

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRAMITE O PREPARATORIOS- Improcedencia general

La jurisprudencia constitucional ha acogido la improcedencia general de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios, atendiendo el requisito de subsidiariedad previsto en el ordenamiento Superior, en la medida en que tienen por objeto impulsar las actuaciones administrativas, lo cual tendrá reflejo en el acto principal posterior. Empero, ha estimado que en aquellos eventos en los que el acto administrativo de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial, en el que la actuación sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada y que amenace o vulnere derechos fundamentales, será procedente el amparo tuitivo como mecanismo definitivo.

SUSPENSION PROVISIONAL EN MATERIA DISCIPLINARIA-Alcance constitucional y legal

SUSPENSION PROVISIONAL EN MATERIA DISCIPLINARIA-Caso en que se considera que la segunda suspensión impuesta por la Procuraduría General de la Nación no vulneró derechos fundamentales del demandante en tutela

Dos interpretaciones pueden surgir alrededor de la ausencia de normatividad en el citado supuesto. La primera, es que la Procuraduría General de la Nación no podría acudir a la medida de suspensión disciplinaria, después de haber sido revocada por una instancia superior dentro de la misma institución por déficit de cumplimiento de los presupuestos formales y sustanciales, circunstancia que despojaría de una importante herramienta procesal al funcionario disciplinario para defender los intereses de la sociedad, cuando se presenten situaciones irregulares por parte del sujeto disciplinable. Este entendimiento conllevaría adicionalmente al desconocimiento de la prevalencia del interés general (Art. 1° de la CP), lo cual tampoco contribuiría al logro y mantenimiento de la paz (Art. 95-6). La segunda interpretación de orden teleológico y sistemático, sugiere que a pesar de que se haya dado la revocatoria de la medida de suspensión provisional en razón de las mismas falencias, la autoridad disciplinaria no pierde competencia para hacer uso de la figura con posterioridad, como garantía de la transparencia que debe orientar la función pública. Sin embargo, no puede dejarse de lado la probabilidad de que en un caso determinado se suscite una cadena de suspensiones provisionales y revocatorias de las mismas, circunstancia que

deberá ser valorada en cada caso concreto dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad, en tanto puede verse comprometida la seguridad jurídica y el debido proceso del sujeto disciplinable. En ese orden de ideas, para la Corte la interpretación constitucionalmente adecuada que se aviene a los contenidos de la fórmula del Estado Social de Derecho, es la segunda. Sin embargo, esta consideración no resulta suficiente para desechar la protección iusfundamental solicitada, por lo que es necesario constatar el cumplimiento de los presupuestos para decretar la suspensión provisional por parte de la autoridad disciplinaria accionada.

SUSPENSION PROVISIONAL EN MATERIA DISCIPLINARIA E INCAPACIDAD MEDICA-No es justificación para que se declare improcedente la medida

La circunstancia de incapacidad temporal por razones médicas aducida por el demandante, como justificación para que sea declarada la improcedencia de la medida de suspensión provisional, no es de recibo por este órgano colegiado, teniendo en cuenta que el funcionario sigue siendo titular de la función del empleo, circunstancia que no lo inhibe para ser destinatario de la ley disciplinaria.

JUEZ CONSTITUCIONAL Y RECONOCIMIENTO DE CAUSALES DE RECUSACION CONTRA PROCURADOR DELEGADO-Se trata de un asunto de naturaleza legal que puede ser susceptible de controversia ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa

No deberá ser acogida la petición encaminada a que el juez constitucional reconozca las causales de recusación manifestadas por el demandante contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales el 27 de enero de 2010, por tratarse de un asunto de naturaleza legal que podrá ser susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo una vez haya sido dictado el acto administrativo definitivo, con fundamento en alguna de las causales de anulabilidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Referencia: expediente T-2709642

Acción de tutela de Oscar Raúl Iván Flórez Chávez contra la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, con vinculación oficiosa de

la gobernadora (E.) del departamento del Casanare.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones dictadas el 19 de abril y 24 de mayo de 2010, respectivamente, por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías y el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, ambos de Yopal, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez contra la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la misma institución.

El expediente de la referencia fue seleccionado mediante auto del 25 de agosto de 2010, por la Sala de Selección N° 8 y repartido a la Sala Primera de Revisión.

I. ANTECEDENTES.

El señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, quien fue elegido como gobernador del departamento del Casanare en el período constitucional 2008-2011, impetró acción de tutela con el fin de que sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegido, a acceder a cargos públicos, confianza legítima y buena fe, presuntamente vulnerados con ocasión de la decisión dictada el 16 de marzo de 2010, por la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación dentro del expediente disciplinario N° 2009-643-180014, que confirmó la medida de suspensión provisional

adoptada por segunda vez el 18 de diciembre de 2009, por el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales. La solicitud de tutela se apoya en los siguientes:

1. Hechos.1

1.1. El 14 de septiembre de 2009, el Procurador General de la Nación con ocasión de un informe anónimo sin radicación ni fecha, en el que indicaban presuntas irregularidades en las que estaban incurriendo mandos medios de la gobernación del Casanare, asignó como funcionario especial al Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales para que conociera del asunto.

1.2. El 17 del mismo mes y año, el funcionario delegado ordenó la apertura de la indagación preliminar con el fin de individualizar responsables, para lo cual dispuso la práctica de pruebas, comisionando para tal efecto un empleado de la misma dependencia, con el apoyo de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, con funciones de policía judicial.

