

SU355-15

Sentencia SU355/15

(Bogotá D.C., 11 de junio de 2015)

COMPETENCIA DE LA PROCURADURIA GENERAL PARA IMPONER SANCION DISCIPLINARIA DE
DESTITUCION E INHABILIDAD GENERAL A SERVIDOR PUBLICO-No vulnera el artículo 25 de la
Convención Americana de Derechos Humanos ni el artículo 93 de la Constitución Política

CONTROL DISCIPLINARIO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION EN RELACION CON
SERVIDORES PUBLICOS INCLUSIVE LOS DE ELECCION POPULAR-Competencia

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-Improcedencia
general

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-Procedencia
excepcional

La jurisprudencia constitucional admite en la actualidad la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios. Esa procedencia es excepcional dado que el ordenamiento jurídico prevé medios ordinarios idóneos para adelantar su control judicial. Por ello la procedibilidad de la solicitud de tutela depende de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, evaluado en concreto y, cuya configuración exige (i) la existencia de motivos serios y razonables que indiquen la posible violación de garantías constitucionales o legales; (ii) la demostración de que el perjuicio puede conducir a la afectación grave de un derecho fundamental; (iii) la verificación de que el daño es cierto e inminente -de manera que la protección sea urgente-; (iv) que se trate de derechos cuyo ejercicio se encuentre temporalmente delimitado; y (v) que los medios disponibles no sean lo suficientemente ágiles para juzgar la constitucionalidad y legalidad de los actos sancionatorios.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-
Ley 1437 de 2011 art. 229

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-

Medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión provisional, según ley 1437/11

El artículo 230 establece la tipología de las medidas cautelares, prescribiendo que ellas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir ordenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

SUSPENSION PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procede por violación de las normas invocadas o en la solicitud que se formule

La suspensión provisional procede por la violación de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja o brote del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. En ese contexto, si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios, será necesario probar de forma sumaria que ellos existen (primer párrafo del artículo 231).

MEDIDAS CAUTELARES ORDINARIAS Y MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Oportunidad para decretarlas

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE ALCALDE-Improcedencia en el caso Petro, por cuanto existe el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho y el régimen de medidas cautelares como la suspensión provisional, según ley 1437/11

Referencia: Expediente T-4.325.260.

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha cinco (5) de marzo de 2014 que confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela.

Accionante: Gustavo Francisco Petro Urrego.

Accionado: Procuraduría General de la Nación.

Magistrado ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. El señor Gustavo Francisco Petro Urrego -en adelante el Alcalde-, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación -en adelante PGN- por considerar violados sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. Las actuaciones adelantadas por la PGN en el trámite del proceso disciplinario - radicado No. IUS 2012-447489 IUC D2013-661-576188 y la decisión comunicada por el Procurador General de la Nación[1] -en adelante PrGN- según la cual la PGN “había llegado a la certeza de la comisión de las faltas imputadas en el pliego de cargos y que, por ello, la Procuraduría General de la Nación impuso como sanción al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO la destitución del cargo y la inhabilidad general por el término de QUINCE años para ejercer funciones públicas.”

1.1.3. Pretensiones de la demanda.

(i) Se declare la prosperidad de la acción y, en consecuencia, se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria en contra del accionante así como la eventual decisión

que resuelva el posible recurso de reposición en caso de resultar desfavorable. (ii) Subsidiariamente se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa del acto sancionatorio, se suspenda la providencia que contiene dicha sanción y la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera en caso de resultarle desfavorable al accionante. (iii) Consecuencialmente a la prosperidad de las pretensiones alternativas, se garantice el pleno ejercicio de los derechos del accionante, especialmente los políticos de elegir y ser elegido, y en desarrollo de ello, su desempeño como Alcalde Mayor de Bogotá elegido para el período 2012-2016.

1.1.4. Fundamentos de la procedencia de la acción de tutela.

1.1.4.1. El accionante advierte que no existe un medio de defensa judicial eficaz, de carácter ordinario, que le permita cuestionar la decisión adoptada. El trámite de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho carece de la sencillez, rapidez y efectividad para la protección de los derechos vulnerados en tanto al momento de resolverse, el período constitucional del Alcalde habrá fenecido.

1.1.4.2. En este caso se presenta también un perjuicio irremediable dado que, en la práctica, la decisión de la PGN anula el derecho de participar en el ejercicio del poder político reconocido en el artículo 40 de la Constitución y, en particular, los derechos a ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Le impide cumplir el período constitucional en su condición de Alcalde luego de haber sido elegido “en un franco y limpio debate democrático, que implicaba la renovación de la clase política y dirigente de la ciudad.” En este caso, de no conferir la protección transitoria se producirá, inevitablemente, un perjuicio irremediable.

En adición a lo anterior se genera también tal perjuicio respecto de los derechos al buen nombre y a la honra como consecuencia de la imposición irregular de una sanción.

1.1.5. Fundamentos de la violación de los derechos fundamentales.

1.1.5.1. Violación del debido proceso por desconocimiento de la presunción de inocencia.

La PGN no probó los elementos que permitan desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña la actuación de todos los servidores públicos. En particular, no se acreditó el incumplimiento de ninguno de los deberes funcionales, la ilicitud sustancial del comportamiento del Alcalde así como tampoco el dolo o la culpa grave.

1.1.5.2. Violación del debido proceso por desconocimiento del deber de actuar imparcialmente.

Del contenido del pliego de cargos formulado en contra del Alcalde se desprende el desconocimiento de la obligación de la PGN de actuar imparcialmente dado que hechos que hasta ese momento deberían considerarse “presuntos”, se dan por absolutamente probados. Ello implica que antes de la adopción del fallo disciplinario ya se conocía su sentido.

La carencia de imparcialidad se refleja también en el hecho de que en la práctica de algunas pruebas el funcionario comisionado daba por probado un hecho y, a partir de esa afirmación, procedía a formular una pregunta.

No es posible concluir, a partir de las pruebas que obran en el expediente que el Alcalde haya ordenado directa o indirectamente una actuación al margen de la ley y, por el contrario, lo que se constata es una actuación ajustada al ejercicio de sus funciones. La infracción de la imparcialidad se desprende también “de la inusitada celeridad” que se imprimió al proceso.

Adicionalmente, considerando el contenido del comunicado de prensa de fecha nueve (9) de diciembre de 2013 leído por el PrGN y en el que se afirma tener certeza de la comisión de las faltas, puede concluirse que la vía gubernativa no es garantía de un análisis objetivo de las razones presentadas.

1.1.5.3. Violación del debido proceso al sancionar al Alcalde por el desconocimiento del numeral 31 del artículo 48, a pesar de la falta de tipicidad de la conducta y la inexistencia de dolo.

El numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 establece como falta disciplinaria “participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del

patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”

No existe prueba alguna de que el Alcalde hubiera (i) participado -en tanto no hace parte de sus competencias- en la elaboración de los estudios previos o en la celebración del convenio interadministrativo celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -en adelante UAESP- y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -en adelante EAAB- o (ii) influenciado, ordenado o instruido a los funcionarios de las entidades distritales a actuar por fuera de lo previsto en el ordenamiento jurídico.

La actuación del Alcalde se inscribió en su ámbito funcional consistente en orientar las políticas para la correcta prestación de los servicios públicos. Sus instrucciones consistieron en que se adelantaran los estudios requeridos. De hecho, las determinaciones adoptadas por el Alcalde lo fueron en desarrollo del Auto 275 de 2010 de la Corte Constitucional.

La decisión del Alcalde para que el servicio de aseo fuera garantizado a través de empresas de servicios oficiales se encuentra comprendida por lo que en esa dirección establece el artículo 365 de la Carta y el numeral 5.1 del artículo 5º de la ley 142 de 1994. Adicionalmente ella se apoyó en la posibilidad de descentralizar en algunas entidades la prestación de los servicios públicos.

No es posible afirmar la existencia de una actuación dolosa con apoyo en que el Alcalde conoció algunas comunicaciones de la Procuraduría que le advertían acerca de la ilegalidad de la operación. De hecho, esa comunicación fue remitida por el Alcalde a los funcionarios respectivos de la UAESP y de la EAAB. En adición a ello, la violación de los derechos del Alcalde tuvo su origen en el ejercicio de la función preventiva por parte de la Procuraduría que desconoció el derecho de la UAESP de recibir, en virtud de la reversión, los vehículos compactadores que venían siendo utilizados por los particulares.

1.1.5.4. Violación del debido proceso al sancionar al Alcalde por desconocimiento del numeral 60 del artículo 48 a pesar de la evidente falta de tipicidad de la conducta y la inexistencia de dolo.

El numeral 60 del artículo 48 del CDU establece como falta gravísima del servidor público “ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la

prevista en la norma otorgante.” Según la PGN el Alcalde implementó con la expedición del Decreto 564 de 2012 un modelo de aseo que vulnera las libertades de empresa y competencia.

Tal afirmación es incorrecta[2] dado que (i) el Alcalde expidió el Decreto en ejercicio de sus competencias con la única finalidad de garantizar la prestación del servicio público y de cumplir las órdenes impartidas por la Corte Constitucional; (ii) el Alcalde no incurrió en dolo en tanto su propósito no consistió nunca en actuar por fuera del ordenamiento jurídico y, de hecho, se han producido decisiones judiciales que consideran válido el Decreto 564 de 2012, de manera que no es posible fundar el dolo en la existencia de un desacuerdo con la interpretación de la PGN; (iii) no se vulneró en forma alguna el principio de planeación y únicamente se articuló una política distrital; (iv) la determinación de la UAESP de celebrar el convenio interadministrativo con la EAAB así como la expedición del Decreto, no fueron actuaciones que tuvieran como propósito limitar la libre concurrencia sino, en otra dirección, garantizar en toda la ciudad la prestación del servicio público de aseo; y (v) no es posible fundamentar la existencia de una falta disciplinaria a partir de la violación de un principio según lo ha dicho la Corte Constitucional.

1.1.5.5. Violación del debido proceso al sancionar al Alcalde por desconocimiento del numeral 37 del artículo 48, a pesar de la ausencia de tipicidad de la conducta y la inexistencia de culpa gravísima.

El numeral 37 del artículo 48 del CDU establece como falta gravísima la actuación del servidor público consistente en “proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.”

Según la PGN, la determinación del Alcalde de autorizar la recolección de basura en vehículos no aptos para el efecto, derivó en enormes dificultades durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. Su actuación afectó el medio ambiente e implicó que los vehículos compactadores recién adquiridos puedan perderse debido a la incapacidad del Acueducto de Bogotá y de la empresa Aguas de Bogotá.

La conclusión de la PGN es incorrecta. En efecto (i) el Alcalde mediante la expedición del Decreto 570 de 2012 adoptó un conjunto de medidas encaminadas a enfrentar los problemas que se podrían derivar de la adecuación del sistema de aseo y lo hizo con fundamento en diferentes disposiciones jurídicas que permitían utilizar, en condiciones especiales, vehículos diferentes; (ii) las medidas tuvieron que adoptarse, entre otras cosas, por el hecho de que los particulares no procedieron a revertir los vehículos compactadores; (iii) según el monitoreo que se adelantó durante esos días no se puso en riesgo la salud pública ni el medio ambiente; (iv) el dictamen pericial practicado por la PGN no es acertado puesto que, entre otras cosas, hace deducciones equivocadas, interpreta incorrectamente las normas en las que se apoyaron las decisiones del Distrito y, en consecuencia, carece de suficiente fundamentación. En síntesis “no se ha tipificado la falta por la que fue sancionado el señor Alcalde, pues ni se expidió un decreto con desconocimiento o vulneración de las normas constitucionales o legales ni el decreto 570 de 2012 originó un riesgo grave a la salud, los ecosistemas o el medio ambiente.” Adicionalmente el incumplimiento de ese Decreto no es un asunto que le sea imputable al Alcalde.

1.1.5.6. Violación de los derechos políticos debido a la falta de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la restricción de los derechos políticos que en esa disposición se reconocen, solo es posible mediante condena por juez competente y en proceso penal, tal y como lo señaló la sentencia C-551 de 2003. De acuerdo con ello “el Procurador General de la Nación o sus delegados, serán incompetentes para llevar a cabo un procedimiento disciplinario como el que nos ocupa, en el cual todas las sanciones a las que se vería sometido el investigado restringen, limitan o suspenden sus derechos políticos, que se traducen en la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.”

En igual sentido se encuentra el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1º de septiembre de 2011 y que debe ser seguido por las autoridades colombianas. Acogiendo esos pronunciamientos se encuentra la sentencia adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 21 de septiembre de 2011.

1.1.5.7. Violación del debido proceso dado que la providencia disciplinaria incurre en defectos fácticos al desconocer diferentes pruebas incorporadas al proceso.

La decisión comunicada por el PrGN desconoció abiertamente diferentes pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso y que sustentan la inocencia del Alcalde. Así (i) en relación con el primero de los cargos, existe un número importante de testimonios que evidencian que en la adopción de las políticas que fueron cuestionadas por la PGN, el Alcalde solicitó que fueran implementadas de acuerdo con las normas vigentes y los estudios técnicos respectivos; (ii) en relación con el segundo de los cargos, del texto del Decreto así como de varios testimonios se desprende que ni expresa ni tácitamente se hubiera pretendido afectar la libre competencia dado que no se impide que otros actores - diferentes a las entidades del Distrito- concurren al mercado; y (iii) en relación con el tercer cargo, la prueba técnica aportada por la defensa así como los testimonios de los expertos evidencian que no se amenazó ni afectó el medio ambiente, pese a lo cual se otorgó absoluta credibilidad a los informes de la PGN. Adicionalmente, puede afirmarse (iv) que no fue considerado el contenido de la versión libre dada por el Alcalde -apoyada en documentos de la UAESP y la Secretaria de Ambiente- que pone de presente las posibles maniobras de los operadores privados para afectar el inicio del esquema transitorio con la intervención de un operador público. De acuerdo con lo señalado “la providencia disciplinaria objeto de reproche se tomó sin elementos fácticos razonables que les dieran sustento, pues la valoración probatoria no se realizó aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, y a las pruebas obrantes dentro del expediente se les dio consecuencias irrazonables y desproporcionadas a su naturaleza.”

