos o entidades públicas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, al Consejo de Estado. [...]», esta Sala es competente para conocer de la presente acción constitucional contra la Presidencia de la República y otros.

4.2. Cuestión previa - Sobre la legitimidad en la causa por activa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a impetrar la acción de tutela para reclamar ante los jueces, **por sí misma o por quién actúe en su nombre**, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Así mismo, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 dispuso que la legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción radica en cabeza del titular de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, quien puede actuar por sí mismo o a través de representante.

Así pues, la Corte Constitucional entiende que existe legitimación en la causa

cuando existe identidad entre la persona, sea natural o jurídica, a la que la constitución y la ley han facultado para invocar la acción y aquella respecto de la cual se reclama el ius fundamental deprecado, tan es así que al referirse a la misma como requisito de procedibilidad en el recurso de amparo, mencionó⁵:

«[...] La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. [...]».

En efecto, tanto las normas referidas como la jurisprudencia consideran válidas cuatro vías procesales para la interposición del amparo constitucional a saber: i) directamente por quien se considere afectado; ii) por medio de representante legal o de apoderado judicial; iii) por medio de agente oficioso; y iv) por medio del Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales.

Por regla general, la acción de tutela se interpone directamente por el titular del derecho fundamental violado o amenazado, o, por intermedio de apoderado judicial. Sin embargo, en situaciones excepcionales en las que por circunstancias físicas, mentales o psicológicas el afectado no pueda ejercerla por sí mismo, se acepta que sea interpuesta por su representante legal o agente oficioso.

Así, establecidos los diferentes supuestos de legitimación en la causa por activa en sede de tutela, se debe recordar que la parte activa en el presente litigio alegó la vulneración del derecho fundamental a la participación política, en perjuicio suyo y de todos los sujetos de especial protección constitucional.

Al respecto, es pertinente señalar que, a través de Sentencia T-176 de 2011, la Corte Constitucional, consideró:

«la legitimación en la causa por activa, o titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela, tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro».

⁵ Sentencias T-416 de 1997, T-1191 de 2004 y T-799 de 2009 de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, esta Sala de decisión encuentra clara la legitimación en la causa por activa del señor Nicolás Ramos Barbosa, en tanto actúa como titular de los derechos propios.

No obstante, el actor manifestó actuar como agente oficioso de los sujetos de especial protección constitucional, frente a lo cual es pertinente resaltar que, en lo que tiene que ver con la interposición a través de agente oficioso, el referido artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, señala que: «[...] también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. [...]» Supeditando la eficacia de dicha figura a que en la solicitud se manifieste esta situación, esto es, que se ponga de presente que se actúa en tal calidad.

La Corte Constitucional⁶ se ha referido al respecto de la siguiente manera:

«[...] Entretanto esta Corte ha sintetizado los elementos de la agencia oficiosa, así: (i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) la ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente. [...]»

En este orden de ideas, en atención a los elementos definidos por la jurisprudencia constitucional en materia de agencia oficiosa en sede de tutela, se observa que en el presente asunto no se cumplen, especialmente, no se expresaron y tampoco se infieren las razones o circunstancias por las cuales los titulares de los derechos fundamentales invocados, es decir, los sujetos de especial protección constitucional no podrían promover su propia defensa.

Así las cosas, el estudio del *sub examine*, únicamente, se centrará en los derechos deprecados por el señor Nicolás Ramos Barbosa, en cuanto aquél es el sujeto sobre el cual se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-995 de 2008, M.P.: Mauricio González Cuervo.

4.3. Problema Jurídico.

En el presente asunto el problema jurídico consiste en determinar si: ¿la acción de tutela es procedente para cuestionar la presunta participación en política por parte del Presidente de la República y el Comandante del Ejército Nacional?

Solo de superar el anterior derrotero, se procederá a establecer si: ¿Los señores Presidente de la República y Comandante del Ejército Nacional vulneraron el derecho fundamental a la participación en política del Nicolás Ramos Barbosa, por su supuesta participación en política?

4.4. De la subsidiariedad de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Carta Política consagró la acción de tutela para reclamar ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública [o incluso de particulares bajo determinados supuestos]. A su turno, según lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo procede: (1) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz e idóneo; o, (2) cuando teniéndolo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso surgiría esta acción como mecanismo alterno de protección [artículo 8º del Decreto 2591 de 1991].