1.3. El 4 de noviembre de 2009, el Procurador Delegado ordenó la apertura de la investigación disciplinaria contra seis (6) funcionarios de la gobernación del Casanare y dispuso la suspensión provisional como medida precautelativa, por el término de tres (3) meses al accionante en condición de gobernador del departamento y al secretario privado.

1.4. Sometida a grado de consulta la providencia, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en proveído del 26 de noviembre de la misma anualidad revocó la decisión, por considerar que “el presupuesto para determinar si las faltas por las cuales se adopta la medida de suspensión provisional (...) son graves o gravísimas, no se encuentra satisfecho por la ausencia de sustento probatorio y argumentativo que inequívocamente conduzca a establecer la calificación de las faltas por las que se adopta la medida de suspensión provisional en contra de los funcionarios suspendidos.”² Del mismo modo, estimó que la suspensión provisional fue desmedida, desproporcionada y carente de sustento argumentativo y probatorio, desnaturalizándose de esta manera la figura, en tanto bastaría la apertura de la investigación disciplinaria para que proceda automáticamente la medida.

1.5. El 1° de diciembre de 2009, el demandante solicitó el decreto y práctica de algunas pruebas “para demostrar mi inocencia”³, la cual fue resuelta el 18 del mismo mes, es decir, luego de que se ordenara la segunda suspensión provisional con fundamento en el mismo auto de apertura de investigación.

1.6. Mediante resolución N° 315 del 15 de diciembre de 2009, el Procurador General de la Nación, atendiendo el inicio de las vacaciones colectivas, suspendió los términos procesales en todas las actuaciones, con excepción de los asuntos con asignación especial a la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, pese a lo cual los términos fueron suspendidos por la Sala Disciplinaria. Por tal razón, promovió la primera acción de tutela ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal, despacho judicial que inicialmente suspendió provisionalmente el acto impugnado y, posteriormente en sentencia del 7 de enero de 2010, accedió a la tutela de los derechos fundamentales invocados, como mecanismo transitorio, mientras se tramitaba y decidía el grado de consulta.

1.7. Precisa que a partir del 17 de enero de 2010, fue incapacitado por graves afecciones en su salud, las cuales continuaban para el momento de la presentación de la segunda solicitud de tutela, esto es, abril 5 de 2010.

1.8. El 19 de enero de 2010, los Procuradores Delegados de la Sala Disciplinaria con el fin de garantizar los principios de transparencia, objetividad e imparcialidad, se declararon impedidos para resolver el grado de consulta por haber opinado en el asunto, por cuanto la primera decisión que suspendió provisionalmente al demandante, “motivó que el funcionario de primera instancia se hiciera presente ante la Sala Disciplinaria a defender en forma vehemente los fundamentos de la decisión, planteando una controversia de carácter jurídico, originando con ello un intercambio de opiniones sobre el tema de la suspensión provisional, su aplicación y sus efectos”⁴. Dicha manifestación fue aceptada por el Procurador General de la Nación el 22 del mismo mes, designando en reemplazo a los Procuradores Delegados Primero para la Vigilancia Administrativa y Vigilancia Judicial y Policía Judicial.

1.9. El 27 de enero de 2010, el demandante apoyado en los citados fundamentos de la Sala Disciplinaria, recusó al Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, acusación que no fue aceptada por el citado funcionario, bajo la consideración

de que “la confrontación sostenida con la Sala Disciplinaria no pasó de ser un intercambio de opiniones y se limitó a una sesión de comentarios dirigidos a enriquecer jurídicamente la doctrina de la Procuraduría.” Sin embargo, solicitó que fuera apartado del conocimiento del asunto.

1.10. Mediante providencia del 25 de febrero de 2010, la Sala Disciplinaria ad-hoc rechazó la recusación. Así las cosas, el 16 de marzo del mismo año confirmó la suspensión provisional, decisión de la que disintió la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, salvando su voto.

1. Fundamentos de la acción.

2.1. A juicio del demandante, la decisión de la Sala Disciplinaria ad-hoc desconoció los principios de preclusión, eventualidad y seguridad jurídica, en tanto profirió la segunda medida de suspensión provisional con fundamento en el mismo material probatorio y desconociendo la decisión del grado de consulta que hace tránsito a “cosa juzgada formal”⁵, que estimó que desde el punto de vista probatorio y argumentativo no estaba determinado si las faltas investigadas eran graves o gravísimas.

2.2. Precisa que la finalidad de la suspensión provisional es que la investigación pueda desarrollarse normalmente y sin injerencia alguna del investigado, por lo que no puede tratarse de una multiplicidad de medidas, sino solamente puede acudirse a ella una vez por el término de tres (3) meses, prorrogable hasta por dos períodos iguales. Así las cosas, estima que la posibilidad de adoptar la segunda medida cautelar no está prevista en el procedimiento disciplinario, razón por la que no puede producir efectos jurídicos, “porque se encuentra fundamentada sobre el mismo auto de apertura de investigación que ya fue analizado por la Sala Disciplinaria en decisión del 26 de Noviembre de 2009”⁶, argumento en el que igualmente se apoyó el salvamento de voto de la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa.

En ese orden de ideas, sostiene que al haber sido revocada la medida provisional en grado de consulta, no es posible acudir nuevamente a ella por tratarse de una decisión que se encuentra ejecutoriada, interpretación que de ser acogida permitiría que el funcionario

disciplinario acuda a la medida cautelar cada vez que sean revocadas, ya sea por no ajustarse a las exigencias normativas o por vencimiento de los términos procesales, lo cual resulta desproporcionado y constituye una clara desviación de poder, en tanto se trata de oportunidades que solamente le corresponde determinar al legislador.