1.1.5.8. La providencia disciplinaria incurre en defectos sustantivos al negar la aplicación del principio pro homine.

De conformidad con varios instrumentos internacionales es exigible que las autoridades de los Estados al interpretar los tratados, lo hagan de aquella forma que sea más favorable al ser humano. Este principio, también aplicable al derecho disciplinario según lo ha destacado la jurisprudencia, exigía de la PGN interpretar el ordenamiento “de tal manera que condujera a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las interpretaciones que restrinjan o limiten su ejercicio como las consignadas en las

providencias acusadas.”

1.1.5.9. Violación del debido proceso y de los derechos políticos como consecuencia del desconocimiento de las competencias del Presidente de la República.

En el comunicado de prensa de fecha 9 de diciembre de 2013 el PrGN dispuso destituir al Alcalde a pesar de que esa competencia, según lo previsto en el artículo 323 de la Carta –modificado por el Acto legislativo 2 de 2002- y en el artículo 44 del Decreto 1421 de 1993, le corresponde al Presidente de la República. Así “el constituyente estableció como función del Presidente de la República un poder disciplinario preeminente, fundamentado en la estructura constitucional del territorio, con el fin de establecer una salvaguardia para la sede de los máximos poderes legítimamente constituidos y precaver una eventual descomposición del orden público.”

2. Respuesta de la Procuraduría General de la Nación.

Mediante apoderado judicial, la PGN presenta escrito en el que procede a contestar la solicitud de tutela[3]. Indica que debe rechazarse por improcedente y, en caso de no acceder a tal solicitud, debe denegarse el amparo por la inexistencia de violación.

2.1. Como cuestión previa destaca que la acción de tutela es improcedente dado que la actuación disciplinaria no se encuentra terminada puesto que el fallo de única instancia aún se encuentra en etapa de notificación. En esa medida no se trata de una decisión que se encuentre en firme y frente a la cual, aun sin conocerla –debido a que no ha sido notificada-, se formulan cuestionamientos.

2.2. La acción de tutela es improcedente dado que no solo la actuación disciplinaria no ha concluido sino que, adicionalmente, el accionante dispone de medios judiciales alternativos para cuestionar, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, las decisiones que se adopten por parte de las autoridades disciplinarias. Esta conclusión encuentra un amplio apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación.

No es posible considerar la existencia de un perjuicio irremediable dado que el accionante todavía ostenta la condición de Alcalde Mayor de Bogotá puesto que la decisión no se encuentra en firme. En cualquier caso, la sola expedición de un acto administrativo

sancionatorio no constituye en sí mismo un perjuicio irremediable tal y como lo precisó la sentencia T-1093 de 2004 en la que se señaló que la configuración de tal perjuicio supone (i) que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia amenace con hacer nugatorio el ejercicio de los derechos; (iii) que el perjuicio sea cierto, inminente, grave y de urgente atención; y (iv) que los medios judiciales ordinarios no son suficientemente expeditos para examinar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias. De acuerdo con esas reglas puede concluirse que no procede la acción de tutela.

2.3. El pronunciamiento del juez de tutela no puede versar sobre el contenido de la decisión sancionatoria dado que se trata de un acto administrativo que aún no se encuentra en firme. En esa medida, la decisión del juez de tutela solo podría ocuparse de circunstancias suscitadas durante el curso del procedimiento disciplinario.

2.3.1. De la narración efectuada por los accionantes no se desprende violación alguna del debido proceso si se considera que ella pone en evidencia el respeto de todas las garantías procesales. Tal circunstancia puede constatarse al evaluar las condiciones bajo las cuales se desarrolló la actividad procesal y las actuaciones desplegadas por el accionante y sus apoderados en lo relativo a la presentación de descargos, a la controversia de las pruebas y a la formulación de las alegaciones del caso.

2.3.2. El argumento relativo a la violación de la imparcialidad y la presunción de inocencia, que se concreta en el disenso respecto de la forma en que se planteó el pliego de cargos, supone un desconocimiento de la naturaleza y contenido de tal decisión prevista en el artículo 163 del CDU. Dicha disposición ordena, sin que ello implique prejuzgamiento de ninguna naturaleza, precisar la conducta, indicar las pruebas relevantes, la identificación del autor y la forma de culpabilidad. Lo que se pretende es establecer la condición objetiva de la falta con el fin de que se realicen los descargos.

2.3.3. No es posible afirmar la existencia de una vía de hecho respecto de una decisión que el accionante no conoce en tanto no se ha notificado de la misma. Su argumentación parece entonces encontrarse dirigida contra el pliego de cargos respecto del cual ya tuvo

oportunidad de pronunciarse durante el trámite disciplinario.

2.3.4. No tiene razón el accionante en el cuestionamiento del ejercicio de la función preventiva por parte de la PGN. Tal función, que encuentra fundamento en el artículo 277 de la Carta y en el artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, tiene como finalidad impulsar el ejercicio adecuado de la función pública y, salvaguardar las garantías que deben ser ofrecidas a los ciudadanos. Bajo esa perspectiva se adelantaron actuaciones con el fin de promover la adecuada prestación del servicio público de aseo sin que implicaran la obligación de adoptar determinadas actuaciones en tanto se trataba únicamente “de simples recomendaciones”. De esta manera ello no implicó coadministración ni prejuzgamiento.

2.3.5. No se desconoce la prohibición de juzgar dos veces la misma situación dado que el objeto de las atribuciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio se refieren a la protección de la libre competencia al paso que las asignadas a la PGN tienen por objeto establecer el cumplimiento de los deberes a cargo de los servidores públicos. En todo caso, esta cuestión fue ya resuelta en el proceso y no le corresponde al juez de tutela, sino a la jurisdicción contencioso administrativa, pronunciarse a ese respecto.

2.3.6. La PGN es competente para imponer sanciones disciplinarias a todos los servidores públicos sin que ello desconozca el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A esta conclusión se arriba al considerar (i) que la sentencia C-028 de 2006 encontró ajustada a la Constitución y al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la competencia disciplinaria de la Procuraduría; (ii) que la sentencia SU712 de 2013 sostuvo que tal competencia también se ejerce respecto de servidores públicos de elección popular; (iii) que el Consejo de Estado ha afirmado la competencia de la PGN como juez disciplinario natural en providencia de fecha 11 de diciembre de 2012; y (iv) que la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el caso López Mendoza no es aplicable al que ahora se examina, debido a que se trata de supuestos sustancialmente diferentes si se tiene en cuenta que en ese “la Contraloría General de Venezuela impuso como sanción principal multa, para la cual tenía la competencia, y que en dicho momento no resultaba inhabilitante, posteriormente una autoridad diferente, careciendo de competencia y sin efectuar procedimiento alguno, incluyó como discrecional y accesoria a dichas multas la pena de inhabilidad.”

El recuento de los hechos relativos a la investigación disciplinaria se adelanta siguiendo la síntesis que de ellos hace la decisión de la PGN.

3.1. El origen de la investigación disciplinaria

En relación con la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., fueron presentadas ante la PGN varias quejas en contra del Alcalde. Tales quejas se formularon por el Secretario General de la Federación Regional de Trabajadores, Jorge Eliecer Miranda Téllez[4], por el señor Concejal de Bogotá, Orlando Parada Díaz[5], por el señor Personero de Bogotá, Ricardo María Cañón[6], y por el Defensor del Pueblo, Jorge Armando Otálora[7]. Igualmente al Procurador General de la Nación le fue remitido el “informe final de acompañamiento preventivo a la prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá” de la Procuraduría Delegada para la Función Pública[8].

Ya iniciada la investigación se formularon otras quejas en contra del Alcalde. Así lo hizo el Representante a la Cámara Miguel Gómez Martínez, el coordinador de veedores sin fronteras y presidente de la red de veedurías Pablo Bustos Sánchez, el Concejal Roberto Hinestrosa Rey, la Concejal María Victoria Vargas Silva y el señor Arturo Maldonado Medina. Igualmente se presentaron dos quejas anónimas.

3.2. La delegación de la investigación en la Sala Disciplinaria.

Mediante auto de fecha 11 de enero de 2013 el PrGN asumió conocimiento de las diligencias referidas a las quejas presentadas en contra del Alcalde y al informe preventivo presentado por la Procuraduría Delegada para la Función Pública, y delegó en la Sala Disciplinaria la competencia para adelantar la actuación por las presuntas irregularidades relacionadas con la prestación del servicio público de aseo[9]. Luego de que uno de los Procuradores Delegados de la Sala Disciplinaria se declarara impedido y que fuera aceptado dicho impedimento, el PrGN dispuso, en providencia de fecha 15 de enero de 2013, designar como Procurador Delegado adhoc de la Sala Disciplinaria a la Procuradora Delegada para la Contratación Estatal[10]. Posteriormente, mediante providencia de fecha 29 de abril de 2013, el PrGN dispuso reemplazar al procurador adhoc delegado[11].

3.3. La apertura de la investigación y la práctica de pruebas.

La Sala Disciplinaria, mediante auto de fecha 16 de enero de 2013, dispuso la apertura de investigación contra el Alcalde y ordenó, entre otras cosas, la práctica de algunas pruebas y escucharlo en versión libre[12]. Una vez fueron practicadas las pruebas allí ordenadas y las decretadas en otras providencias, en auto de fecha 24 de abril de 2013 la Sala Disciplinaria declaró el cierre de la investigación[13]. Luego resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Alcalde[14] en contra de dicha determinación, en auto de fecha 8 de mayo de 2013[15].

En providencia de fecha 9 de mayo de 2013 el PrGN negó la petición presentada por el Alcalde a fin de que reasumiera la investigación disciplinaria[16].

3.4. La versión libre del Alcalde y los cargos formulados.

Practicada la diligencia de versión libre al Alcalde los días 27 y 29 de mayo de 2013[17], la Sala Disciplinaria en decisión de fecha 20 de junio de 2013 formuló pliego de cargos en contra del referido funcionario[18]. Los cargos formulados por la Sala Disciplinaria de la PGN fueron los siguientes:

a) Cargo por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU a título de dolo y en condición de determinador. Dicho cargo fue así enunciado:

“Haber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S.A, E. S. P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.”

b) Cargo por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, a título de dolo. Dicho cargo fue así enunciado:

“Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.”

c) Cargo por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU, a título de culpa gravísima. Dicho cargo fue así enunciado:

“Haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, <<con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios>>, pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de Bogotá y para el medio ambiente.”

Los sujetos procesales rindieron los correspondientes descargos[19] formulando algunas solicitudes de nulidad que fueron decididas en providencia de fecha 25 de julio de 2013[20].

En contra de esta determinación se interpuso recurso de reposición por el apoderado judicial del Alcalde[21], que fue resuelto mediante decisión de fecha 12 de agosto de 2013[22].

La Sala Disciplinaria se pronunció respecto de la solicitud de pruebas el día 13 de agosto de 2013 disponiendo la práctica de algunas y negando otras[23]. En contra de tal determinación, el apoderado judicial del Alcalde formuló recurso de reposición[24] que fue decidido en providencia de fecha 29 de agosto de 2013 en la que se repuso parcialmente la providencia cuestionada[25].

3.6. El período probatorio y los alegatos de conclusión.

Luego de concluida la práctica de las pruebas, mediante auto de fecha nueve (9) de octubre

se ordenó el traslado a los sujetos procesales a efectos de que presentaran los alegatos de conclusión[26]. A su vez, el diez (10) de octubre la apoderada judicial suplente del Alcalde solicitó la expedición de copias del expediente y que la notificación del traslado para presentar alegatos de conclusión se efectuara una vez se produjera su entrega[27]. En auto de ese mismo día se dispuso autorizar la expedición de copias y negar la solicitud de ampliación del término para presentar alegatos[28]. El apoderado judicial del Alcalde presentó recurso de reposición en contra de la última decisión y, adicionalmente, en contra del auto que dispuso el traslado de alegatos[29]. Luego de ello dirigió memorial al PrGN reiterando el recurso presentado[30]. Posteriormente el Alcalde en escrito recibido el 15 de octubre de 2013, solicitó a la PGN copia de todo el expediente y la ampliación del término para alegar[31].

Sobre las peticiones referidas, en decisión de fecha 18 de octubre de 2013[32] la Sala Disciplinaria decidió (i) no reponer el auto mediante el cual se dispuso el traslado para presentar alegatos, (ii) no reponer el auto mediante el cual se autorizaron las copias y negar la ampliación del término de alegatos, (iii) reanudar el término de traslado de los alegatos de conclusión y (iv) autorizar las copias correspondientes.

Finalmente el apoderado judicial del Alcalde presentó el día 6 de noviembre de 2013 los alegatos de conclusión solicitando la absolución del Alcalde por la totalidad de cargos imputados[33].

3.7. El fallo del nueve (9) de diciembre de 2013.

Mediante providencia de fecha nueve (9) de diciembre de 2013 la Sala Disciplinaria adoptó la decisión correspondiente al fallo de única instancia[34] y dispuso, en síntesis, (i) denegar las solicitudes de nulidad planteadas por los sujetos procesales -resolutivo primero-; (ii) declarar probado y no desvirtuado el primer cargo formulado en contra del Alcalde y como consecuencia de ello, declararlo disciplinariamente responsable, a título de dolo y en la modalidad de determinador, de la falta gravísima prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU -resolutivos segundo y tercero-; (iii) declarar probado y no desvirtuado el segundo cargo formulado en contra del Alcalde y, como consecuencia de ello declararlo disciplinariamente responsable, a título de dolo, de la falta gravísima prevista en el numeral 60 del artículo 48 del CDU -resolutivos cuarto y quinto-; (iv) declarar probado y no

desvirtuado el tercer cargo formulado en contra del Alcalde y como consecuencia de ello, declararlo disciplinariamente responsable, a título de culpa gravísima, de la falta gravísima prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU –resolutivos sexto y séptimo-; (v) imponer como sanción a la destitución y la inhabilidad por el término de quince (15) años –resolutivo octavo-; (vi) notificar la decisión indicando que contra ella procede el recurso de reposición y, una vez ejecutoriada, efectuar las comunicaciones previstas en el artículo 172 del CDU llevando a cabo los trámites para el registro de la sanción –resolutivos noveno y décimo-.

3.8. El recurso de reposición y el escrito de recusación.

En escrito de fecha 31 de diciembre de 2013 el apoderado judicial del Alcalde formuló recurso de reposición[35] en el que solicitó (i) que se revocara el fallo adoptado en única instancia absolviendo de todos los cargos al Alcalde y, de manera subsidiaria (ii) que la PGN se abstuviera de imponer sanciones que vulneraran el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y se actuara de conformidad con lo establecido en el artículo 323 de la Constitución Política.