La Corte Constitucional en Sentencia T-187 de 2010. M.P. Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, manifestó que la acción de tutela es subsidiaria y, por tanto, no sustituye los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Al respecto, precisó que:

«[...] La acción de amparo es un mecanismo preferente y sumario que busca dar protección privilegiada a los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos se vean amenazados por una autoridad pública con su acción u omisión y excepcionalmente cuando se vean conculcados por un particular.

De igual manera la acción de tutela, por su naturaleza, opera de manera subsidiaria y residual, lo que implica que para su procedencia el accionante debe i) carecer de un mecanismo de defensa judicial o carezca de eficacia o ii) estar ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable y el amparo se promueva como mecanismo transitorio. [...]» (Subrayas fuera del texto).

En virtud de la subsidiariedad que caracteriza a esta garantía de los derechos fundamentales constitucionales, es dable afirmar que un amparo es improcedente cuando el interesado no ejercitó los mecanismos ordinarios de defensa, sin justificación alguna, y pretende, por vía de este mecanismo, revivir discusiones que quedaron zanjadas ante la inactividad de quien debió ejercitar las vías constitucionales y legales.

El perjuicio irremediable, a su turno, ha sido entendido como aquel que presente las características de: **inminente**, esto es que amenaza o está por suceder; **urgente**, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; **grave**, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente [determinado o determinable] relevante para el afectado; e, **impostergabilidad**, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad⁷. Además, el aludido perjuicio debe ser valorado en concreto por el juez atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el accionante, a quien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, le compete la carga de probarlo.

Además, se recuerda que el aludido perjuicio debe ser valorado en concreto por el juez atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el accionante, a quien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, le compete la carga de probarlo.

Del mismo modo, la existencia real de un mecanismo de defensa debe ser analizado de cara a las circunstancias del caso que se plantee, pues su sola procedencia legal no lo hace eficaz e idóneo en todos los asuntos. Este aspecto, también le corresponde ser valorado por el juez constitucional de tutela y determinar así los efectos del fallo de tutela.

⁷ Al respecto, ver las Sentencias T- 300 de 2010, T-1316 de 2001; T.225 de 1993, entre otras. La primera se refirió al concepto es estudio en los siguientes términos: “*que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.*”.

Del mismo modo, la existencia real de un mecanismo de defensa debe ser analizado de cara a las circunstancias del caso que se plantee, pues su sola procedencia legal no lo hace eficaz e idóneo en todos los asuntos. Este aspecto, pues, también le corresponde ser valorado por el juez constitucional de tutela y determina, se reitera, los efectos del fallo de tutela.

4.5. Del marco normativo y jurisprudencial aplicable

Del derecho a elegir y ser elegido. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se introdujo un nuevo norte político y social para Colombia dentro del cual se determinó que es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, empero garantiza la descentralización, la autonomía de sus entidades territoriales y la democracia participativa y pluralista; lo anterior, sujeto al respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y prevalencia del interés general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Norma Superior.

Así, para dar aplicación a la consagración estatal enunciada previamente, estableció el derecho fundamental a elegir y ser elegido como una forma de efectivizar el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. De tal manera, el artículo 40 de la Constitución Política, dice:

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

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

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. [...]».

En este orden de ideas, en Sentencia T-232 de 2014 la Corte Constitucional sostuvo que el referido bien ius fundamental tiene una doble connotación que constituye su núcleo esencial de la siguiente manera:

«[...] Partiendo del supuesto anterior, el derecho a elegir y ser elegido es, entonces, un derecho de doble vía, en el entendido de que se permite al ciudadano concurrir activamente a ejercer su derecho al voto o, también, a postular su nombre para que sea elegido a través de este mecanismo. Para la Corte Constitucional, la primera connotación es sinónimo de la libertad individual para “acceder a los medios logísticos necesarios e informativos para participar efectivamente en la elección de los gobernantes, en una doble dimensión de derecho-función⁸9”. En el mismo sentido, la segunda característica, que podríamos llamar pasiva, “consiste en el derecho que se tiene a ser elegido como representante de los votantes en un cargo determinado”¹⁰. [...]».