2.3. De otra parte, indica que la decisión administrativa objeto de reproche constitucional, pasó por alto que el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales omitió precisar cuáles son los serios elementos de juicio que no hacen viable darle continuidad en el empleo, ya sea porque puede interferir en el normal desarrollo de la investigación o continuar cometiendo la falta, desconociendo uno de los presupuestos que prevé el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, causándose de esta manera un perjuicio irremediable.

Agregó, que no basta la enunciación de pruebas para arribar sin fórmula de juicio a conclusiones carentes de argumentación, siendo necesaria la valoración con el fin de garantizar el derecho de defensa para el investigado, lo cual redundaría en evitar la adopción de medidas cautelares arbitrarias o caprichosas, “siendo aún más gravoso, que de manera inexplicable se desconozcan las circunstancias fácticas que rodearon las conductas que se investigan y sin fórmula de juicio o de defensa se vulnere el principio de legalidad, descartando de tajo el sustento jurídico normativo que sirvió de base a la suscripción de los compromisos contractuales que se reprochan, con el único objeto de adecuar de forma más gravosa las conductas por las que se procede.”

2.4. Del mismo modo, reprocha que se haya tenido en cuenta para demostrar la presunta reiteración de la conducta, compromisos contractuales suscritos con antelación al inicio de la investigación disciplinaria, los cuales tan sólo fueron enunciados para sustentar la decisión, por lo que ordenó sin motivación alguna remitir las actuaciones a la autoridad competente con el fin de investigar posibles nuevas irregularidades, lo cual implica la ruptura de la unidad procesal sin motivación alguna, contrariando decisiones dictadas por la misma institución que han considerado que la posibilidad de suspender provisionalmente a un funcionario es plausible, siempre y cuando se trate de comportamientos futuros o nuevos y haya prueba o indicio en el expediente que de cuenta de tal situación.

2.5. Según el accionante, tampoco encuentra asidero la medida provisional dispuesta, en

tanto que para el momento de la presentación de la acción de tutela, esto es, 5 de abril de 2010, contaba con un poco menos de 3 meses de incapacidad, circunstancia que no permitía configurar ninguna de las causales previstas en el Código Disciplinario Único, teniendo en cuenta que “el cargo, función y servicio del gobernador de Casanare ha sido desempeñado por un tercero encargado para tal efecto.”⁷

2.6. Sostiene que la autoridad administrativa demandada incurrió en un defecto sustantivo, al considerar en el auto de apertura de la investigación disciplinaria del 4 de noviembre de 2009, que el marco normativo que debió aplicarse a los contratos N° 009 de 2008 y 047 de 2009 era el contenido en la Ley 80 de 1993, cuando en realidad la norma aplicable era el Decreto 4313 de 2004, como en efecto ocurrió.

2.7. Advierte la existencia de un defecto procedimental teniendo en cuenta que la decisión administrativa censurada solamente fue adoptada al vencimiento del término de la suspensión provisional, lo cual implica que el término de la medida cautelar “no será de tres meses prorrogable por tres meses iniciales y tres más después del fallo, sino que desde ya se habilitaron tres meses adicionales derivados de la decisión de la consulta, que claramente ya venció el día 18 de marzo de 2010.”

Dentro del mismo ámbito, inscribe la circunstancia de no haberse declarado impedido el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, en los mismos términos de los funcionarios que conformaban la Sala Disciplinaria al momento de decidir el grado de consulta del acto que dispuso suspender provisionalmente por segunda vez al demandante, “pues está acudiendo directamente ante sus colegas a sustentar sus decisiones optando por caminos irregulares que afectan gravemente la imparcialidad de este proceso”.⁸

2.8. Por último, precisa que la Sala Disciplinaria ad-hoc al momento de decidir la consulta no acogió los argumentos expuestos por los jueces de tutela, en el primer trámite constitucional adelantado, vulnerándose de esta manera la Constitución y la ley.

1. Pretensiones.

3.1. Con fundamento en la situación fáctica expuesta, el actor solicita que el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegido, a ejercer cargos públicos, buena fe y confianza legítima, sea concedido como mecanismo definitivo. En consecuencia, pide la revocatoria de la providencias del 16 de marzo de 2010 y 18 de diciembre de 2009, dictadas por Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación y la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, respectivamente, que ordenaron suspenderlo provisionalmente por segunda vez, como gobernador del departamento del Casanare.

3.2. Del mismo modo, que el juez constitucional declare que la autoridad administrativa accionada está imposibilitada para acudir nuevamente a la medida de suspensión provisional.

3.3. Por último, que sean reconocidas las causales de recusación formuladas contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, con el objeto de garantizar un juicio justo e imparcialidad, para lo cual deberá dejarse sin efecto la delegación efectuada por el Procurador General de la Nación y someterse nuevamente a reparto el asunto.

1. Trámite procesal.

Mediante auto del 5 de abril de 2010, la solicitud de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal, en el que ordenó correr traslado a las autoridades accionadas y vinculó oficiosamente a la gobernadora encargada.

De igual manera, suspendió provisionalmente la aplicación de las providencias emanadas de la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, por medio de las cuales fue suspendido provisionalmente el demandante como gobernador del departamento del Casanare.