A su vez, el Alcalde presentó escrito en el que recusa al Procurador General de la Nación, a la Sala Disciplinaria integrada por Juan Carlos Novoa y Carlos Arturo Ramírez así como también a la Viceprocuradora General[36].

3.9. El fallo de fecha 13 de enero de 2014.

Mediante decisión de fecha 13 de enero de 2014 la Sala Disciplinaria resolvió el recurso de reposición y dispuso (i) rechazar las peticiones probatorias presentadas por los apoderados judiciales del Alcalde debido a su extemporaneidad y a su carácter innecesario; (ii) no reponer y, en consecuencia confirmar el fallo de fecha 9 de diciembre de 2013; (iii) denegar la petición subsidiaria presentada por el apoderado judicial del Alcalde consistente en que la Sala se abstenga de imponer la sanción disciplinaria; (iv) notificar la decisión advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso; (v) comunicar, en atención a lo establecido en el Decreto 1421 de 1993 y en el artículo 172 del CDU, el contenido de la decisión al Presidente de la República, funcionario competente para la imposición de la sanción; (vi) diligenciar el formulario de Registro de Sanciones Disciplinarias; y (vii) remitir al Fiscal General de la Nación copia de algunas de las diligencias enviadas por la Personería de Bogotá en las que se hizo referencia a que el Alcalde tenía “planes oscuros en contra de algunos operadores

privados”[37].

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 17 de enero de 2014[38].

Rechazó por improcedente la acción de tutela presentada[39]. Para ello, luego de referirse a la doctrina constitucional relativa a las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableció que a pesar de encontrarse satisfechas todas las causales genéricas, no se encontraba ninguna de las específicas y, en consecuencia, no podía prosperar la acción de tutela. Con fundamento en esa consideración indicó que la solicitud de amparo era improcedente dado que el accionante tenía a su disposición medios judiciales alternativos. En esa dirección sostuvo:

“Entonces, al establecerse que no se incurrió en vía de hecho en el fallo disciplinario cuestionado –bajo el estudio de las causales genéricas de procedibilidad- y por no estar probado que hubo violación de algún derecho fundamental del accionante, no es procedente que el juez de tutela intervenga en controversias que deben ser debatidas ante la autoridad judicial competente, mediante las acciones judiciales pertinentes. (...)”

Y más adelante concluyó:

“Por consiguiente observa la Sala que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para ventilar sus pretensiones, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 138 (...), vía idónea para reclamar y dejar sin efectos o declarar nulo un Acto Administrativo, lo que hace improcedente la presente acción de tutela. Además están previstos mecanismos cautelares que permiten, desde el comienzo de la actuación, sortear de manera efectiva la violación de derechos fundamentales y evitar la permanencia de los efectos de actos contrarios al orden jurídico.”[40]

4.2. Impugnación.

En escrito presentado el día 23 de enero de 2014 actuando a través de apoderado judicial, el Alcalde impugnó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando la revocatoria y, en su lugar, la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre del accionante.

4.3. Sentencia del Consejo de Estado de fecha 5 de marzo de 2014[41].

El Consejo de Estado confirmó la sentencia adoptada en primera instancia y, para ello, se apoyó en las siguientes razones.

4.3.1. El accionante cuenta con medios judiciales para cuestionar la validez de la decisión adoptada por la PGN. En esa dirección puede promover procesos de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la suspensión provisional de los actos administrativos correspondientes. La regulación actual de la suspensión provisional tiene igual prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela dado que se decide al momento de iniciar el proceso, de una parte, y se encuentra prevista para evitar un perjuicio irremediable, de otra. Adicionalmente la contradicción que se requiere para acceder a la solicitud de suspensión provisional no tiene el rigor del pasado a tal punto que, por ejemplo, es posible adelantar un estudio complejo para determinar si existe o no tal contradicción.

La eficacia de la medida no se afecta a partir del argumento según el cual es necesario que quien acude a ella agote previamente el requisito de conciliación dado que “es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia” y según el cual “desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar.”

4.3.2. Tampoco procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El perjuicio irremediable, como condición de procedencia transitoria de la acción de tutela, exige no solo que el perjuicio sea inminente y grave, y que las medidas de protección sean urgentes e impostergables, sino también que exista evidencia que permita constatar, “de manera desprevénida que ese perjuicio es injustificado y no

proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone” lo que coincide con los denominados presupuestos de procedibilidad. En esa medida, la ausencia de justificación y legitimidad existirá, por ejemplo, cuando se identifica una falta absoluta de competencia, una actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, una decisión fundada en normas que no pertenecen al ordenamiento jurídico o que desconoce el precedente.

En este caso no se evidencia la falta de competencia para adoptar la sanción prevista en el fallo adoptado por la Sala Disciplinaria de la PGN. En efecto, (i) la jurisprudencia ya ha reconocido la compatibilidad de la atribución de la PGN para imponer sanciones que restrinjan derechos políticos con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; (ii) la competencia de imponer la sanción de destitución no se opone a la regla prevista en el artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993 conforme a la cual el Presidente de la República destituirá al alcalde mayor cuando así lo haya solicitado el PrGN; (iii) que el proceso disciplinario haya sido adelantado por la Sala Disciplinaria se ajusta a las reglas que lo rigen dado que el PrGN puede, salvo que se trate del ejercicio de la competencia prevista en el artículo 278.1 de la Constitución, delegar en el Viceprocurador o en la Sala Disciplinaria, el desarrollo del procedimiento y la toma de la decisión según se desprende del inciso 3º del párrafo del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000.

Siendo ello así y teniendo en cuenta que la determinación disciplinaria cuenta con apoyo jurídico y probatorio, no se fundamentó en normas inexistentes o en un engaño y tampoco desconoció un precedente con fuerza vinculante, no es posible acceder a la solicitud de amparo como mecanismo transitorio[42].

5. Los procedimientos judiciales iniciados por el accionante ante la jurisdicción contencioso administrativa.

5.1. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y la solicitud de suspensión provisional.

5.1.1. Mediante apoderado judicial, el Alcalde presentó demanda el 28 de marzo de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que fue sustituida integralmente mediante

escrito de fecha 31 de marzo de 2014[43]. Solicitó (i) que se declare la nulidad del Acto Administrativo de fecha 9 de diciembre de 2013 proferido por la Sala Disciplinaria de la PGN mediante el cual se dispuso sancionar al Alcalde con la destitución del cargo y la inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de quince años; (ii) que se declare la nulidad del Acto Administrativo de fecha 13 de enero de 2014 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de fecha 9 de diciembre de 2013; (iii) que a título de restablecimiento se ordene el reintegro al cargo de Alcalde Mayor de Bogotá; y (iv) que se ordene a la PGN cancelar del registro de antecedentes disciplinarios la anotación correspondiente a la sanción disciplinaria impuesta. Adicionalmente solicitó (v) que se condene a la PGN a pagar al demandante todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta cuando se produzca el reintegro.

El demandante también solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos demandados[44].

5.1.2. Se expresaron como fundamento de las pretensiones de anulación y restablecimiento del derecho:

5.1.2.1. La falta de competencia de la Sala Disciplinaria para adelantar la investigación disciplinaria en contra del Alcalde dado que (i) no es competente para formular un juicio de reproche respecto de la adopción de una determinada política pública; (ii) no es competente para juzgar la validez de los decretos 564 y 570 en los cuales se adoptó el régimen transitorio del esquema de recolección de residuos de la ciudad de Bogotá y se declaró la emergencia amarilla; y (iii) no es competente para adoptar decisiones de destitución en atención a lo dispuesto en el artículo 278.1 de la Constitución y en tanto no se encuentra previsto en las funciones que fueron asignadas a la Sala Disciplinaria en el artículo 22 del Decreto 262 de 2000.

5.1.2.2. La violación del debido proceso debido a que la Procuraduría omitió pronunciarse sobre la solicitud de pruebas hecha al formular el recurso de reposición. Dichas pruebas tenían como propósito demostrar que el caos en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre obedeció a un “complot” promovido por los operadores privados del sistema de basuras.

5.1.2.3. Infracción del principio de imparcialidad en la valoración de las pruebas dado que

dicha valoración no tuvo en cuenta aquellas pruebas que evidenciaban la ausencia de responsabilidad del Alcalde mayor. Así por ejemplo, no fueron consideradas las pruebas que acreditaban que la decisión de no cumplir con la cláusula de reversión por parte de los operadores privados dificultó la transición. Igualmente no valoró (i) que los decretos han sido considerados –prima facie- válidos por parte de las autoridades judiciales; (ii) que el distrito adoptó diferentes estrategias para hacer frente a la transición; y (iii) que las pruebas evidencian que el Alcalde obró bajo la convicción de haber ajustado su comportamiento al ordenamiento jurídico, lo que implica la configuración de una causal de ausencia de responsabilidad según el numeral 6º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

5.1.2.4. La violación del principio de tipicidad dado que el proceso de adecuación típica se hizo a partir de formulaciones generales que no consiguieron precisar el alcance de las acusaciones. De hecho, en ese proceso no se refieren las normas que consagran los deberes presuntamente incumplidos por el alcalde y que le impidieran, por ejemplo, celebrar los convenios que suscribió para la implementación de los servicios de aseo.

5.1.2.5. La sanción impuesta es desproporcionada dado que (i) no persigue un fin constitucionalmente admisible si se considera que no constituyó un adecuado ejercicio de la función pública por parte de la Procuraduría; (ii) carece de idoneidad y necesidad dado que la sanción puede afectar la correcta marcha de la administración pública y existen medios alternativos menos restrictivos; y (iii) es desproporcionada en sentido estricto puesto que la afectación de los derechos del Alcalde es superior a los beneficios que se obtienen con la medida.

5.1.2.6. Se desconoció el trámite aplicable a las recusaciones dado que al no ser notificada la decisión que las negaba, no pudo ser ejercido el recurso de reposición procedente según lo previsto en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 1474 de 2011.

5.1.2.7. Se desconoció que el comportamiento adoptado por el Alcalde Mayor de Bogotá se encontraba justificado por la obligación de cumplir las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en relación con la adopción de un Plan que incluyera a los recicladores.

5.2. Los trámites surtidos y las decisiones adoptadas por la jurisdicción contencioso administrativa.

5.2.1. El Tribunal Administrativo, en atención a la naturaleza jurídica de los actos administrativos dispuso, mediante auto de fecha 31 de marzo de 2014, remitir la actuación surtida al Consejo del Estado por tratarse de un asunto de su competencia[45].

5.2.2. Mediante auto de fecha 10 de abril de 2014, el Consejo de Estado dispuso admitir, para tramitar en única instancia, la demanda presentada por el Alcalde en contra de la Nación-Procuraduría General de la Nación[46]. Para el efecto consideró (i) que era competente para conocer de la demanda en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 149 del CPACA; (ii) que la acción se había formulado oportunamente según lo previsto en el literal d), numeral 2º del artículo 164 del CPACA dado que “como la ejecución de la sanción impuesta al demandante se hizo efectiva a través del Decreto 570 de 20 de marzo de 2014, la demanda se presentó dentro del término de caducidad.”; (iii) que, aunque no se requería, había sido interpuesto el requisito de reposición en contra del acto administrativo sancionatorio de fecha 9 de diciembre de 2013, resuelto mediante acto confirmatorio de fecha 13 de enero de 2014; y (iv) que teniendo en cuenta que el demandante había solicitado la práctica de medidas cautelares no era necesario agotar la conciliación extrajudicial, en virtud de lo establecido en el artículo 590 del Código General del Proceso.

En contra del citado auto, el apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación interpuso recurso de reposición a fin de que se inadmitiera la demanda pues, a su juicio, ha debido agotarse la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad[47]. Mediante auto de fecha 23 de mayo de 2014 el Consejero Ponente dispuso no reponer el auto recurrido al no ser necesario, en este caso, el trámite previo de la conciliación[48].

5.2.3. En providencia del 13 de mayo de 2014 y luego de surtirse el traslado de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional previsto en el artículo 233 del CPACA[49] el Consejero Ponente decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos (i) de la decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de fecha 9 de diciembre de 2013 mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al Alcalde y (ii) de la decisión de fecha 13 de enero de 2014 proferida por la Sala Disciplinaria de la procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre de 2013. Para fundamentar tal conclusión explicó lo siguiente:

“En este orden de ideas, de acuerdo con el acto sancionatorio impugnado en el presente caso, en criterio del Despacho, no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que, consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde Mayor de Bogotá, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, aspecto que se echa de menos en el acto sancionatorio. Esta circunstancia vulnera el debido proceso administrativo por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción.”[50]

5.2.4. La Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 de la Ley 1437 de 2011, formuló recurso de súplica contra la referida decisión[51]. En dicho recurso, según la síntesis que del mismo llevó a efecto el Consejo de Estado la Procuraduría sostuvo que el auto recurrido (i) no descansaba en una argumentación suficiente, (ii) dejó de considerar que no existía prueba de los perjuicios, elemento requerido en este tipo de casos, (iii) no analizó correctamente los elementos constitutivos de la falta disciplinaria, (iv) llevó a efecto una incorrecta valoración del dolo en materia disciplinaria y (v) incurrió en un error insoslayable al omitir el estudio de una falta disciplinaria.

La Sala Plena del Consejo de Estado dispuso, mediante auto de fecha 26 de agosto de 2014 avocar el conocimiento y decisión del referido recurso[52]. Finalmente, en decisión de fecha 17 de marzo de 2015, la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado dispuso desestimar el recurso de súplica y, como consecuencia de ello, confirmar el auto recurrido[53]. En esta providencia la citada Corporación explicó ampliamente el fundamento y alcance de las medidas cautelares y, en particular, se detuvo en analizar la regulación que en materia de suspensión provisional fue incorporada en la Ley 1437 de 2011, así como las diferencias del nuevo régimen respecto de aquel contenido en el anterior Código Contencioso Administrativo. Sobre esto último señaló:

“Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto

administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional.”

Más adelante expresó esa Corporación:

“Efectuando una interpretación integral y sistemática del inciso 1º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, entonces, se concluye que para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado, que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.

(...)