A su vez, previamente el Máximo Tribunal Constitucional ya había señalado que el derecho al sufragio tiene unos elementos que conforman su núcleo esencial, los cuales son¹¹:

« [...] El núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales. El derecho al sufragio es un derecho fundamental de aplicación inmediata; en consecuencia, su componente prestacional no lo convierte en un derecho de carácter programático cuya efectividad se encuentre librada a contingencias económicas o a decisiones políticas futuras. [...]».

La democracia participativa, los derechos políticos, el control del poder político y las prohibiciones al derecho a la participación en política. Ahora bien, la forma de gobierno adoptada por la República de Colombia va más allá de una democracia representativa en la que los ciudadanos se limitan a ejercer su derecho al voto para materializar su derecho a elegir, sino que en el escenario estatal prima la connotación de democracia participativa, en la que la población cuenta con unos instrumentos, denominados derechos políticos, que les otorgan mayor injerencia en la toma de decisiones, estructura y procesos políticos, a través de diferentes mecanismos. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-077 de 2018, consideró:

«[...] Los derechos políticos son instrumentos con los que cuentan los ciudadanos para incidir sobre la estructura y el proceso político de los cuales hacen parte. Son potestades que surgen en razón de su calidad de ciudadanos. Como señala la

⁸ “Sentencia T-324 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

⁹ Sentencia T-510 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Sentencia C-955 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Sentencia T-324 de 1994 de la Corte Constitucional.

doctrina, los derechos políticos son las “titularidades de las que se desprenden los mecanismos por medio de los cuales la ciudadanía se ejerce.”¹²

El alcance de los derechos políticos depende, entre otros aspectos, de la forma de gobierno adoptada por cada Estado. Conforme a una de las definiciones más tradicionales y aceptadas en la ciencia política, los derechos políticos en los sistemas democráticos deben permitir, como mínimo, que los ciudadanos elijan a sus gobernantes en elecciones periódicas y competitivas.¹³ No obstante, ésta es una definición minimalista de democracia que pretende distinguir entre democracias y regímenes autoritarios, que no da cuenta de que en realidad existen distintos tipos de democracia, a los cuales corresponde ámbitos más o menos amplios de protección de los derechos políticos.¹⁴

Por un lado, en las democracias representativas los ciudadanos ejercen sus derechos políticos depositando su voto periódicamente para entregar un mandato a una persona que gestionará sus intereses en elecciones competitivas. En ese escenario es especialmente relevante el derecho al voto porque es la vía para manifestar su voluntad en torno a las personas que van a ejercer su representación en el gobierno. Históricamente este derecho corresponde a una serie de conquistas sociales que se han ido dando gradualmente, y que aún hoy son objeto de debate, incluso en democracias consolidadas.¹⁵

Por otro lado, en las democracias participativas los derechos políticos permiten que los ciudadanos tengan mayor injerencia en el proceso de toma de decisiones en diversos escenarios públicos, más allá de la elección de sus gobernantes. En este tipo de democracia, los ciudadanos ejercen el control no sólo sobre las personas que los gobiernan sino sobre las decisiones mismas de estos gobernantes, y participan activamente en los procesos de toma de decisiones públicas, a través del ejercicio de diversos mecanismos de participación y control.

[...]

No obstante, el énfasis en la participación y el control en una democracia participativa no pretende restar importancia al ejercicio del derecho a elegir a sus gobernantes, ni a los demás derechos derivados de la representación política. Por el contrario, el objetivo del constituyente al caracterizar nuestra democracia con el adjetivo de “participativa” fue, entre otras, el de darle efectividad a la representación que los gobernantes ejercen.

Con ese propósito, la Constitución creó una serie de mecanismos para controlar a estos representantes y garantizar que los gobernantes no se aparten del mandato y de la confianza que los ciudadanos les confieren. Al respecto, la Corte ha precisado que “[c]on esta nueva mirada, no puede entenderse que el derecho político a elegir a los miembros de las Corporaciones públicas de decisión se agote únicamente con el ejercicio al voto.”¹⁶

En una democracia participativa, el ciudadano “está llamado a tomar parte en los procesos de toma de decisiones en asuntos públicos”¹⁷. Por lo tanto, es indispensable que existan mecanismos adecuados para permitir que efectivamente la ciudadanía

¹² Picado, Sonia. 2007. *Derechos Políticos como Derechos Humanos*. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* — 2ª ed. — México : FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. Pág. 48.