1. Contestación de la acción.

1. Escrito de Julieta Gómez de Cortés, gobernadora (E.) del departamento del Casanare.

5.1.1. Mediante escrito radicado el 8 de abril de 2010, puso de presente en primer término que no realizaría pronunciamiento alguno en relación con los temas de orden probatorio y de análisis que tuvo en cuenta la entidad demandada, para confirmar la medida cautelar reprochada, por tratarse de un asunto que no es de su competencia.

5.1.2. De otra parte, hizo referencia al decreto dictado por el Presidente de la República que la encargó como gobernadora y, enseguida, estimó que el acto administrativo que ordenó suspender al actor, desconoció la abundante y reiterada jurisprudencia constitucional, “en el sentido de que las medidas preventivas en sede de tutela procederán siempre y cuando el juez realice un riguroso y exigente análisis del caso.”⁹

5.1.3. Para terminar, precisó que en caso de que sea sancionado disciplinariamente el demandante con suspensión o destitución, podrá impugnar la decisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya sea en acción de nulidad o acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismos de defensa judicial que le permitirán solicitar la suspensión provisional del acto, discusión que escapa de la órbita competencial del juez de tutela.

1. Escrito de la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación.

5.2.1. En escrito del 9 de abril de 2010, los Procuradores Primero Delegado ante el Consejo de Estado y Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, señalaron que las razones para confirmar en grado de consulta la segunda medida de suspensión provisional impuesta al tutelante, gravitan en que la decisión atendió de manera precisa las deficiencias argumentativas y de motivación probatoria que habían sido advertidas en la providencia anterior, que revocó la primera medida provisional, cumpliendo de esta manera con los presupuestos del artículo 157 de la Ley 734 de 2002. No obstante, hizo hincapié en que el citado proveído no exigió “un mayor acopio probatorio al proceso.”¹⁰

5.2.2. De igual forma, puntualizó que la ausencia de sustento fue advertida respecto de la providencia, no del proceso, al punto que la Sala fue enfática en señalar que no habían sido relacionados los soportes probatorios que sustentaban la suspensión, ni tampoco consignado los desarrollos argumentativos que definieran las faltas graves o gravísimas que daban lugar a la medida precautelativa, “lo cual es muy distinto a afirmar que en el expediente no existían las pruebas necesarias para suspender o que era necesario desplegar un esfuerzo probatorio adicional en orden a sustentar una nueva medida de suspensión provisional.”¹¹

5.2.3. Estiman que se equivoca el actor al indicar que la decisión administrativa censurada omitió efectuar la valoración probatoria, teniendo en cuenta que el grado de consulta se limita a constatar el cumplimiento de los requisitos para ordenar la medida preventiva, resultando “un abierto contrasentido que en esa sede se agote o realice un análisis probatorio que es propio de las instancias, máxime en un proceso que apenas se encuentra en investigación disciplinaria.”¹²

5.2.4. Así mismo, ilustran al juez constitucional en el sentido de indicar que la suspensión provisional no es una sanción, sino una medida preventiva de carácter transitorio, que no puede confundirse o equipararse a una sanción definitiva. Para terminar, transcribieron apartes de las sentencias C-108 de 1995, C-406 de 1995, T-936 de 2001 y C-450 de 2003, para solicitar que el amparo deprecado sea denegado.

1. Escrito de la Procuraduría General de la Nación.

El 8 de abril de 2010, por intermedio de apoderado judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la solicitud de tutela formulada y subsidiariamente que fueran negadas las pretensiones, en tanto el acto objeto de censura no había incurrido en vulneración alguna de derechos fundamentales. Las razones en las que apoya sus peticiones, son las siguientes:

5.3.1. En primer término, estimó que el demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para decidir la controversia suscitada, cuales son, la acción de nulidad o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, escenarios naturales para impugnar los actos que dispusieron suspenderlo provisionalmente como gobernador del departamento del Casanare.

5.3.2. De otra parte, señala que carecen de certeza las acusaciones efectuadas por el actor en relación con el trámite disciplinario, en tanto la decisión adoptada el 16 de marzo de 2010 por la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación se ajusta a las formas propias del juicio.

5.3.3. En tercer lugar, sostuvo que tampoco se configura una violación del debido proceso, al no haber sido aceptada la recusación formulada por el accionante contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, decisión que le corresponde igualmente adoptar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre y cuando se configure alguna de las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, precisa que no es posible revocar o decretar la nulidad de decisiones de índole disciplinaria, cuando se trata de interpretaciones razonables, lo cual ocurrió en la providencia que decidió negar la recusación formulada contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales

5.3.4. En cuarto lugar, enfatizó en que la decisión administrativa reprochada acogió los presupuestos dispuestos en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual no puede ser tildada de contener conceptos generales que le puedan restar posibilidades a la defensa en el ejercicio del derecho de contradicción, ni puede considerarse como un acto desproporcionado.

Pone de presente que la decisión que revocó la primera medida provisional, no implica la existencia de cosa juzgada, teniendo en cuenta que la citada disposición permite suspender provisionalmente a un funcionario sin límite temporal alguno, siempre y cuando continúe incurriendo en la comisión de la falta u obstruya la investigación, agregando que la supuesta violación del debido proceso derivada de la mora en la práctica de las pruebas solicitadas, no es atribuible a la Procuraduría en tanto coincidió con la vacancia judicial y con el trámite de la recusación promovida por el actor y los impedimentos manifestados por los Procuradores Delegados que conformaron la Sala Disciplinaria que decidió revocar la primera medida preventiva.