Ahora bien, buscar o pretender que para el decreto de las medidas cautelares el juez tenga conocimiento integral del material normativo, jurisprudencial, doctrinal, probatorio y fáctico para atender el asunto, propio de un análisis de fondo al momento de proferir Sentencia, restaría su eficacia a las medidas, pues implicaría prácticamente abrir un proceso paralelo en el que, con la desventaja del tiempo y en detrimento del derecho de defensa, se resuelva el asunto, llevando, en este caso sí, a un posible prejuzgamiento por parte del Juez.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera ponderada y cuidadosa su estudio, analizando inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio surja del quebrantamiento invocado (...), recayendo sobre él la carga de motivar su decisión, exponiendo las razones que le permitieron acoger o negar la suspensión.”

Finalmente, luego de estas consideraciones generales el Consejo de Estado revisó cada uno de los argumentos presentados por la Procuraduría General de la Nación, concluyendo que el auto en el que se dispuso la suspensión provisional se ajustaba a las exigencias previstas

en la Ley 1437 de 2011. Afirmó entonces que “los argumentos invocados por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de 13 de mayo de 2014, por el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos disciplinarios sancionatorios cuestionados en este proceso, no afectan la intangibilidad de la decisión judicial, subrayándose que en este asunto la mayoría de argumentos planteados por la recurrente se dirigen a exigir un análisis y valoración propio de decisiones definitivas.”

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte es competente para la revisión de las decisiones judiciales de instancia con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución. Esta Corporación dispuso que la decisión de este caso fuera adoptada por la Sala Plena[54].

2. Procedencia de la acción de tutela.

2.1. Invocación de la violación de un derecho fundamental.

El accionante, Gustavo Francisco Petro Urrego, indica que con las actuaciones adelantadas por la PGN en el trámite del proceso disciplinario[55] y la decisión de imponerle la sanción de destitución e inhabilitación del cargo por un término de quince (15) años, se desconocieron sus derechos al buen nombre, a la honra, al debido proceso y al ejercicio de los derechos políticos (arts. 15, 29 y 40 C.P).

2.2. Legitimación en la causa por activa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, está legitimada para actuar la persona cuyos derechos fundamentales se encuentren amenazados o vulnerados. El señor Gustavo Francisco Petro Urrego actuando mediante apoderado judicial se encuentra legitimado en la causa por activa para solicitar el amparo de los derechos fundamentales[56].

2.3. Legitimación en la causa por pasiva.

La PGN, autoridad de quien se dice vulneró los derechos del accionante, hace parte del

Ministerio Público (art. 275 C.P.). Según el artículo 1º del Decreto 262 de 2000 es el máximo organismo del Ministerio Público, tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Tiene entonces la condición de autoridad pública y en ejercicio de sus competencias adoptó decisiones disciplinarias que, a juicio del accionante, vulneraron sus derechos. En consecuencia se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.4. Inmediatez.

El accionante presentó la acción de tutela el día doce (12) de diciembre de 2013. La violación de los derechos se produjo, según afirma, como consecuencia de la decisión adoptada por la PGN y comunicada por el PrGN el día nueve (9) de diciembre de 2013. Se prueba entonces que el accionante interpuso oportunamente la acción de tutela, cumpliendo el requisito de inmediatez.

3. Problema jurídico.

¿Es procedente la acción de tutela, como mecanismo definitivo o transitorio, para examinar la validez de la decisión mediante la cual la PGN impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años al Alcalde Mayor de Bogotá?

4. Cuestión previa; competencia sancionatoria del Procurador General de la Nación -o sus delegados y agentes- sobre personas que ejercen funciones públicas, incluidas las de elección popular.

4.2. La Corte debe señalar que, según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014, y con fundamento en los artículos 277 y 278 de la Constitución: (i) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular -con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero-; y (ii) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

4.3. En materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos -excepto,

aforados-, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría.

4.4. La Corte advierte, en adición a lo expuesto, que respecto de la validez de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para el juzgamiento disciplinario de los Alcaldes, debe atenderse el precedente fijado por la Sala Plena en la Sentencia SU-712 de 2013. De esa providencia, pese a que se ocupó de un caso en el que se debatía la competencia disciplinaria en relación con los congresistas, se desprende una regla jurisprudencial según la cual dicho órgano es titular de la atribución para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluso los elegidos popularmente, con excepción de aquellos amparados por el fuero.

4.5. En atención a lo anterior, la Corte concluye que, con independencia de las conclusiones a las que se arribe respecto de la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, es indiscutible la existencia de la referida competencia y, en esa medida, su cuestionamiento no es jurídicamente admisible.

5. Examen de subsidiariedad.

5.1. El carácter subsidiario de la acción de tutela y la jurisprudencia constitucional relativa a su procedencia respecto de actos administrativos sancionatorios.

5.1.1. El carácter subsidiario de la acción de tutela, enunciado de manera general en el tercer inciso del artículo 86 de la Carta, fue examinado por este Tribunal desde sus primeras decisiones. Así, en la sentencia T-001 de 1992 la Corte sostuvo que tal mecanismo no fue consagrado “para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos (...)”. En esa dirección, el amparo no constituye “un medio alternativo, ni facultativo, que permita adicionar o complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por el Legislador.”[57] Según este Tribunal, el carácter subsidiario “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos.”[58]

De acuerdo con lo anterior, a la exigencia de subsidiariedad se anuda (i) una regla de exclusión de procedencia que ordena declarar la improcedencia de la acción cuando el ordenamiento ha previsto un medio judicial para defenderse de una agresión iusfundamental. Esa regla se exceptúa en virtud de (ii) la regla de procedencia transitoria que exige admitir la acción de tutela cuando, a pesar de existir tales medios judiciales, ella tiene por objeto evitar un perjuicio irremediable. De lo dicho se sigue que el juez de tutela debe resolver dos cuestiones para definir la procedencia de la acción de tutela: en primer lugar, ¿cuándo existe un medio judicial idóneo que impida la procedencia del amparo? Y, en segundo lugar, ¿cuándo se configura un perjuicio irremediable que, a pesar de la existencia del otro medio, haga posible la procedencia transitoria del amparo?

5.1.2. A fin de dar respuesta a la primera pregunta, relativa a la existencia de un medio judicial, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que ella será apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante. La obligación de la apreciación en concreto implica que la conclusión acerca de la presencia de un medio judicial demanda un juicio compuesto por un examen de aptitud abstracta e idoneidad concreta del medio.

En esa dirección, desde sus primeras decisiones esta Corporación destacó “que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela (...)”[59] dado que, de lo contrario “se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.”[60] Así las cosas, concluyó este Tribunal “que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”[61]. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial[62].

La respuesta a la pregunta sobre la existencia de un medio judicial idóneo, diferente a la acción de tutela, reviste un interés especial en tanto de concluir que no es así, el juez de

tutela será competente para adoptar decisiones definitivas respecto de la cuestión sometida a su examen.

5.1.3. La segunda pregunta, relativa a la configuración de un perjuicio irremediable, tiene como punto de partida la vigencia de un medio judicial para plantear la controversia. Si tal es el caso y se comprueba que puede producirse un perjuicio de la naturaleza referida, será procedente la acción de tutela como instrumento transitorio de amparo; ello hace posible que el juez de tutela se ocupe del problema iusfundamental antes de producirse el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción ordinaria o especializada competente. La jurisprudencia constitucional ha señalado que para “determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”[63] Si se identifica la existencia de un medio judicial pero se pretende evitar un perjuicio que satisface las condiciones de inminencia, urgencia y gravedad, podrá el juez de tutela abordar el fondo del asunto para determinar si –transitoriamente- se confiere la protección.

5.1.4. Esta Corporación ha juzgado la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la validez o controlar los efectos de actos administrativos mediante los cuales se imponen sanciones disciplinarias. El precedente de la Corte no ha sido siempre el mismo y presenta divergencias en asuntos relativos (i) a la idoneidad y efectividad de los medios judiciales ordinarios y (ii) a la posibilidad de calificar una sanción disciplinaria como un perjuicio irremediable.

5.1.4.1. En un primer grupo de casos (T-262 de 1998 y T-737 de 2004)[64] la jurisprudencia emprendió juicios estrictos de procedencia de la acción de tutela cuando se pretenden debatir asuntos relativos a la validez de sanciones disciplinarias. En ese contexto concluyó que la acción de tutela es improcedente en tanto existen medios judiciales ordinarios -la acción de nulidad y restablecimiento del derecho-. Según tales providencias, la imposición de una sanción no es una razón suficiente para afirmar la configuración de un perjuicio irremediable[65]. De ser ello así, afirma la Corte, “se estaría aceptando que todas las

sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario.”[66]

La ratio de estas decisiones indica que no es admisible que la jurisdicción constitucional sustituya las otras jurisdicciones y, por esa vía, que la acción de tutela reemplace las demás acciones. Ello supondría “admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones.”[67]

Esta misma regla fue aplicada por la Corte (T-215 de 2000) [68] en un caso en el que la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad fue impuesta por la Procuraduría General de la Nación a un funcionario de elección popular. Según esta Corporación, la solicitud de amparo era improcedente puesto que el accionante podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa ante la cual, incluso, cabría proponer la suspensión provisional de los efectos del acto. Adicionalmente, siguiendo lo señalado en la sentencia T-262 de 1998 la Corte advirtió que la sanción, en sí misma, no podía calificarse como un perjuicio irremediable.

5.1.4.2. Otro grupo de casos suscitaron un examen de subsidiariedad menos exigente y, para el efecto, fueron consideradas las características de la sanción y el funcionario al que se impuso.

La sentencia T-143 de 2003 examinó la procedencia de la acción de tutela presentada por una funcionaria del Instituto de Seguros Sociales sancionada disciplinariamente con una multa de ochenta (80) días del salario devengado. Concluyó la Corte que la solicitud de amparo era improcedente debido a que podía acudirse a la nulidad y restablecimiento del derecho o también a la simple nulidad y, en ese marco, era factible solicitar la suspensión provisional del acto. Al ocuparse de la existencia de un perjuicio irremediable precisó que no se presentaba en este caso puesto que la sanción no suponía la imposibilidad de acceder al ejercicio de cargos públicos. Sostuvo al respecto:

“En el caso particular la Corte considera que no se reúnen los elementos señalados. Veamos: La actora afirma que en el caso presente existe un perjuicio irremediable pues (i)

existe una limitación al derecho al buen nombre, y (ii) se restringe su posibilidad de acceder a cargos públicos.

En cuanto al primero de estos argumentos, la Corte ha establecido que el buen nombre es el que resulta de la propia conducta del servidor. Así este derecho no se ve afectado por la apertura o la tramitación del proceso disciplinario, ni por la imposición de una sanción disciplinaria que se encuentra en firme, pues la percepción de la comunidad surge de los actos propios del peticionario y el ejercicio legítimo del poder disciplinario del Estado. (...) Por eso, la apertura de un proceso disciplinario o la imposición de una sanción disciplinaria no constituyen en sí mismas un perjuicio irremediable al derecho al buen nombre. Otra sería la situación si, por ejemplo, no se suprime del registro de antecedentes disciplinarios una sanción que fue anulada.

La Corte también desestima el argumento según el cual la actora no puede acceder a cargos públicos. En el expediente se observa que la actora no fue sancionada con una inhabilidad para acceder a cargos públicos. En efecto, la resolución mediante la cual se “desata el grado jurisdiccional de consulta”, sanciona a la actora exclusivamente con una “multa equivalente a 80 días del salario devengado al momento de la comisión de la falta” y se abstiene de imponer la sanción de inhabilidad. Adicionalmente la Corte constata que no obran en el expediente pruebas que permitan corroborar que sus posibilidades de acceder a cargos públicos están siendo limitadas.

Adicionalmente, la Corte considera necesario aclarar que, en virtud de la normatividad disciplinaria, la inhabilidad para ejercer cargos públicos no opera como una sanción accesoria y automática a la multa impuesta por el ISS. (...)

Por lo tanto, la única consecuencia directa del fallo controvertido es la multa de 80 salarios mínimos. Sin embargo, la Corte reitera que un detrimento económico como el descrito no representa una vulneración a un derecho fundamental ni un perjuicio irremediable. (...) Se observa que el detrimento económico ha sido considerado como reparable y por lo tanto reparable.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Ese planteamiento de la Corte dio lugar a que decisiones posteriores señalaran que la sanción disciplinaria podría calificarse, en algunos casos, como perjuicio irremediable. Ello ocurrió en la T-1093 de 2004, que examinó la acción de tutela presentada por varios

Diputados de la Asamblea Departamental de Nariño en contra de la PGN, por la sanción de destitución e inhabilidad que se les había impuesto. Luego de sostener que la acción era improcedente como mecanismo definitivo al existir medios ordinarios, evaluó si procedía para evitar un perjuicio irremediable. En primer lugar (i) señaló que la sentencia T-143 de 2003 declaró que en el caso juzgado en esa ocasión no se identificaba un perjuicio irremediable debido a que la sanción no había consistido en la inhabilidad para acceder a cargos públicos. En segundo lugar (ii) sostuvo que la regla subyacente o ratio decidendi de esa providencia indicaba que “cuando la imposición de una sanción disciplinaria conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos, puede llegar a configurarse en casos concretos un perjuicio de carácter irremediable.” En tercer lugar (iii) luego de afirmar que aplicaría y reiteraría tal precedente, advirtió que la sanción no supone inevitablemente un perjuicio irremediable, siendo necesario para su identificación el examen de cuatro condiciones:

“(…) La configuración de un perjuicio irremediable que ha de ser prevenido por vía de la acción de tutela surge, en este orden de ideas, cuando se presentan circunstancias excepcionales tales como las siguientes: (i) que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio en cuestión llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la afectación irremediable del derecho fundamental invocado.”

Con fundamento en esas reglas consideró que en el caso examinado se reunían dichas condiciones y emprendió por ello el examen de fondo del asunto.

Ese mismo año, en la sentencia T-1137 de 2004, la Corte se enfrentó a un caso semejante al juzgado en la sentencia T-1093 de 2004. Se trató de la acción de tutela presentada por el

Gobernador del Departamento de Caquetá a quien la PGN había destituido e inhabilitado por cerca de trece (13) años. Indicó esta Corporación que aunque el accionante podría acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dicha alternativa afectaba la continuidad del proyecto político. Además advirtió que la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, no conducía a la improcedencia de la acción de tutela en tanto dicha medida se aplica en casos excepcionales, esto es, “sólo ante la manifiesta violación de una norma superior susceptible de percibir con la simple comparación de la disposición acusada y la demostración del perjuicio”, señalando a continuación, la “pertinencia improbable en el caso de autos, en el que para resolver se requieren armonizar un conjunto de disposiciones y de pronunciamientos jurisprudenciales”. Afirmada la posibilidad de emprender el examen de fondo, dispuso confirmar parcialmente la sentencia de segunda instancia que había otorgado el amparo de manera transitoria, ordenando reintegrar al actor al cargo de Gobernador.