¹³ Dahl, Robert. 1972. *Poliarchy: Participation and Opposition*. Yale University Press.

¹⁴ Collier, David y Steven Levitsky. 1997. “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”. En *World Politics* 49:3 pp. 430-451.

¹⁵ Ver Brunell, Thomas. 2008. *Redistricting and Representation: Why Competitive Elections are Bad for America*. Routledge.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

manifieste su opinión política, de tal modo que ésta sea tenida en cuenta por las autoridades públicas. De lo contrario, si no existen canales adecuados para que los ciudadanos puedan expresarse y garantizar la efectividad de su mandato, no será posible sostener el postulado de democracia participativa, pues su capacidad para tener injerencia sobre el gobierno seguirá limitada únicamente a la facultad para depositar su voto para elegir a sus gobernantes.

Los derechos políticos pueden clasificarse de múltiples formas, pero para efectos de la participación política, que es el tema que ocupa la atención de la Sala, es posible encontrar derechos de participación directa (iniciativa legislativa, referendos, entre otros), de acceso a la función pública y derecho al sufragio.

En todo caso, los derechos políticos permiten que haya una participación activa por parte de los ciudadanos, indispensable para la consolidación de una democracia participativa que se nutre de las manifestaciones políticas de los sujetos que la conforman. Los derechos políticos son, por lo tanto, garantías encaminadas a permitir que los ciudadanos incidan sobre el ejercicio del poder político, los cuales se ejercen en cada caso concreto a través de procedimientos o mecanismos de participación específicos.

Vale la pena resaltar que la configuración legislativa y reglamentaria debe estar estructurada de tal manera que el derecho respectivo pueda ejercerse de manera efectiva. En esa medida, resultaría contrario al principio de democracia participativa que el Legislador o las autoridades administrativas impusiesen cargas desproporcionadas u obstáculos irrazonables, que de otra manera hiciesen nugatorio el ejercicio de sus derechos políticos.

Estos obstáculos desincentivan la participación e impiden a la ciudadanía incidir sobre los procesos de toma de decisiones públicas. Además, generan consecuencias indeseadas para el sano funcionamiento de una democracia, pues cuando se margina a la ciudadanía de los procesos de toma de decisiones los asuntos públicos suelen no ser debatidos suficientemente, lo cual puede llegar a hacerlos arbitrarios.

En este orden de ideas, los derechos políticos constituyen garantías indispensables para la efectividad de la democracia constitucional, pues sólo si aquellos son eficaces es posible concretar y materializar esta fórmula política. Dicho en otros términos, aunque existen múltiples y disímiles conceptos de democracia, es uniforme aceptar que ésta es empírica y normativamente cierta si: i) el régimen constitucional asegura que los ciudadanos, directamente o por intermedio de sus representantes, se gobiernan a sí mismos y gozan de recursos, derechos e instituciones para hacerlo, ii) los gobernados pueden ejercer control político o judicial de los actos de los gobernantes, iii) el sistema garantiza pluralismo, equilibrio de poderes y tolerancia por la diferencia y, iv) los ciudadanos tienen derecho a expresar libremente sus ideas en la contienda electoral y la vida política de la sociedad, sin peligro a represalias¹⁸. [...]»

De tal manera, la Constitución Política, en su artículo 103 estableció las formas de participación democrática y los mecanismos idóneos, dejando a la Ley su reglamentación, de la siguiente manera: «Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

¹⁸ En cuanto a los significados, condiciones y “mínimos” de la democracia, se consultó: Del Águila, Rafael. 2009. *Manual de Ciencia Política*. Sexta Edición. Editorial Trotta.

[...]», y, así mismo, fijó algunas prohibiciones constitucionalmente aceptadas tales como las preceptuadas en los artículos 127 y 219 de la norma fundamental, así:

«[...] ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. [...]».

«[...] ARTICULO 219. La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley.

Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos. [...]».