5.3.5. Finalmente, estima que la decisión administrativa no incurre en los defectos sustantivo y procedimental anunciados por el actor.

1. Decisión de primera instancia.

6.2. Precisó que la acción de tutela cuando se trata de actos administrativos de trámite o preparatorios, es improcedente por regla general. Sin embargo, indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que excepcionalmente cuando es decidida una cuestión sustancial en la que estén involucrados derechos fundamentales, el amparo constitucional es procedente como mecanismo definitivo. En consecuencia, indicó que la decisión de suspensión provisional luego de surtir el grado de consulta, no es susceptible de recurso alguno, circunstancia que habilita el ejercicio del mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución.

6.3. En relación con la cuestión sustancial, hizo alusión al hipotético caso planteado por los integrantes de la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación para justificar la improcedencia de la segunda medida provisional. Al respecto, indicó que cuando un juez de control de garantías niega una medida de aseguramiento, no es posible que el fiscal con posterioridad la solicite nuevamente, en virtud de los principios de preclusividad, eventualidad y cosa juzgada, salvo que cuente con material probatorio adicional que permita reabrir el debate procesal. De igual modo, apoyó su decisión en el salvamento de voto de la Procuradora Delegada, advirtiendo la inconveniencia de acudir a la medida de suspensión provisional tal como lo ha venido haciendo la entidad demandada, en tanto “daría vía libre a que en el futuro todos los funcionarios que puedan hacer uso de la medida precautelativa la impartan con la certeza de que, dada la indebida aplicación del grado (...) de consulta, tarde o temprano su objetivo será despachado favorablemente, desdibujando así el objeto de la consulta y transgrediendo el debido proceso al hacer a un lado los principios de preclusividad, eventualidad y cosa juzgada, pues en efecto, si al funcionario que le es consultada una providencia sobre suspensión provisional, y al no dar firmeza y ejecutoria a dicho acto, le es negada y se le exponen los argumentos en que se funda la negativa, fácilmente procedería a adecuarla a la argumentación en criterio del a-quem a quien en una ilógica segunda Consulta sobre el mismo tema tendría que proceder a despachar favorablemente.”¹³

6.4. Así las cosas, accedió a la tutela de los derechos fundamentales invocados, aclarando que la decisión adoptada no es obstáculo para que la investigación disciplinaria continúe su normal tránsito. De igual forma, que no existe imposibilidad para adoptar una nueva medida

precautelativa, siempre y cuando se apoye en elementos probatorios diferentes y se cumplan cabalmente los presupuestos establecidos en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002. De esta manera, justificó la imposibilidad de ordenar que en el futuro la entidad demandada no pueda acudir a la suspensión provisional.

6.5. Finalmente, en relación con el escrito de recusación formulado contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, sostuvo que al no advertirse vulneración alguna del derecho al debido proceso, no accedió a la protección constitucional, advirtiendo que se trata de un asunto decidido por la autoridad administrativa demandada el 1° de febrero de 2010, “por lo que una decisión diferente invadiría la órbita de competencia del ente Disciplinador.”¹⁴

1. Impugnación.

7.1. Mediante escrito radicado el 22 de abril de 2010, el demandante impugnó la decisión con el fin de que (i) sea concedido el amparo de manera definitiva y se le prohíba a la Procuraduría General de la Nación, acudir nuevamente a la medida de suspensión provisional, en consideración a “que el régimen disciplinario no contempla la posibilidad de expedir medidas cautelares sucesivas, respecto de los mismos hechos y en una misma actuación”¹⁵ y (ii) que sean reconocidas las causales de recusación manifestadas contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, debiendo someterse nuevamente a reparto la actuación disciplinaria.

Por su parte, los demandados igualmente presentaron escrito de impugnación en los siguientes términos:

7.2. Los Procuradores Delegados de la Sala Disciplinaria ad-hoc, reiteraron íntegramente los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la acción de tutela, enfatizando en que la medida provisional puede ser decretada en cualquier etapa de la investigación disciplinaria o del juzgamiento, “pero tiene como limitación de que sólo puede ser impuesta por una sola vez”¹⁶. Del mismo modo, señalaron que la circunstancia de que la primera suspensión provisional hubiera sido revocada, justifica el uso de la medida preventiva en defensa de los intereses colectivos y de la administración pública.

7.3. La Procuraduría General de la Nación, reprobó que la argumentación de la sentencia impugnada se hubiera apoyado fundamentalmente en el salvamento de voto de la Procuradora Delegada ad-hoc que conformó la Sala Disciplinaria, sin efectuar consideración alguna respecto de la decisión mayoritaria. De igual manera, sostuvo que la decisión tan sólo se limitó a indicar que la adopción de la segunda medida preventiva se efectuó sin el acopio de pruebas adicionales, presupuesto que no se colige de la decisión que revocó la primera suspensión provisional dispuesta contra el demandante.

7.4. Similares argumentos fueron expuestos por el apoderado de la misma entidad, agregando que la decisión de tutela además de que suscitó una tercera instancia dentro del trámite disciplinario, omitió constatar las razones expresadas en el proveído objeto de reproche constitucional, que dan cuenta de la posibilidad de que el demandante continúe desconociendo principios de la contratación estatal. Agregó, que en el discurrir del proceso disciplinario no han sido desconocidas las formas propias y advirtió la improcedencia de la solicitud tutelar, en los términos expresados en el escrito de contestación.