5.1.4.3. Un grupo de sentencias proferidas entre los años 2005 y 2009 aplicaron las reglas definidas por la Corte anteriormente y precisaron las hipótesis que admitían la procedencia excepcional de la acción de tutela.

La sentencia T-954 de 2005 examinó la solicitud de amparo de un grupo de concejales del Municipio del Peñol en Nariño, destituidos e inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos durante diez (10) años. Consideró la Corte que no procedía la acción de tutela dado que existía un medio judicial idóneo y, adicionalmente, el inicio de un procedimiento disciplinario o la imposición de la sanción correspondiente no configuraba automáticamente un perjuicio irremediable. No obstante, la Corte examinó si había sido respetado el principio de tipicidad en el proceso sancionatorio concluyendo que “no se avizora un perjuicio irremediable y no se encontró que en la actuación adelantada en el proceso disciplinario contra los actores, se hubiesen desconocido las garantías propias del debido proceso, por cuanto la Procuraduría Provincial de Pasto y la Procuraduría Regional de Nariño resolvieron el proceso disciplinario en forma adecuada y dentro de sus competencias propias.” La argumentación de la Corte se apoyó entonces en el precedente fijado en la sentencia T-1093 de 2004 que exigía, para determinar la procedencia transitoria, un examen acerca de la posible violación de garantías procesales.

Posteriormente, la sentencia T-1039 de 2006 precisó algunos aspectos del precedente

vigente al definir si procedía la solicitud de amparo de un personero a quien la PGN había destituido e inhabilitado por diez (10) años. Este Tribunal (i) reiteró la improcedencia prima facie de la acción de tutela en aquellos casos en los que existe un medio judicial idóneo y (ii) caracterizó la noción de perjuicio irremediable indicando que para definir su ocurrencia debía tenerse en cuenta, entre otras variables, (a) la condición de sujeto de especial protección del accionante y (b) el tipo de derecho cuyo amparo se solicita y, en particular, si su ejercicio se encuentra sometido a restricciones temporales –por ejemplo, el derecho a ejercer cargos públicos-. En tercer lugar, (iii) señaló que no se requería el cumplimiento de todos los requisitos de procedencia transitoria enunciados en la sentencia T-143 de 2003 puesto que “[e]n la mencionada sentencia no se exige que los anteriores requisitos se presenten de manera concurrente” de forma que “basta entonces que estén presentes algunos de ellos para que la acción de tutela se torne procedente.” Establecida en el caso concreto la procedencia transitoria, la Corte emprendió el examen de fondo y concluyó que la interpretación extensiva de una causal de inhabilidad para fundamentar la imposición de la una sanción, desconocía los derechos del accionante.

Bajo las reglas que se fueron definiendo en las sentencias anteriores, la Corte adoptó las sentencias (i) T-193 de 2007, (ii) T-161 de 2009 y (iii) T-629 de 2009.

(i) En la primera de ellas este Tribunal conoció la acción de tutela interpuesta por el Director Nacional de Informática de la Registraduría del Estado Civil en contra de la PGN por la decisión de destituirlo del cargo e inhabilitarlo para ejercer funciones públicas por el término de tres (3) años. Este Tribunal declaró la improcedencia de la solicitud puesto que existían medios judiciales ordinarios –acción de nulidad y restablecimiento del derecho- que el actor no había promovido oportunamente. Adicionalmente no se cumplía el principio de inmediatez pues su presentación ocurrió casi tres años después de la adopción de la providencia sancionatoria.

(ii) En la sentencia T-161 de 2009 la Corte consideró improcedente la acción de tutela presentada por tres concejales de Barranquilla en contra de la PGN por la decisión de destituirlos del cargo e inhabilitarlos por dieciocho (18) años. Consideró este Tribunal que los accionantes podían acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Adicionalmente destacó que no existía un perjuicio irremediable, en tanto no se identificaba una actuación

caprichosa (vía de hecho) o contraria al debido proceso. Para la Corte, la imposición de una sanción no configuraba, en sí misma, un perjuicio irremediable.

(iii) Finalmente, la sentencia T-629 de 2009 examinó la acción de tutela formulada por el Presidente del Concejo de Cartagena, sancionado por la PGN con destitución e inhabilidad por veinte (20) años. La Corte reiteró la tesis general de la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios y aunque advirtió que resultaba procedente cuando se configurara un perjuicio irremediable, sostuvo que la sanción no tiene, necesariamente, esa condición. En todo caso, la improcedencia se explicaba también por la no interposición oportuna de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

5.1.4.4. En la sentencia SU-712 de 2013, la Corte unificó su postura respecto de las condiciones que hacen procedente la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios. En esa ocasión se juzgó la solicitud de amparo presentada por la señora Piedad Esneda Córdoba Ruiz contra la Procuraduría General de la Nación debido a la determinación de sancionarla disciplinariamente, destituyéndola del cargo e inhabilitándola para ejercer funciones públicas por un término de dieciocho (18) años.

La Corte afirmó que la acción de tutela era procedente. Esta conclusión se apoyó en varias premisas. En primer lugar, (i) si bien la improcedencia de la acción de tutela es la regla cuando existen medios judiciales ordinarios, ella se exceptúa en aquellos casos en los cuales se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En segundo lugar, (ii) la jurisprudencia constitucional ha fijado una regla (sentencia SU-039 de 1997) según la cual la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no implica la improcedencia de la acción de tutela. Pueden entonces coexistir la solicitud de suspensión provisional y la interposición de la acción de tutela. En tercer lugar, (iii) la Corte ha fijado un precedente según el cual la acción de tutela procedería contra actos administrativos sancionatorios cuando se afecten “derechos políticos que se ejercen en momentos constitucionales preestablecidos y que por su naturaleza no pueden ser objeto de aplazamiento o prórroga de ninguna clase, especialmente cuando se cuestiona la existencia de competencias constitucionales para investigar y sancionar a Congresistas de la República.” En cuarto lugar (iv) la procedencia del amparo exige la demostración de los

elementos del perjuicio irremediable, caracterizados en los siguientes términos:

“(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso” (...).

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos” (...). En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable (...).

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia cuando “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública” (...). Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas” (...).

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”

A partir de tal caracterización este Tribunal indicó (a) que la accionante había planteado argumentos serios respecto de las garantías aplicables al procedimiento seguido contra ella; (b) que las decisiones de la PGN impactaban gravemente los derechos políticos al afectar la posibilidad de actuar como Senadora durante el período para el cual había resultado elegida; (c) que la afectación de sus derechos era cierta en tanto ya había sido separada

de su cargo; (d) que la restricción había recaído sobre derechos con un significativo valor en una democracia constitucional; y (e) que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no era un medio idóneo ni eficaz para enfrentar la violación de los derechos “si se tiene en cuenta que la suspensión provisional fue negada por no advertirse una manifiesta infracción y se encontraba ya por concluir el período para el cual había sido elegida.” Consideró también (f) que la cuestión planteada revestía un enorme significado constitucional, de manera que resultaba “inaplazable que la Corte Constitucional determine con precisión cuál fue el diseño adoptado en la Carta de 1991 en lo relativo a las atribuciones y límites disciplinarios del Procurador General de la Nación respecto de los Congresistas de la República.”

Afirmada la procedencia la Corte emprendió examen de fondo, advirtiendo que no habían sido violados los derechos constitucionales de la accionante.

5.1.4.5. En síntesis, la jurisprudencia constitucional admite en la actualidad la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios. Esa procedencia es excepcional dado que el ordenamiento jurídico prevé medios ordinarios idóneos para adelantar su control judicial. Por ello la procedibilidad de la solicitud de tutela depende de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, evaluado en concreto y, cuya configuración exige (i) la existencia de motivos serios y razonables que indiquen la posible violación de garantías constitucionales o legales; (ii) la demostración de que el perjuicio puede conducir a la afectación grave de un derecho fundamental; (iii) la verificación de que el daño es cierto e inminente -de manera que la protección sea urgente-; (iv) que se trate de derechos cuyo ejercicio se encuentre temporalmente delimitado; y (v) que los medios disponibles no sean lo suficientemente ágiles para juzgar la constitucionalidad y legalidad de los actos sancionatorios.

5.2. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el régimen de las medidas cautelares -en particular de la suspensión provisional- en la Ley 1437 de 2011.

La Ley 1437 de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo derogó -art. 309- el Decreto 01 de 1984 que contenía el anterior Código Contencioso Administrativo. En la nueva regulación se introducen cambios significativos al procedimiento administrativo que, a juicio de la Corte, resultan relevantes

para el examen de subsidiariedad que deberá emprenderse en esta ocasión.

5.2.1. En términos semejantes a lo establecido en el Decreto 01 de 1984, se estableció como medio de control de las actuaciones de la administración la nulidad y restablecimiento del derecho. Según el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho”. A su vez, en virtud de la remisión que se hace al segundo inciso del artículo 137 de la misma ley, la nulidad procede cuando el acto administrativo “haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

5.2.2. Ahora bien, una de las modificaciones más importantes de la nueva codificación es la relativa a las medidas cautelares. El capítulo IX –medidas cautelares-, del título V –Demanda y proceso contencioso administrativo- de la Parte Segunda del Código, incluye un régimen que regula su procedencia y tipología y el trámite para su adopción por parte del juez administrativo. A continuación se hace una síntesis de dichas reglas.

5.2.2.1. El artículo 229 prevé, en primer lugar, el ámbito de aplicación de las medidas cautelares, disponiendo que serán procedentes en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Según esa misma disposición, el juez puede decretar las medidas cautelares que estime necesarias para la protección y garantía provisional (i) del objeto del proceso y (ii) de la efectividad de la sentencia.

Se regulan allí también las condiciones y límites para la procedencia de las medidas cautelares. Se prescribe que deben decretarse por el juez o magistrado ponente, mediante decisión motivada, previa solicitud de parte debidamente sustentada. Dispone la Ley que pueden adoptarse únicamente cuando tengan una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. En adición a ello, prescribe que cuando la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad discrecional, está prohibido que el juez o magistrado sustituya a la autoridad con competencia para adoptar la decisión y, en consecuencia, deberá limitarse la autoridad judicial a ordenar su adopción en el plazo que se fije y con

sujeción a los límites establecidos en el ordenamiento.

5.2.2.3. Por la naturaleza de la medida cautelar, el artículo 231 fija condiciones especiales para su procedencia previendo dos grupos de medidas. El primero conformado por la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando se pretenda su nulidad y el segundo conformado por los casos restantes.

5.2.2.3.1. La suspensión provisional procede por la violación de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja o brote del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. En ese contexto, si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios, será necesario probar de forma sumaria que ellos existen (primer párrafo del artículo 231).

5.2.2.3.2. Para el grupo conformado por los casos restantes se requiere que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho (art. 231.1); que el demandante hubiere demostrado de forma al menos sumaria la titularidad de los derechos que invoca (art. 231.2); que de los planteamientos del demandante constituidos por documentos, informaciones, justificaciones o argumentos, sea posible concluir, luego de ponderar los intereses, que para el interés público resulta mucho más grave negar la medida que concederla (art.231.3); y, finalmente, que se cumpla cualquiera de las siguientes dos condiciones: (a) que de no adoptarse la medida se cause un perjuicio irremediable o (b) que existan motivos serios que indiquen que de negarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (art. 231.4).

5.2.2.4. La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene también una regulación particular. Para ello el Código establece una distinción entre las medidas cautelares ordinarias (art. 233) y las medidas cautelares de urgencia (art. 234).

5.2.2.4.1. Respecto de las primeras se dispone que podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso y para ello debe seguirse un procedimiento compuesto por varias etapas.

Si la solicitud es formulada desde la demanda, en auto diferente al de la admisión y que no

tendrá recursos, se debe correr traslado de la medida al demandado con el objetivo de que se pronuncie sobre ella en un término de cinco (5) días. Una vez vencido ese término empezará a contarse un plazo máximo improrrogable de diez (10) días para que la autoridad judicial se pronuncie sobre la solicitud. En el caso de que proceda caución, el magistrado o juez deberá fijarla y solo podrá hacerse efectiva la medida cuando quede ejecutoriado el auto que acepte la caución.

Ahora bien, si la solicitud es presentada en el curso del proceso, por fuera de una audiencia, deberá darse traslado a la otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil -que corresponde al actual artículo 110 del Código General del Proceso- y luego de ello el juez o magistrado deberá adoptar las decisiones que correspondan. Cuando la solicitud de medida es formulada en el curso del proceso y en audiencia, se correrá traslado a la otra parte en la misma audiencia y el juez o magistrado podrá decretarla allí mismo.

5.2.2.4.2. Respecto de las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y, sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto. Pese a que se dispone que la decisión será susceptible de los recursos a los que hubiere lugar, allí se prescribe que la medida deberá comunicarse y cumplirse previa constitución de la caución señalada en el auto respectivo.

5.2.2.5. Una regla común a ambos procedimientos es la procedencia de los recursos de apelación o de súplica, que son concedidos en el efecto devolutivo, y deben ser resueltos en un término máximo de 20 días (art. 236).

5.3. Análisis concreto de subsidiariedad: Improcedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio.

La Corte considera que en el presente caso la acción de tutela es improcedente dado que no se satisface la exigencia de subsidiariedad regulada en el artículo 86 de la Carta y en el artículo 6º del Decreto 2591. Dicha regla establece que la acción de tutela únicamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que

aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A continuación se fundamenta esta conclusión.

5.3.1. El ordenamiento vigente y, en particular, el actual artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece como uno de los medios de control de la actuación de las autoridades estatales, la nulidad y restablecimiento del derecho, confiriéndole a toda persona la posibilidad de solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo que lesiona un derecho subjetivo y le sea restablecido. Tal nulidad debe ser declarada cuando los actos se expidan (a) desconociendo las normas en que deberían fundarse, (b) por un órgano que carece de competencia, (c) de manera irregular, (d) violando el derecho de audiencia y defensa, (e) mediante falsa motivación o (f) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (art. 137 inc. 2º).