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-794 de 2014, analizando la constitucionalidad de la falta consagrada en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002¹⁹, estableció que aquella coincide en varios aspectos con la prohibición enunciada en el segundo inciso del artículo 127 de la Constitución Política, por lo cual consideró pertinente precisar el significado de esta disposición y la forma en que se relaciona con el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y del derecho a la participación, de la siguiente manera:

« [...] 5.3.3. La prohibición de participar en política dirigida a los empleados del Estado se apoya en importantes razones constitucionales que se desprenden de una lectura sistemática de la Carta. En efecto, dicha restricción tiene por objeto (i) preservar el principio de imparcialidad de la función pública, de la apropiación del Estado por uno o varios partidos; (ii) asegurar la prevalencia del interés general sobre el interés particular, ya grupista, sectorial o partidista; (iii) garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones políticas, del trato privilegiado e injustificado que autoridades o funcionarios puedan dispensar a personas, movimientos o partidos de su preferencia; (iv) proteger la libertad política del elector y del ciudadano del clientelismo o la coacción por parte de servidores del Estado, mediante el uso abusivo

¹⁹ Números 1 y 2 del artículo 60 de la Ley 1952 de 2019 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

de la investidura oficial y la utilización de los recursos del público; y (v) defender la moralidad pública de la utilización o destinación abusiva de bienes y dineros públicos. En suma, tales principios, valores y derechos constitucionales explican y justifican la limitación de derechos de participación política de que son objeto los servidores del Estado.

5.3.4. La prohibición del artículo 127 debe delimitarse de manera que se armonicen las restricciones que de allí se desprenden con las normas constitucionales e internacionales que protegen la libertad de expresión y la participación. La interpretación de la prohibición no puede resultar tan amplia que termine por vaciar de contenido garantías constitucionales centrales en un Estado genuinamente democrático. Tampoco, por otro lado, puede resultar tan estrecha que prive de significado el límite que el constituyente fijó para asegurar que las funciones asignadas al Estado se desarrollen con estricta sujeción a la primacía del interés general sobre el particular y al principio de imparcialidad. En esa dirección es necesario tomar en consideración que “la prohibición de participar en el debate político, es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce una función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones.”

Para evitar una interpretación excesiva o deficiente, la Corte considera que la prohibición que enuncia el inciso segundo del artículo 127 de la Carta comprende la conducta dirigida a intervenir activa o pasivamente en las diferentes disputas con incidencia electoral directa, apoyando o rechazando, una causa, una organización política o un candidato. No hace parte del significado constitucional de las expresiones “actividades de los partidos y movimientos” y “controversias políticas”, comportamientos que al margen de un debate electoral o de una disputa partidista, tienen como resultado o pueden ser interpretados como la emisión de una opinión o la presentación de una postura respecto de un asunto de interés general. Esta conclusión se fundamenta en varias razones.

5.3.4.1. De los debates que se adelantaron en la Asamblea Constituyente respecto de la redacción del artículo 127 se desprende que el eje fue la preocupación por los riesgos asociados a la actuación de funcionarios para favorecer causas políticas partidistas, empleando los privilegios o poderes que se ostentan al tener tal condición. Fue por tal razón que durante las discusiones se hizo referencia permanente a la actividad partidista y se plantearon diferencias entre esa participación y la intervención en otro tipo de actuaciones relacionadas, por ejemplo, con el control de la gestión pública.

5.3.4.2. Una interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la prohibición de participar en actividades de partidos y movimientos así como en controversias políticas no se erige en un impedimento para que los empleados del Estado -bajo la condición de no incidir directamente en el debate partidista o en la contienda electoral- intervengan o asuman posiciones respecto de materias de relevancia colectiva y, que por ello tienen un significado político en el sentido más amplio del término. Semejante postura haría inviable la armonización del artículo 127 de la Carta con las disposiciones que permiten que los empleados del Estado promuevan procesos de participación y deliberación tal y como ocurre con varios de los mecanismos establecidos para controlar el poder político.

Es claro que la Constitución en esta materia no se opone a que los ciudadanos, incluso quienes sirven al Estado, intervengan en controversias que reflejan disputas ciudadanas –sin propósitos electorales o partidistas directos- alrededor de los propósitos que debe perseguir el Estado y los medios para alcanzarlos. Los problemas de la comunidad conciernen a todos y, en esa medida, el Estado debe facilitar la participación de todos en la vida política (art. 2) y los ciudadanos cumplir ese deber (art. 95.5).