8.1. En sentencia del 24 de mayo de 2010, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Yopal, confirmó íntegramente el fallo impugnado, por considerar que la revocatoria de la primera medida precautelativa en grado de consulta, no habilitaba per se al funcionario disciplinario para decretarla nuevamente, por tratarse de una decisión que carecía de elementos de juicio y sustento probatorio, agregando que su desconocimiento compromete los principios de seguridad jurídica, preclusión y eventualidad.

8.2. Referente al cargo de violación del debido proceso con ocasión de la falta de pronunciamiento respecto de la recusación formulada contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, el juzgador estimó que no le asiste razón al demandante, en tanto no pueden ser aplicables las mismas razones que dieron lugar a los impedimentos de los integrantes de la Sala Disciplinaria ad-hoc, “pues unos son los motivos que llevaron a los integrantes de la Sala Disciplinaria para declarar su impedimento y otro muy distinto, que estos mismos, por extensión apliquen para el señor funcionario de primera instancia.”¹⁷

8.3. Con todo, concluyó que las providencias emanadas de la Procuraduría General de la Nación que suspendieron provisionalmente por segunda vez al demandante, como titular de la gobernación del Casanare, plantean un defecto procedimental, lo cual afecta el derecho fundamental al debido proceso, “con efecto directo a la seguridad jurídica y principio de confianza legítima.”¹⁸.

1. Pruebas relevantes que reposan en el expediente.

- Auto del 17 de septiembre de 2009, por medio del cual el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales dispone iniciar indagación preliminar (folios 42 a 44).
- Auto del 4 de noviembre de 2009, que ordena abrir investigación disciplinaria contra el demandante y lo suspende provisionalmente por primera vez, junto con el secretario privado de la gobernación del Casanare (folios 45 a 67).
- Auto del 26 de noviembre de 2009, emanado de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que decidió revocar la medida de suspensión provisional en grado de consulta, y ordenó el reintegro de los respectivos funcionarios (folios 68 a 81).
- Auto del 18 de diciembre de 2009, proferido por el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales que dispuso suspender provisionalmente por segunda vez al accionante (folios 82 a 105).
- Escrito de impedimento presentado el 19 de enero de 2010, por los Procuradores Delegados que conformaron la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que decidieron revocar la primera suspensión provisional (folios 136 y 137).
- Proveído del 19 de enero de 2010, mediante el cual el Procurador General de la Nación acepta los impedimentos manifestados (folios 138 a 140).
- Escrito de recusación presentado por el demandante contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales (folios 141 a 155).

- Auto del 1° de febrero de 2010, que no acepta la recusación y envía copia al Procurador General de la Nación, “con el fin de estudiar la solicitud de este Despacho de retirarse del asunto, con el fin de garantizar la tranquilidad adecuada para el ejercicio del derecho de defensa del implicado” (folios 157 a 165).
- Auto del 25 de febrero de 2010, dictado por los Procuradores Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa y Delegado para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, que no aceptó la recusación formulada contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales (folios 166 a 172).
- Auto del 16 de marzo de 2010, dictado por la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual confirma la medida precautelativa en grado de consulta (folios 11 a 129).
- Salvamento de voto de la Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa en la decisión que confirmó la suspensión provisional del actor (folios 130 a 135).

1. Escrito de insistencia.

El Procurador General de la Nación, haciendo uso de la facultad contenida en el numeral 12 del artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000, así como en el artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992 (Reglamento de la Corte Constitucional), solicitó la insistencia en la selección del asunto de la referencia. Los argumentos en los que apoyó la petición, pueden resumirse así.

Precisó que para ese organismo, la finalidad de la suspensión provisional es la protección del interés general, lo cual evita que sean cometidas de manera reiterada conductas que afectan la función pública.

Dentro de este contexto, justificó la medida adoptada por la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, teniendo en cuenta que la finalidad es “proteger el bien mayor de la moralidad administrativa, protegiéndola del desempeño irregular de quien desarrollaba en ese momento la actividad pública, con la cual se atentaba contra los principios constitucionales que exigen del Estado y de sus servidores, la realización de las funciones públicas dentro del marco del bienestar general. La Procuraduría pretendía

con la medida proteger además el patrimonio público en un monto alrededor de los \$ 14.289.351.213”.19

De otra parte, consideró equivocado que el actor pretenda la suspensión de los efectos de la medida preventiva en cuestión, teniendo en cuenta que fue adoptada con pleno respeto de los derechos fundamentales y, que mediante una sentencia constitucional, “se pretenda que tal medida no pueda nunca aplicarse en el transcurso del proceso disciplinario”.20

Para terminar, reprocha que las decisiones de los jueces de tutela de instancia estén apoyadas fundamentalmente en el salvamento de voto de la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, posición que no es la institucional. Así mismo, que por tratarse de un asunto de mera legalidad, escapa de la órbita de competencia del juez constitucional, cuando es bien sabido que la acción de tutela no puede convertirse en una nueva instancia judicial, ni está instituida para reemplazar el proceso ordinario y al funcionario disciplinario.

1. Competencia.

La Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

1. Problema jurídico.

2.1. Debe determinar la Sala Primera de Revisión en esta oportunidad, si las decisiones administrativas adoptadas por el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, el 18 de diciembre de 2009 y el 16 de marzo de 2010, respectivamente, que decidieron suspender provisionalmente por segunda vez al demandante, como gobernador del departamento del Casanare elegido para el período constitucional 2008-2011, vulneran los

derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegido, a acceder a cargos públicos, confianza legítima y buena fe, teniendo en consideración que la primera medida preventiva fue revocada en grado de consulta, por adolecer de fundamentos argumentativos y probatorios.