Los cargos que el accionante plantea en contra de la decisión de la Sala Disciplinaria de la PGN y que fueron sintetizados en los antecedentes de esta providencia, pueden ser invocados ante el juez administrativo amparándose en las causales de nulidad referidas. En efecto, el demandante (i) cuestiona la competencia de la PGN y de la Sala Disciplinaria para adoptar la decisión de destituirlo e inhabilitarlo durante un término de quince (15) años; (ii) aduce equivocaciones en la valoración probatoria y en la tipificación disciplinaria; (iii) afirma la violación del derecho al debido proceso como consecuencia de la ausencia de imparcialidad y el desconocimiento de la presunción de inocencia; e (iv) impugna las interpretaciones de las disposiciones aplicables al proceso disciplinario. Todos ellos son cuestionamientos que quedan comprendidos por las causales previstas para la anulación de los actos administrativos en la Ley 1437 de 2011.

5.3.2. La decisión adoptada por la PGN puede ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso administrativa que, como tuvo oportunidad de recordarlo la Corte Constitucional en la sentencia C-500 de 2014, ha reconocido que su competencia en el control de actuaciones surtidas en procesos disciplinarios es plena e integral a fin de garantizar no solo el respeto de la ley sino también de la Constitución. En efecto, el Consejo de Estado ha explicado sobre el particular:

“(…) Alcance del control judicial frente a procesos disciplinarios.

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, por ende no serán de recibo las interpretaciones restrictivas que limiten la función disciplinaria a simplemente garantizar el pleno apego con el orden jurídico como garantía de legitimidad de estas potestades públicas.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de primacía normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial supone evidentemente una rectificación a la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, en cuyo alero las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios

de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución. (...)

Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance. (...)”[69] (Negritas hacen parte del texto original)

5.3.3. En suma, el accionante cuenta con un medio judicial ordinario al que puede acudir, tal y como ello ocurrió según las pruebas obrantes en el proceso. En este caso la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se comprueba al establecer (i) que los supuestos de nulidad previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 comprenden, sin dificultad jurídica alguna, los cargos que en contra de la decisión de la Procuraduría ha planteado en la acción de tutela y (ii) que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido una amplia habilitación de la autoridad judicial para pronunciarse respecto de todas las actuaciones y decisiones surtidas y tomadas en el trámite disciplinario a fin de garantizar los derechos fundamentales.

5.3.4. Podría afirmarse que la acción de tutela es en todo caso procedente dado que el medio de control antes referido –incluyendo la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto sancionatorio– no daría una respuesta oportuna para la protección de los derechos del accionante. A favor de esta posición podrían citarse algunos de los precedentes referidos en el fundamento jurídico 5.1.4 de esta providencia y, en particular, las consideraciones recientemente expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013 en la que se admitió dicha posibilidad respecto de un caso que guarda, en relación con la naturaleza del cargo, la sanción impuesta y la autoridad disciplinaria, importantes similitudes con el que ahora estudia la Corte.

5.3.5. Pese a ello, debido a que la regulación de la suspensión provisional sufrió cambios significativos en la Ley 1437 de 2011 relacionados, entre otras cosas, con las condiciones que se requieren para su aplicación, debe la Corte precisar si en este caso se cumplen las

condiciones establecidas en la sentencia SU-712 de 2013 y, en particular, aquella que fija como presupuesto de procedencia de la acción de tutela “que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”

Para la Corte, dicha regulación así como las circunstancias actuales del proceso que adelanta el accionante ante la jurisdicción contencioso administrativa, confirman la improcedencia de la acción de tutela.

5.3.5.1. El artículo 152 del Decreto 01 de 1984 -en cuya vigencia la Corte Constitucional adoptó la sentencia SU-712 de 2013 reconociendo la procedencia de la acción de tutela-, prescribía que la suspensión provisional de actos administrativos podía abrirse paso cuando (i) se solicitara y sustentara de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida y (ii) se identificara la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad, mediante confrontación directa o documentos públicos aportados con la solicitud de suspensión. Adicionalmente el referido artículo prescribía (iii) que si la acción era distinta de la de nulidad, era necesario demostrar sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

La suspensión provisional exigía entonces el cumplimiento de exigentes condiciones para su prosperidad y, en esa medida, su aptitud para enfrentar la violación de los derechos de quien acudía a ella se sometía a significativas restricciones. Esa naturaleza limitada fue abordada en múltiples providencias del Consejo de Estado. Así, en decisión de fecha 26 de julio de 2012, la Sección Primera de ese Tribunal sostuvo:

“2.- En efecto, debe precisarse que la procedencia de la suspensión provisional supone que la infracción normativa aparezca evidente, palmaria u ostensible, esto es, que se advierta sin necesidad de mayores elucubraciones o ejercicios de argumentación jurídica por parte del juez, sin que ello excluya las razones de argumentación jurídica por parte del juez para decretarla, pues de lo contrario, si se trata de una cuestión que requiera un riguroso análisis sustancial o de fondo, la decisión deberá adoptarse en la sentencia luego de surtido el debate procesal correspondiente. // Por tanto, para que proceda la medida cautelar en los casos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se requiere

que:

- 1) La medida se solicite;
- 2) Se sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado,
- 3) La infracción por parte del acto debe ser manifiesta frente a una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
- 4) Se demuestre aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

3.- Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o prima facie, conclusión a la que se debe llegar, según ha expresado la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.

Bajo los anteriores supuestos legales para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor en relación con la norma acusada, es necesario confrontar su texto con el de las normas superiores que se indican vulneradas, con el objeto de determinar si existe o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, de manera que se pueda concluir la viabilidad o no de la adopción de la medida cautelar.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Conforme a lo señalado, las restricciones de la suspensión provisional aludían a la oportunidad para solicitarla y a las condiciones para su prosperidad. Solo era posible plantearla antes de ser admitida la demanda y su éxito dependía de que la oposición con normas superiores fuese “evidente”, “ostensible”, “notoria”, “palmaria” o “a primera

vista". Esto último le imponía a la autoridad judicial la prohibición de emprender tareas de interpretación jurídica o fáctica encaminadas a establecer la violación de las normas aplicables[70].

5.3.5.2. La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional -en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación "surja del análisis del acto demandado" y su confrontación -no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del "análisis", indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la

situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

Este cambio ha sido destacado en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado. La Sección Primera de dicho Tribunal, en providencia de 3 de diciembre de 2012, indicó al respecto:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. // El artículo 229 del C.P.A.C.A. señala que las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el juez contencioso administrativo, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, deben ser solicitadas por la parte interesada y estar debidamente sustentadas. // Asimismo, el artículo 231 ibídem consagra que la suspensión provisional procederá por violación de las disposiciones invocadas “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.” // En este sentido se observa que la medida deberá ser decretada siempre que del análisis realizado por el Juez se concluya que existe violación de las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud. // El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno. // Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud. // Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Con igual orientación, en providencia de fecha 29 de agosto de 2013, la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado sostuvo:

“En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. // Como lo destacó esta Corporación en un pronunciamiento anterior proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente y se interpretó que, “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” (...). Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento” (Subrayas no hacen parte del texto original)[71].

Más recientemente –según se dejó expuesto en los antecedentes de esta providencia- la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver el recurso de súplica presentado por la Procuraduría en contra de la decisión que dispuso la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que sancionó disciplinariamente al ahora accionante, destacó el cambio de la regulación relativa a la suspensión provisional. En providencia de fecha 17 de marzo de 2015 indicó ese Tribunal que “una interpretación integral y sistemática del inciso 1º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011” permite concluir que “para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración inicial del acto acusado (...) que implica una confrontación de legalidad de aquel con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto con su solicitud.” Dicho análisis,

sostuvo el Consejo de Estado, “permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho de defensa (...).”

Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.

En efecto, al amparo de las normas sobre suspensión provisional, el juez administrativo puede ocuparse de evaluar antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Si bien la suspensión provisional de los efectos de un acto de la administración no supone su invalidez, sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado. Además, de conformidad con la regulación vigente, la solicitud de suspensión provisional puede, en eventos de urgencia valorados por el juez administrativo, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.

5.3.7. En síntesis, con independencia del sentido que puedan tener en cada caso las decisiones del juez administrativo respecto de la solicitud de suspensión provisional, debe concluirse -en lo que resulta relevante para un juicio de subsidiariedad- que esa alternativa ofrece, en la actualidad, una amplia posibilidad de controlar en un término breve de tiempo los efectos de la decisión de la autoridad disciplinaria. En atención a ello no puede acogerse la misma decisión de la sentencia SU-712 de 2003, adoptada en vigencia del Decreto 01 de 1984.

5.3.8. La conclusión acerca de la idoneidad y eficacia de los medios judiciales ante la

jurisdicción administrativa, se apoya además en el hecho de que el accionante, según se indica a continuación, no solo planteó su desacuerdo en sede de suspensión provisional sino que obtuvo un pronunciamiento que, con independencia de su sentido, (i) fue emitido en un período muy corto de tiempo y (ii) tomó en cuenta los argumentos que justificaban su oposición a las determinaciones disciplinarias.

5.3.8.1. Mediante apoderado judicial acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto, entre otras cosas, de que se declarara la nulidad de las decisiones que lo habían sancionado disciplinariamente, imponiendo su destitución e inhabilidad. A la demanda, que fue radicada el día 28 de marzo de 2014 y sustituida el 31 de marzo de 2014, anexaba escrito en que solicitaba la suspensión provisional de los efectos de los actos sancionatorios.

5.3.8.2. Luego de surtir los procedimientos previstos en la ley y dar traslado de la solicitud a la Procuraduría, el Consejero Ponente decretó la suspensión provisional solicitada, mediante auto de fecha 13 de mayo de 2014. En esa providencia se concluyó que “no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico.” Y luego indicó que “a ello debe agregarse que, consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde Mayor de Bogotá, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, aspecto que se echa de menos en el acto sancionatorio”. Dicho lo anterior sostuvo que “[e]sta circunstancia vulnera el debido proceso administrativo por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción.”

5.3.8.3. Luego de ser recurrida dicha providencia por la Procuraduría General la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la confirmó en su integridad, según se reseñó previamente.

5.4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios.

5.4.1. Las circunstancias del caso examinado evidencian la idoneidad y eficacia del medio judicial empleado por el accionante ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esa conclusión, naturalmente circunscrita a los supuestos analizados en esta oportunidad, no implica una declaración general de improcedencia de la acción de tutela cuando se cuestione el contenido de actos administrativos por violar un derecho fundamental. El juez de tutela deberá adelantar siempre un juicio de subsidiariedad en el cual, además de aplicar las competencias de los jueces de tutela establecidas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, valore los esfuerzos legislativos y judiciales encaminados a optimizar la capacidad de las distintas jurisdicciones para materializar la obligación de proteger la supremacía de la Constitución y, en particular, los derechos fundamentales.

5.4.2. Al abordar esta materia, los jueces de tutela deberán tener en cuenta (a) lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, (b) la interpretación que haga la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las normas que allí regulan los medios de control judicial, incluidas las medidas cautelares, (c) lo prescrito por el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 al señalar que la acción de tutela y las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son instrumentos que necesariamente se excluyan y (d) la jurisprudencia constitucional que ha explicado las relaciones entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción constitucional[72].

5.4.4. En consecuencia, no obstante los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 y en particular en lo que se refiere a la denominada suspensión provisional, la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos.

5.4.5. El juez de tutela tiene la obligación de calificar, en cada caso particular, la idoneidad de los medios judiciales –incluyendo los de cautela– para enfrentar la violación de derechos fundamentales cuando ella tenga por causa la adopción o aplicación de actos administrativos. Para el efecto, deberá tener en cuenta los cambios que recientemente y según lo dejó dicho esta providencia, fueron incorporados en la Ley 1437 de 2011. Solo después de ese análisis podrá establecer la procedencia transitoria o definitiva de la acción de tutela, teniendo como único norte la efectiva vigencia de las normas de derecho

fundamental.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis del caso.

La Corte Constitucional estableció que resultaba improcedente la acción de tutela interpuesta por Gustavo Francisco Petro Urrego en contra de la Procuraduría General de la Nación por la decisión de declararlo disciplinariamente responsable, imponiendo como sanción la destitución del cargo y la inhabilitación general por el término de quince (15) años. Dicha improcedencia se apoya en la existencia de medios judiciales idóneos y eficaces previstos en la Ley 1437 de 2011 por medio de la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Regla de decisión.

2.1. Por regla general no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para cuestionar la validez constitucional de decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación y que impongan la sanción de destitución e inhabilitación general a funcionarios de elección popular. En la actualidad, la Ley 1437 de 2011 y la interpretación que del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la figura de la suspensión provisional ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado, permite que la jurisdicción contencioso administrativa (i) adelante un control pleno e integral orientado a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos sancionados y (ii) suspenda provisionalmente los actos administrativos sancionatorios cuando concluya que ellos violan las disposiciones que se invocan como fundamento de la nulidad.

2.2. La regla general de improcedencia no se opone a que, en circunstancias excepcionales y debidamente consideradas por el juez, pueda admitirse la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales desconocidos durante el trámite de una actuación disciplinaria. Para el efecto, siguiendo la regla establecida en la sentencia SU-712 de 2013 ello será posible cuando, además de cumplirse las otras condiciones fijadas por la Corte en esa providencia “los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.” En cada caso, la cuestión deberá ser examinada de

acuerdo con lo establecido en los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, pues la acción de tutela y las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son instrumentos que necesariamente se excluyan.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas, la sentencia de fecha marzo 5 de 2014 adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente (E)

Impedimento aceptado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

-

GABRIEL EDUARDO

MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZDELGADO

Magistrada

Ausente en comisión

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

Con aclaración de voto

MARTA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS A LA SENTENCIA SU355/15

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO DE CARACTER TRANSITORIO-Se detuvo la sanción disciplinaria del Alcalde Gustavo Petro (Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Debe ejercer control de convencionalidad de las normas internas cuando existe contradicción con decisión internacional (Aclaración de voto)

Comparto el sentido de la decisión, en la medida en que las circunstancias del caso concreto indican que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es igualmente idóneo para resolver el problema jurídico discutido en sede constitucional, en torno al amparo de derechos fundamentales cuya protección invoca el accionante, y que las medidas cautelares conferidas por el Consejo de Estado al ciudadano Gustavo Petro Urrego desvirtúan la presunta ineficacia del medio ordinario de defensa.