Una interpretación extensiva de la prohibición prevista en el artículo 127 afecta competencias o derechos de empleados cuyo ejercicio se encuentra garantizado tal y como ocurre, por ejemplo, con el denominado poder-deber de comunicación de algunos funcionarios. La Corte ha reconocido que los servidores públicos tienen no solo la facultad sino también el deber de comunicarse de forma permanente con los ciudadanos a fin (i) de divulgar información relativa a materias de interés general, (ii) de formular opiniones respecto de las políticas gubernamentales emprendidas, (iii) de defender las gestiones realizadas o (iv) de ofrecer respuestas a quienes cuestionan sus ejecutorias. Según la Corte estas últimas actuaciones quedan comprendidas por el “natural desarrollo de la democracia” y admiten “apreciaciones subjetivas formuladas a partir de criterios personales.”

En este punto cabe recordar que la Constitución emplea el término “política” al referirse a una diversidad de materias cuyo desarrollo se encuentra a cargo de diferentes funcionarios del Estado y que exige su participación directa en la formulación, discusión, ejecución y divulgación. Ello ocurre, entre otras, con la política exterior (art. 9), la política de previsión, rehabilitación e integración social (art. 47), las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas (art. 49), las políticas salariales y laborales (art. 56), la política en materia de televisión (art. 77), la política comercial (150.19.c), las políticas ministeriales (art. 208), la política criminal (art. 250), la política para la enseñanza de derechos humanos (art. 282) y la política económica, social y ambiental (art. 339)

Una interpretación moderada de la locución “controversias políticas” se impone también dado que, de lo contrario, podría tornarse imposible el ejercicio de determinadas competencias atribuidas a funcionarios que hacen parte de los órganos a los que se refiere el segundo inciso del artículo 127 y que por su naturaleza dan lugar a debates sobre asuntos generales y, en un sentido más amplio, políticos. En efecto competencias relativas (i) a la presentación de proyectos de ley por parte de órganos o funcionarios como el Consejo de Estado (art. 237.4), el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257.4), el Contralor General de la República (art. 268.9), el Procurador General de la Nación (art. 278.3) o el Defensor del Pueblo (art. 282.6), y (ii) a la participación en la formulación de políticas como en el caso del Fiscal General de la Nación (art. 251.4), no podrían desarrollarse válidamente si la expresión “controversias políticas” fuese entendida en un sentido lato.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre respecto de los miembros de la fuerza pública según el artículo 219 de la Carta, no existe una restricción, aplicable al resto de ciudadanos –incluyendo a los empleados del Estado- para deliberar sobre los asuntos de interés general. Por el contrario, la democracia participativa implica que, además de las manifestaciones representativas, es necesario que los ciudadanos intervengan activamente en las decisiones que los afectan (arts. 2, 40 y 95.5). Ello exige una ciudadanía deliberante y la tutela de las libertades que son funcionales a la discusión. Aceptar que el segundo inciso del artículo 127 impone una limitación a la posibilidad de deliberar, amplía excesivamente una prohibición que tiene como destinatarios exclusivos a los miembros de la fuerza pública. Se trataría, en contra de su carácter especial, de una prohibición para todos, incompatible con un régimen democrático. [...]».

Una vez precisado el contenido y alcance de derechos políticos como el sufragio y la participación en política, así como las prohibiciones fijadas en la Constitución y su positivización en la norma disciplinaria, es pertinente mencionar que la Procuraduría tiene la competencia preferente para ejercer el poder disciplinario, sin embargo, existe un fuero disciplinario que es la prerrogativa que la norma

constitucional o la Ley confiere a ciertos servidores públicos en virtud de la cual el juzgamiento de su conducta por hechos u omisiones que cometan en ejercicio de su cargo o por razón de él debe llevarse a cabo por autoridades distintas a las ordinarias.

De tal manera, la autoridad encargada de investigar, amonestar y/o sancionar a quien ostenta la calidad Presidente de la República, conforme al artículo 235 de la constitución Política es la Corte Suprema de Justicia:

«[...] ARTICULO 235. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...]

3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los [numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia. [...]».