2.2. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios, al alcance constitucional y legal de la suspensión provisional en materia disciplinaria y, finalmente, resolverá el caso concreto.

1. Improcedencia general de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Esta Corporación en sentencia SU-201 de 1994²¹, señaló que los actos de trámite o preparatorios a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que tan sólo constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo.²²

3.2. De igual manera, precisó de conformidad con el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, que los actos definitivos son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa, ya sea porque deciden directa o indirectamente el fondo de un asunto y, que en algunos eventos, es posible mediante actos administrativos de trámite poner fin a una actuación cuando no sea posible continuarla. En aquél entonces, la Corte sostuvo:

“En tal virtud, según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, los actos de trámite y preparatorios, como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada, que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta.”²³

3.3. Sin embargo, este Tribunal en la precitada decisión unificadora, consideró que excepcionalmente algunos actos administrativos de trámite o preparatorios, pueden vulnerar o amenazar derechos fundamentales, evento en el cual sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo.²⁴ Al respecto indicó:

“Advierte la Corte, que de ninguna manera se trata de extender la tutela a los actos de trámite o preparatorios, hasta el extremo que se haga un uso abusivo de ella, con el propósito de impedir que la administración cumpla con la obligación legal que tiene de adelantar los trámites y actuaciones administrativas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la ejecución de los diferentes cometidos que le han sido asignados.

Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos; se convierte de esta manera la tutela, en una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad.”

3.5. De esta manera, sostuvo que las razones que justifican la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite, siempre y cuando decidan una cuestión sustancial dentro de una actuación administrativa, son:

“- Esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera

inmediata.

- Según el art. 209 de la C.P., '[l]a función administrativa esta al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...' y el artículo 29 de la C.P, garantiza el debido proceso en las actuaciones administrativas. La tutela contra actos de trámite que definen una cuestión esencial dentro de la actuación administrativa, a la manera de una medida preventiva, como se explicó antes, persigue la finalidad de que las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad a la adopción de la decisión final se adecuen a los mencionados principios y aseguren el derecho de defensa de los administrados. De esta manera, se logra la efectividad de los derechos de los administrados en forma oportuna, se les evita el tener que acudir necesariamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener su protección, a través de la impugnación del acto definitivo y, consecuentemente, se conjura la proliferación de los procesos ante dicha jurisdicción, lo cual indudablemente redundará en beneficio del interés público o social."

3.6. Sin embargo, valga precisar que la Corte ha sido rigurosa en la procedencia de la acción tutelar en el citado supuesto, incluido el ámbito disciplinario,²⁵ por cuanto si bien se trata de actos que no son pasibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, "los errores en que posiblemente pudiera haberse incurrido, pueden ser subsanados dentro del trámite del proceso disciplinario y en caso de no ser así, podrán ser alegados cuando el afectado decida hacer uso de la acción contencioso administrativa contra el acto que imponga la sanción disciplinaria. (...) Además, es claro que con los actos de trámite o preparatorios, no está expresándose una voluntad definitiva, sino que se constituyen como un conjunto de actuaciones intermedias previas a la formación de la decisión que se plasmará en el acto final".²⁶

3.7. En suma, la jurisprudencia constitucional ha acogido la improcedencia general de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios, atendiendo el requisito de subsidiariedad previsto en el ordenamiento Superior, en la medida en que tienen por objeto impulsar las actuaciones administrativas, lo cual tendrá reflejo en el acto principal posterior. Empero, ha estimado que en aquellos eventos en los que el acto administrativo de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial, en el que la actuación sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada y que amenace o vulnere derechos

fundamentales, será procedente el amparo tuitivo como mecanismo definitivo.²⁷

1. Alcance constitucional y legal de la suspensión provisional en materia disciplinaria.

4.1. Una manifestación del principio de frenos y de contrapesos en la Constitución de 1991, es la función de control atribuida a la Procuraduría General de la Nación como órgano autónomo e independiente (Art. 117 de C.P.), correspondiéndole entre otros asuntos, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, así como ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular, ejerciendo de ser el caso, el poder disciplinario preferente²⁸, para lo cual podrá adelantar las investigaciones correspondientes, imponiendo las respectivas sanciones conforme a la ley (Arts. 118 y 277 numerales 1° y 6 de la C.P.).

4.2. Justamente, la Ley 734 de 2002 contiene el Código Disciplinario Único vigente, el cual “comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos. El CDU define las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones en las que se puede incurrir y el proceso que debe seguirse para establecer la responsabilidad disciplinaria. Con la expedición del CDU se persigue la instauración de un estatuto uniforme y comprensivo de todo el régimen disciplinario aplicable a los servidores del Estado”.²⁹

4.3. De conformidad con el citado marco normativo, identificado el posible autor o autores de la falta disciplinaria calificada como gravísima o grave, el funcionario durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento, podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere (Art. 157).

De igual manera, la Corte ha definido que el carácter transitorio de la suspensión provisional significa que su adopción no define la responsabilidad del servidor público, en tanto se trata

de una medida de prudencia disciplinaria que “no es anotada en la hoja de vida -como ocurre por ejemplo con la sanción de amonestación- ni se registra como antecedente disciplinario, a lo que sí habría lugar en caso de un fallo con orden de suspensión”,³¹ ni tampoco efectúa ningún tipo de valoración respecto de la culpabilidad del investigado.