Sin embargo, aclaro mi voto con el propósito de explicar que la sentencia debe entenderse como un precedente cuyos contornos están definidos en el problema jurídico planteado y a partir de las decisiones adoptadas dentro del trámite de nulidad iniciado por el actor. Estas características involucran: i) una discusión en curso acerca de la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta al Alcalde Mayor de Bogotá por el Procurador General de la Nación y; ii) la existencia de medidas cautelares a favor del mandatario que le permiten ejercer funciones durante el período para el que fue electo.

Debe rechazarse una interpretación de esta sentencia en la que, a partir de argumentos aislados o descontextualizados, se infiera que la nueva regulación de las medidas cautelares contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, excluye de forma definitiva y en abstracto, la protección que mediante tutela de derechos fundamentales se invoque.

Tal como se ha indicado en jurisprudencia constante, el juez de tutela tiene la obligación de evaluar la idoneidad y eficacia del medio ordinario de defensa judicial frente a la acción de tutela, así como la necesidad de intervenir para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, antes de descartar la procedencia del amparo. En este caso concreto, se observa que el medio ordinario de control dispuesto en el ordenamiento contencioso administrativo -suspensión del acto administrativo[73]- fue idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico que pretendía discutirse en sede constitucional.

Lo anterior, no es óbice para que el juez constitucional en el momento de estudiar la subsidiariedad de la acción, determine la idoneidad y eficacia del medio ordinario de defensa frente a la acción de tutela y preste especial consideración a aspectos como: i) la procedencia de medidas cautelares dentro del proceso ordinario o contencioso administrativo; ii) la finalidad que persigue dentro del proceso en comparación con la que se pretende en el trámite constitucional; iii) las circunstancias de vulnerabilidad o debilidad del afectado y; iv) el principio de cargas soportables para las partes.

Adicionalmente en mi criterio, en este asunto la medida cautelar de suspensión provisional llevó a la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado transitorio, como quiera que las pretensiones planteadas en la demanda de tutela de: i) dejar sin efecto la sanción disciplinaria en contra del accionante, así como la decisión que resolvió

desfavorablemente el recurso de reposición y; ii) garantizar el pleno ejercicio del derecho político del accionante por haber sido elegido Alcalde Mayor de Bogotá D.C., (periodo 2012-2015), fueron resueltas en favor del actor.

Siguiendo el precedente constitucional reiterado por la Corporación[74], en este caso se concretó un hecho superado transitorio por cuanto: i) entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo de la misma en sede de revisión -11 de junio de 2015-, se detuvo la sanción administrativa por la cual se solicitaba el amparo; ii) cualquier orden a impartir por la Sala Plena es inocua e innecesaria[75]; iii) la satisfacción de lo pedido en la tutela fue superado transitoriamente mediante Auto de 13 de mayo de 2014[76], el cual precisamente decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las decisiones demandadas que impusieron y confirmaron la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años contra el ciudadano Gustavo Petro Urrego.

Finalmente, rechazo por impertinentes e innecesarios los señalamientos de la sentencia que defienden la competencia del Procurador General de la Nación para sancionar disciplinariamente a funcionarios de elección popular debido al peligro que representan estas facultades administrativas sancionatorias, en relación con los valores democráticos, la voluntad popular y las garantías constitucionales de quienes son titulares del poder político[77].

La Corte, como órgano de cierre, debe rectificar su rumbo en ejercicio del control de convencionalidad y asumir un cambio de jurisprudencia que armonice la interpretación del numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José-[78], toda vez que una sanción de inhabilitación de los derechos políticos sólo puede ser adoptada por una autoridad judicial.

Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs Venezuela*[79] y para éste lo reiteró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que valorando la gravedad, urgencia e irreparabilidad, dictó medidas cautelares[80] y solicitó al Gobierno de Colombia la suspensión inmediata de los efectos de la decisión emanada por la Procuraduría General de la Nación.

Para la Comisión Interamericana, “(...) a la fecha de la emisión de la presente resolución, la Comisión no ha recibido información respecto a alguna decisión sobre una condena penal,

emitida por un juez competente y en un proceso penal, en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. En consecuencia, la Comisión estima que la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por la autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. (...) En particular, la Comisión toma nota que en dicha petición se aduce la posible falta de compatibilidad de la decisión de la Procuraduría General de la Nación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).”.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA (e)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

A LA SENTENCIA SU355/15

PODER DISCIPLINARIO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION PARA SANCIONAR E INHABILITAR SERVIDORES PUBLICOS DE ELECCION POPULAR-Necesidad de un cambio jurisprudencial por su incompatibilidad con estándares internacionales de respeto a derechos políticos (Aclaración De Voto)

CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fuerza vinculante (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Aclaración de voto)

COMPETENCIA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION PARA SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE A SERVIDORES PUBLICOS INCLUSIVE LOS DE ELECCION POPULAR-Carácter contra-convencional (Aclaración de voto)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Sentencias constituyen precedente

vinculante (Aclaración de voto)

ESTANDARES INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS POLITICOS-Necesidad de armonizar el ordenamiento jurídico interno frente a ellos (Aclaración de voto)

FUNCIONES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Función de vigilancia no equivale a juzgamiento (Aclaración de voto)

FUNCIONES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Competencia para imponer sanciones está sujeta a la libertad de configuración del legislador (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad me permito aclarar el voto a la sentencia SU-355 de 2015, pues a pesar de compartir la decisión adoptada por el Pleno de la Corte, en relación con la declaratoria de improcedencia del amparo solicitado por el actor, considero que se omitieron algunos elementos de juicio relevantes dentro del debate constitucional que planteaba la sentencia de la referencia.

En esencia, encuentro que el caso analizado comportaba un evento de la mayor relevancia, al poner en tela de juicio la compatibilidad del diseño institucional de juzgamiento disciplinario de los empleados de elección popular actualmente previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con los estándares que en esa materia ha fijado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos delimitados por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), quien es su interprete autorizada.

Así, a pesar de encontrar razonable la decisión de declarar la improcedencia de la acción de tutela revisada en la sentencia SU-355 de 2015, pues los medios judiciales ordinarios salvaguardaron de manera efectiva e idónea los derechos fundamentales del actor, considero que la Corte tenía la obligación de pronunciarse de fondo sobre un problema jurídico adicional, que no ha sido adecuadamente abordado por la jurisprudencia reciente de la Corporación (Sentencia SU-712 de 2013), y que escapa al radio de acción y competencia de la jurisdicción ordinaria. Razón por la veo necesario señalar brevemente los fundamentos constitucionales de mi posición en los párrafos subsiguientes.

1. De la incompatibilidad del sistema actual de juzgamiento disciplinario frente a los

estándares constitucionales y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con los funcionarios de elección popular.

En relación con la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación pueda sancionar disciplinariamente a los funcionarios públicos elegidos popularmente, la posición minoritaria de la Sala Plena de la Corte[81] ha explicado que existen varios argumentos que justifican la necesidad del cambio de la jurisprudencia sobre este tema, fundamentadas en poderosas razones de índole constitucional. Dentro del conjunto de dichas razones, quisiera destacar una de ellas que, en mi criterio, no simplemente justifica sino que exige dicho cambio: su incompatibilidad con los estándares de respeto de los derechos políticos establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los cuales fueron especialmente señalados en la sentencia de 1o de septiembre de 2011 en el caso López Mendoza contra Venezuela de la Corte IDH.

En dicho fallo, que guarda notoria identidad[82] con el que discutió la Sala Plena en la presente oportunidad, la Corte IDH señaló expresamente[83] que la posibilidad de imponer sanciones a los empleados elegidos mediante voto popular, afecta intensamente algunos principios fundamentales de la democracia como los derechos políticos a elegir y ser elegido, y el principio de mayorías -o principio democrático-, razón por la que para protegerlos con todas las garantías procesales, se exige que en ellos se disponga reserva judicial. Por tal razón, la posibilidad de decretar la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por parte de autoridades administrativas es abiertamente incompatible con el artículo 23 de la CADH.

Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia constitucional[84], las sentencias de la Corte IDH son precedentes vinculantes debido a que constituyen la doctrina autorizada para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, y por tanto son exigibles a todas las autoridades internas de los Estados partes (como Colombia[85]), lo que incluye por supuesto a la Corte Constitucional. Lo anterior, debido a que la Convención es el instrumento de Derechos Humanos más importante en el ámbito regional, cuyas cláusulas hacen parte del ordenamiento jurídico interno, con jerarquía constitucional, por vía del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.N.). De manera que la sentencia López Mendoza al aclarar el alcance del artículo 23 de la Convención no es simplemente un pronunciamiento internacional con valor puramente doctrinario para la Corte Constitucional,

sino un verdadero precedente vinculante y una pauta imprescindible para interpretar adecuadamente una norma del bloque de constitucionalidad.

Con base en lo anterior, encuentro que la solicitud de tutela incoada por el señor Gustavo Petro Urrego que se revisó en la sentencia SU-355 de 2015, ameritaba un estudio de fondo, dentro del cual resultaba necesario debatir la necesidad de cambiar la posición mayoritaria y vigente de la Corte (sentencias T-544 de 2004 y SU-712 de 2013[86]), en relación con la compatibilidad de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico interno frente a los estándares internacionales de protección de derechos políticos de los funcionarios de elección popular.

Así, frente a la contradicción entre la posiciones de la Corte Constitucional y de la Corte IDH, encuentro que se perdió una valiosa oportunidad para rectificar la posición adoptada por la primera, para armonizarla a través del control de convencionalidad, con las normas y las pautas de interpretación del bloque de constitucionalidad, y, por tanto, ajustar la normatividad interna al respeto de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en materia de garantía de los derechos humanos, en este caso de los derechos políticos.

Sobre la figura del control de convencionalidad, la Corte IDH ha señalado que las autoridades judiciales de los Estados parte de la CADH tienen la obligación de “velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin “[87]. Razón por la que “[los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”[88]

Ahora bien, para complementar las consideraciones precedentes, creo necesario señalar, de forma sucinta, un par de precisiones adicionales respecto al verdadero debate constitucional -de fondo- que envolvía el caso estudiado en la sentencia SU-355 de 2015, esto es, la posibilidad de cambiar la interpretación literal que ha instituido la posición mayoritaria de la Corte sobre el alcance de la norma contenida en el artículo 277.6 de la Constitución Nacional.

2. Sobre la interpretación literal del artículo 277 de la Constitución y sobre su interpretación

“conforme ” con la Convención Americana de Derechos Humanos. Un ajuste institucional que no requiere reforma constitucional sino modificación legislativa.

Respecto a la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación juzgue y sancione a los funcionarios de elección popular, la Sentencia SU-712 de 2013 señaló que la interpretación literal del numeral 6o del artículo 277 de la Constitución, establece claramente tal facultad. Razón por la que si se quiere modificar el sistema de juzgamiento de este tipo de servidores sería necesaria una reforma de la Constitución.

Sin embargo, no comparto tal aseveración, pues el análisis detenido del texto constitucional del artículo 277-6 muestra que no se trata de un enunciado normativo simple, es decir, no plantea una interpretación clara como la que sugirió la sentencia SU-712 de 2013, sino que es un conjunto de proposiciones desglosables en varios contenidos, que incluso permiten una interpretación compatible con los lineamientos señalados por la Corte IDH y que fueron descritos anteriormente. Para sustentar mi posición procedo, preliminarmente, a citar el texto de la norma objeto de la hermenéutica literal que efectuó la Corte:

Artículo 277 [Funciones del Procurador General de la Nación (...)] numeral 6o: “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. (Subrayado adicionado al texto)

Obsérvense los apartados subrayados de la norma. De ellos quisiera extractar un par de consecuencias lógicas, las cuales considero no han sido tomadas en cuenta por la Corte, y que, adicionalmente, permitirían fundamentar un cambio de la posición jurisprudencial que ha asumido la Sala Plena hasta la actualidad.

(i) De una parte, encuentro que en la primera frase subrayada, se establece que en relación con los funcionarios de elección popular, la Constitución únicamente dispone que la Procuraduría General de la Nación, pueda vigilar su conducta. Esta precisión no es superflua, puesto que la vigilancia de la conducta no se identifica ni corresponde, necesariamente, con el juzgamiento de la misma. El análisis literal de dicho contenido normativo lleva a inferir que su alcance no incluye la competencia de juzgamiento sobre los servidores públicos elegidos por voto popular, pues únicamente establece la facultad de

vigilancia superior de la conducta. Si se hubiera querido incluir la competencia jurisdiccional tendría que estar señalada expresamente (vigilar y sancionar).

Como se puede notar, la norma no es absolutamente clara como ha planteado la Sala Plena (sentencia SU-712 de 2013), y por tanto requiere de una interpretación sistemática y conforme con el conjunto de los mandatos constitucionales, incluidos los establecidos por vía del bloque de constitucionalidad. Ahora bien, la facultad sancionadora que ostenta la Procuraduría General de la Nación está prevista en el segundo apartado subrayado, razón por la que procedo a hacer su análisis a continuación.

(ii) El segundo apartado subrayado, señala que la Procuraduría debe adelantar las investigaciones correspondientes “e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Esta segunda enunciación tampoco es una ligereza del Constituyente, pues plantea que la regulación del procedimiento sancionatorio está sujeta al desarrollo que del mismo haga el legislador. La consecuencia lógica que se sigue de esta premisa es que la reforma que exige la interpretación conforme con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuyo alcance ha sido fijado por la Corte IDH, no requiere ninguna reforma constitucional pues puede ser modificado por la propia ley. Lo anterior, debido a que el desarrollo normativo del procedimiento, el cual incluye la competencia para imponer sanciones, está sujeta a la libertad de configuración del legislador, razón por la que es perfectamente viable que el Congreso de la República modifique el actual esquema procesal, para que la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la vigilancia superior únicamente investigue a los funcionarios de elección popular y por separado instruya los casos, para que posteriormente sean juzgados y sancionados por los jueces de la república.

Así las cosas, con base en los anteriores argumentos, nuevamente reitero y aclaro que la Corte perdió una oportunidad única y valiosa para evidenciar el carácter contra-convencional del procedimiento sancionatorio-disciplinario de los empleados de elección popular establecido actualmente por nuestro ordenamiento jurídico interno. Por tanto, la decisión de la Sala Plena debía conllevar a un exhorto al Congreso de la República para que ajustara el procedimiento disciplinario, con el fin de reparar la disconformidad señalada, la cual se traduce en la vulneración de los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular que actualmente siguen siendo juzgados y sancionados por la Procuraduría

General de la Nación.