Por su parte, el artículo 174 de la Constitución Política, establece:

«[...] ARTICULO 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos. [...]».

Así, el alcance de la citada norma fue reafirmado por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-558 de 1994, en la que sostuvo:

«[...] Ciertamente el Fiscal General de la Nación, como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la República, gozan de fuero constitucional para efectos del adelantamiento de investigaciones disciplinarias originadas en hechos u omisiones cometidos por tales funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 174 C.N.), y por tanto, solamente pueden ser investigados por el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes.

Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos públicos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena (art. 175-2 C.N.).

Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

El Artículo 178-4 de la Carta, asigna a la Cámara de Representantes la función de "Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al presidente de la República, o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación [...]».

Por su parte, en cuanto a la competencia para investigar disciplinariamente al Comandante de las Fuerzas Militares, la Ley 1862 de 4 de agosto de 2017²⁰, en su artículo 94, establece:

«[...] ARTÍCULO 94. ATRIBUCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA. Las atribuciones y facultades disciplinarias se ejercerán por el Presidente de la República, el Ministro de Defensa Nacional y los oficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo y los suboficiales en los términos previstos en la presente ley.

En caso de que la investigación deba adelantarse contra el Jefe de Estado Mayor Conjunto o Comandante de Fuerza, será competente para conocer y fallar en primera instancia el Comandante General de las Fuerzas Militares y en segunda el Ministro de Defensa Nacional.

Cuando la investigación se adelante contra el Comandante General de las Fuerzas Militares, conocerá en primera instancia el Ministro de Defensa Nacional y en segunda el Presidente de la República. [...]».

4.6. De la solución planteada al caso concreto – Improcedencia por falta de subsidiariedad.

Vista la normatividad y la jurisprudencia aplicables al presente asunto para determinar la procedencia de la acción de tutela, es pertinente destacar que la parte accionante alega que los señores Presidente de la República y Comandante del Ejército Nacional, vulneran su derecho fundamental a la participación en política, en atención a que presuntamente han efectuado algunos pronunciamientos relacionados con la actual campaña presidencial en distintas circunstancias.

Sin embargo, esta Sala de decisión advierte que la pretensión de la parte actora está relacionada con una prohibición constitucional que tienen los funcionarios públicos y los miembros de las Fuerzas Militares de intervenir en discusiones

²⁰ Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar.

políticas con fines electorales, la cual está contemplada como un tipo disciplinario en la normatividad aplicable.

En este orden de ideas, conforme lo preceptuado en la Ley 734 de 2002²¹, la Ley 1952 de 2019²² y la Ley 2094 de 2021²³, es claro que, en principio, la competencia preferente para investigar conductas relacionadas con faltas disciplinarias se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación, máxime si se trata de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la Ley.

Lo anterior, sin perjuicio de aquellos que ostentan un fuero disciplinario especial, eventualidad en la cual debe seguirse el procedimiento fijado en la normatividad aplicable, como puede observarse en el acápite pertinente de esta providencia, de tal forma los supuestos fácticos y jurídicos en los que el tutelante sustenta el reclamo constitucional formulado deben ser discutidos y planteados en uso del mecanismo idóneo de protección que, en este caso, corresponde a la jurisdicción disciplinaria, pues es la llamada a garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Así pues, no debe desconocerse que la incursión en cualquiera de las conductas previstas en la Ley disciplinaria que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente.

Corolario de lo expuesto, esta Sala de decisión concluye que es improcedente el amparo, por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad. En el caso concreto, el accionante tiene la posibilidad de ejercer los mecanismos de defensa procedentes, como poner en funcionamiento la acción disciplinaria a través de la

²¹ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

²² Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

²³ Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones.

respectiva queja, pues su pretensión tiene que ver, se reitera, con una falta disciplinaria relacionada con la intervención en política.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

V. FALLA

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por el señor Nicolás Ramos Barbosa, contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional Electoral, el Ministerio de Defensa y el Comandante del Ejército Nacional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia por telegrama o por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

TERCERO. En acatamiento de las disposiciones del artículo 31 ibídem, **DE NO SER IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(Firma electrónica)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firma electrónica)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Se deja constancia que esta providencia se firma de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad del presente documento en el link: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co>: 8081/vistas/ documento/evalidador.