Por las razones expuestas, aclaro mi voto concurrente en la presente providencia.

Fecha ut supra,

MYRIAM AVILA ROLDAN

Magistrada (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA SU-355/15

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia general (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-La evaluación de los medios de defensa judicial debe ser en concreto tomando en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas (Aclaración de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe valorar si el medio de defensa judicial existente cumple con los requisitos de idoneidad y eficacia (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertirlos no excluye automáticamente el uso de la acción de tutela (Aclaración de voto)

Acción de tutela instaurada por Gustavo Petro Urrego contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

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

Si bien estoy de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría en el caso sub examine, creo importante hacer algunas precisiones acerca de la procedencia general -y no excepcional- como sugiere la ponencia- de la acción de tutela contra actos administrativos.

1. En el asunto que en esta oportunidad ocupa a la Corte, la Sala Plena confirmó la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Gustavo Petro Urrego en contra de la Procuraduría General de la Nación por la decisión de declararlo disciplinariamente responsable e imponerle sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por el término de quince (15) años.

2. En primera medida, debo señalar que aunque comparto el criterio de la mayoría respecto de la improcedencia de la acción de tutela en el caso estudiado por existir otros recursos judiciales efectivos, ello no implica que esta situación en particular deba plantearse como regla general cuando se trate de actos administrativos, como lo sugiere la ponencia.

Si bien el medio de control -suspensión del acto administrativo- usado por el accionante en sede contenciosa fue idóneo y efectivo y le permitió conseguir el objetivo que perseguía mediante la acción de tutela en comento, esto no desplaza la obligación que tiene el juez de tutela -en cada caso concreto- de evaluar la idoneidad y la eficacia de los medios ordinarios de defensa para evitar la posible causación de un perjuicio irremediable.

Con lo anterior quiero decir que aún cuando los recursos ordinarios resulten idóneos -como en el caso concreto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y la suspensión provisional-, esta circunstancia por sí misma, no excluye la procedencia ni le resta eficacia a la acción de tutela para proteger derechos fundamentales, incluso cuando se trate de actos administrativos proferidos en sede disciplinaria.

3. Quisiera concluir estas breves reflexiones, haciendo propias las palabras que el entonces Magistrado Ciro Angarita Barón dedicó en 1992 a la recién creada acción de tutela, ¡la más formidable y poderosa herramienta constitucional concebida en nuestro ordenamiento para

el logro de la justicia material y la garantía de los derechos de los colombianos!:

“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”[89]

Fecha ut supra

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Fue registrada por los medios de comunicación el día 9 de diciembre de 2013.

[2] En el escrito de tutela se presenta un amplio desarrollo del argumento relativo a la no violación del numeral 60 del artículo 48. En esta síntesis se citan las conclusiones que se expresan en el escrito respecto de dicho cargo.

[3] Copia de la respuesta se encuentra en el cuaderno correspondiente a la primera instancia de la acción de tutela. Folios 90 al 129.

[4] Cuaderno No. 1. Folios 1 y 2.

[5] Cuaderno No. 1. Folios 3 y 4.

[6] Cuaderno No. 1. Folios 5 y 6.

[7] Cuaderno No. 1. Folios 10 al 12.

[8] Cuaderno No. 1. Folios 25 al 30

[9] Cuaderno No. 1. Folios 31 al 33

[10] Cuaderno No. 1. Folios 67 y 69.

[11] Cuaderno No. 2. Folios 313 al 315.

[12] Cuaderno No. 1. Folios 73 al 77.

[13] Cuaderno No. 2. Folio 295.

[14] Cuaderno No. 2. Folios 305 al 307.

[15] Cuaderno No. 2. Folios 329 al 342.

[17] Se encuentran en el expediente dos cds. Adicionalmente documento presentado por el Alcalde a fin de que fuera incorporado a la diligencia de versión libre. Cuaderno No. 2. Folios. 376 al 416.

[18] Cuaderno No. 3. Folio 1 al 131.

[19] Escrito presentado por el apoderado judicial del Alcalde. Cuaderno No. 4. Folios 1 al 79.
Escrito presentado por el Alcalde. Cuaderno No. 4. Folios 168 al 188.

[20] Cuaderno No. 5. Folios 1195 al 1218.

[21] Cuaderno No. 5. Folios 1290 al 1304.

[22] Cuaderno No. 5. Folios 1306 al 1327.

[23] Cuaderno No. 5. Folios 1328 a 1346. En esa providencia dispuso la Sala Disciplinaria incorporar al proceso varias quejas presentadas y las diligencias que la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa venia adelantando por los mismos hechos objeto de investigación por la Procuraduría.

[24] Cuaderno No. 5. Folios 1359 al 1370.

[25] Cuaderno No. 5. Folios 1376 al 1388.

[26] Cuaderno No. 7. Folio 37.

[27] Cuaderno No. 7. Folios 41 y 42.

[28] Cuaderno No. 7. Folios 45 al 48.

[29] Cuaderno No. 7. Folios 51 al 57.

[30] Cuaderno No. 7. Folio 81.

[31] Cuaderno No. 7. Folio 58.

[32] Cuaderno No. 7. Folios 59 al 74.

[33] Cuaderno No. 8. Folios 1 al 123.

[34] Cuaderno No. 9. Folios 1 al 244.

[35] Copia del escrito se encuentra en el cuaderno correspondiente a la primera instancia de la acción de tutela. Folios 184 al 322.

[36] Copia del escrito se encuentra en el cuaderno correspondiente a la primera instancia de la acción de tutela. Folios 156 al 181.

[37] Copia de esta decisión se encuentra en el cuaderno correspondiente a la primera instancia de la acción de tutela. Folios 360 al 532.

[38] Debe señalarse que previamente, mediante providencia de fecha 12 de diciembre, el Tribunal había decidido (i) negar la medida de protección provisional solicitada por el accionante consistente en la suspensión de la aplicación de la decisión de la Procuraduría, (ii) admitir la acción de tutela, (iii) notificar al Procurador General de la Nación solicitándose la remisión del expediente disciplinario y (iv) tener como medios de prueba, con el valor asignado por la ley, los allegados al expediente.

[39] En esta misma decisión dispuso aceptar parcialmente -en lo coincidente con las pretensiones del accionante- la coadyuvancia presentada por Luis Eduardo Pineda Palomino

y Manuel Antonio Muñoz Uribe.

[40] La Magistrada Amparo Oviedo Pinto presentó salvamento de voto en contra de esta decisión.

[41] En sesión de fecha 28 de enero de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en aplicación de lo prescrito en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 dispuso adelantar el examen del asunto planteado por la acción de tutela en atención a su trascendencia social.

[42] Es importante destacar que once Magistrados del Consejo de Estado no compartieron la decisión mayoritaria de ese Tribunal.

[43] Copia de estos documentos fueron remitidos por la Secretaría de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el día 19 de agosto de 2014.

[44] Es pertinente referir que mediante decisión de fecha 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Gobierno de Colombia que suspendiera inmediatamente los efectos de la decisión de 9 de diciembre de 2013, emitida y ratificada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2014, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y permitir el cumplimiento del período para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre de 2011, hasta que la CIDH se pronuncie sobre la petición individual P-1742-13. Con posterioridad a esa fecha y en relación con la materia, fueron expedidos por el Presidente de la República los Decretos 570 de 2014 y 797 de 2014. Adicionalmente, y sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento de la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante la acción de tutela, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-976 de 2014.

[45] Así consta en el auto admisorio de fecha 13 de mayo de 2014.

[46] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 15 de agosto de 2014.

[47] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo

Contencioso Administrativo el día 15 de agosto de 2014.

[48] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 15 de agosto de 2014.

[49] Dicho traslado fue dispuesto mediante auto de fecha 10 de abril de 2014.

[51] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 14 de mayo de 2015.

[52] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 14 de mayo de 2015.

[53] Copia del auto fue remitida por el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 14 de mayo de 2015.

[54] Decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión de fecha 30 de julio de 2014.

[55] Radicado No. IUS 2012-447489 IUC D2013-661-576188. Según el accionante la decisión fue comunicada por el Procurador General de la Nación (en adelante PrGN) según la cual la PGN “había llegado a la certeza de la comisión de las faltas imputadas en el pliego de cargos y que, por ello, “la Procuraduría General de la Nación impuso como sanción al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO la destitución del cargo y la inhabilidad general por el término de QUINCE años para ejercer funciones públicas”.”

[56] El poder conferido al Dr. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez, obra en original en el cuaderno correspondiente a la primera instancia de la acción de tutela.

[57] Sentencia T-108 de 2012. También las sentencias T-858 de 2009, T-165 de 2010, T-753 de 2012.

[58] Sentencia T-580 de 2006.

[59] Sentencia T-414 de 1992.

[60] Sentencia T-414 de 1992.

[61] Sentencia T-414 de 1992.

[62] Sentencia T-580 de 2006.

[63] Sentencia T-225 de 1993.

[64] En la sentencia T-262 de 1998 la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el Señor Fernando Carrillo contra la sanción de suspensión por treinta días impuesta por la Procuraduría General de la Nación. En igual dirección procedió la Corte en la sentencia T-737 de 2004 en la que se resolvía la acción de tutela presentada por el Señor José Felix Lafaurie en contra de la Procuraduría General de la Nación por la sanción disciplinaria que le había sido impuesta por tal entidad.

[65] Sentencia T-292 de 1998 y T-737 de 2004.

[66] Sentencia T-292 de 1998.

[67] Sentencia T-292 de 1998.

[68] La Corte estimó que era improcedente la acción de tutela presentada por quien había sido elegido Gobernador del Amazonas en contra del Procurador General de la Nación y uno de sus procuradores delegados.

[69] Providencia de fecha 26 de marzo de dos mil catorce (2014) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Fundamento Jurídico 3.4.

[70] En la sentencia SU-039 de 1997 la Corte se refería así a la figura de la suspensión provisional: “La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso (...).”

[71] Recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado ha destacado una vez más la relevancia de los cambios introducidos en materia de suspensión provisional. Así en providencia de 9 de junio de 2014 se indicó: Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un

estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto” (...). Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” (...).”.

[72] Así por ejemplo y entre muchas otras, se encuentra la sentencia SU-039 de 1997.

[73] El trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 prescribe, “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

[74] T-358 de 2014: “...La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.

Respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado, la Corte ha indicado que el propósito de la acción de tutela se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración

del derecho desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir". Ver en adición las sentencias T-608 de 2002, T-552 de 2002, T-146 de 2012 y T-200 de 2013, entre otras.

[75] La sentencia T-022 de 2012, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, "al encontrarse satisfecha la pretensión formulada en sede de tutela, la probable vulneración de los derechos fundamentales de los estudiantes, docentes y funcionarios de la Institución Educativa Departamental "Enrique Pardo Parra", ha sido superada, en vista de que un juez constitucional ya dictó medidas en ese sentido, las cuales, desde julio de 2011 vienen ejecutándose, encaminados al mismo fin perseguido con la presente acción, frente a lo cual fuerza es concluir, conforme a lo anotado en precedencia, que la decisión que cabría adoptarse en el caso concreto resultaría contraria al objetivo constitucionalmente previsto para este mecanismo de amparo, pues supondría una dualidad de propósitos absolutamente innecesaria".

[76] Proferido por el Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Exp. No. 110010325000201400360 00. No. Interno: 1131-2014.

[77] Ver aclaración de voto del suscrito respecto de la Sentencia SU.712 de 2013. Expediente T-3.005.221. Acción de tutela presentada por Piedad Esneda Córdoba Ruíz contra la Procuraduría General de la Nación.

[78] "Artículo 23. Derechos Políticos (...) 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

[79] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1° de septiembre de 2011.

[80] Resolución número 5 del 18 de marzo de 2014. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[81] Cfr. Salvamentos de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa y del Magistrado

Luís Ernesto Vargas Silva a la sentencia SU-712 de 2013. En la sentencia en cita, la ex senadora Piedad Córdoba Ruíz interpuso una acción de tutela en contra del fallo de la Procuraduría General de la Nación que la había declarado disciplinariamente responsable de haber incurrido, a su juicio, en falta gravísima derivada de actos de promoción y colaboración con el grupo armado ilegal FARC-EP, y como consecuencia de ello la sancionó con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de dieciocho (18) años. En este fallo, la Corte sostuvo que el análisis de la normativa constitucional, de los preceptos legales que regulaban la materia, y especialmente de los precedentes constitucionales de la misma Corporación, llevaban a concluir que la Procuraduría General de la Nación sí era competente para investigar disciplinariamente a los congresistas e imponerles las sanciones correspondientes.

[82] En el caso citado, el señor López Mendoza había sido elegido por votación popular, por dos periodos consecutivos, como Alcalde del Municipio Chacao (Venezuela). Posteriormente, se postuló como candidato para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas, pero fue sancionado con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, por parte del Contralor General de la Nación, en dos procesos administrativos distintos. Luego de haber agotado el proceso interno, es decir la actuación y recursos propios de la vía gubernativa, se intentó un recurso de amparo, y se inició una acción de nulidad ante el contencioso administrativo, escenario en el que se requirió la suspensión provisional del acto cuestionado. El caso llegó a la Corte IDH quien declaró que las sanciones que inhabilitan a un funcionario público de elección popular, no podían ser impuestas por una autoridad administrativa, porque contrariaban el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

[83] En efecto la Corte IDH indicó que: “El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país. || 107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos-reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal

restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en un proceso penal’. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un juez competente’, no hubo ‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’, en el cual tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana”.

1 Cfr. Sentencias T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-010-00 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[85] Colombia firmó la CADH el 22 de nov de 1969, la ratificó el 28 de mayo de 1973, y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

[86] Como se explicó en el salvamento de voto del Magistrado Vargas a la sentencia SU-712 de 2013 estas dos decisiones son las únicas en las que se ha estudiado el tema de la competencia de la Procuraduría General de la Nación en materia de juzgamiento disciplinario a empleados de elección popular. Las demás decisiones relacionadas con el tema, especialmente los de constitucionalidad, únicamente han abordado el asunto de la competencia de la Procuraduría como dichos de paso {obiter dicta), razón por la que no constituyen precedente en la materia.

[87] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafo 225.

[88] Ídem

[89] Sentencia T-406 de 1992.