Conforme a lo anterior, es claro que se trata de un dispositivo procesal al que puede acudir el funcionario disciplinario, con el fin de defender los intereses de la sociedad (Art. 277 numeral 3° de la C.P.), para lo cual cuenta con un importante margen de apreciación, aunque como lo consideró este Tribunal en sentencia C-280 de 1996,³² “no es una medida absolutamente discrecional”, en tanto se trata de una facultad reglada. Así las cosas, “no puede ser utilizada de manera arbitraria y caprichosa por parte de quienes tienen competencia para ordenarla. Es menester que el funcionario competente realice un análisis previo de los elementos de juicio con que cuenta y determine con claridad si la permanencia en el cargo del investigado podría interferir con el trámite normal de la investigación o si la falta podría continuar o reiterarse”.³³

4.4. En ese orden de ideas, esta Corporación en sentencia C-450 de 2003³⁴ con fundamento en la estructura del artículo 157 de la Ley 734 de 2002 -disposición que consagra la suspensión provisional-, señaló los presupuestos concurrentes que deben preceder a su declaratoria.

En primer término, identificado el posible autor o autores de la falta disciplinaria, durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento, la medida de suspensión provisional puede ser adoptada siempre y cuando se trata de faltas calificadas como gravísimas o graves, exigencia que “busca circunscribir la medida respecto de conductas muy lesivas de los bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario, las cuales son sancionadas con destitución, suspensión en el ejercicio del cargo, inhabilidad general o inhabilidad especial según lo dispuesto en el artículo 44 de CDU.”

De otra parte, sólo existen tres causas que podrían justificar suspensión provisional:

a. Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilite la interferencia del servidor en el trámite de la investigación.³⁵

a. Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga.

a. Que permanecer en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga.³⁶

Con todo, se trata de causales que “salvaguardan aquellos bienes jurídicamente tutelados que hubieren sido posiblemente lesionados en forma gravísima o grave, mediante la eliminación de la posibilidad de que sigan siendo o vuelvan a ser afectados por la conducta del servidor investigado o juzgado.”

En tercer lugar, no basta la sospecha de que los supuestos indicados en precedencia puedan llegar a presentarse, sino que es necesario que respecto de su ocurrencia se evidencien serios elementos de juicio, pues “[d]e lo que se trata es de precaver que una conducta objetiva de la cual existen serios y evidentes elementos de juicio, se prolongue en el tiempo una vez realizada. Dicha prolongación puede tener dos modalidades: la simple continuación o la reiteración de la conducta ya realizada. No se está, entonces, ante un juicio anticipado acerca de la personalidad del servidor público investigado o juzgado disciplinariamente sino ante una facultad derivada de la valorización de elementos probatorios relativos al acto que disciplinariamente se le imputa.”

4.5. Ahora bien, la Corte Constitucional también ha considerado que la suspensión provisional además de estar condicionada a los citados requisitos, está sujeta a ciertas garantías.

Las primeras, las denominó garantías respecto de la adopción misma de la suspensión provisional, donde tiene cabida la motivación y la revocabilidad, respecto de las cuales dijo:

Los motivos sobre los que el funcionario fundó la orden de suspender provisionalmente al servidor, también constituyen el fundamento único de la medida. En efecto, el legislador establece, en el inciso sexto del artículo acusado, que, al desaparecer los motivos que dieron lugar a la medida, y en cualquier momento, ésta deberá ser revocada. Además de quien profirió la medida, la decisión podrá ser revocada por el superior jerárquico del funcionario

competente para dictar el fallo de primera instancia.”

Así mismo, hizo referencia a la responsabilidad personal del funcionario que decide la suspensión provisional, tal como lo dispone la Ley 734 de 2002.

Las segundas, hacen relación a las garantías procesales. Al respecto, en aquellos procesos disciplinarios de única instancia, el servidor disciplinado tiene la posibilidad de presentar recurso de reposición contra la decisión de suspensión provisional, mientras que en los de primera instancia, una vez haya sido comunicada la decisión al afectado, el funcionario deberá remitir inmediatamente el proceso al superior para que surta el grado de consulta.³⁷

Otra garantía procesal consiste en el término de duración de la suspensión provisional, en tanto el servidor podrá estar suspendido “hasta por un período de tres meses, prorrogables por otros tres. De ser necesaria la continuación de la medida por más de seis meses, para su prórroga el legislador exige que el proceso disciplinario que se adelanta, sea éste de única o de primera instancia, ya haya sido fallado. En tal caso, la suspensión provisional podrá prorrogarse nuevamente pero sólo hasta por tres meses más.” En caso de que el proceso disciplinario adelantado finalice con sanción de suspensión o de suspensión e inhabilidad, el lapso durante el cual el servidor estuvo provisionalmente suspendido, será computado como parte del tiempo ordenado en la sanción.

Igualmente, la Corte aludió a los efectos sobre la remuneración del funcionario suspendido provisionalmente, teniendo en cuenta que una vez impuesta la medida, queda sin derecho a remuneración alguna. Lo anterior, sin dejar de lado que cuando el tiempo de la sanción resulta inferior al tiempo de la suspensión provisional, “la diferencia que resulte entre un lapso de suspensión y el otro, se traduzca en el pago de la remuneración que dejó de recibir. Con ello el legislador evita que la afectación de la remuneración por razones de prudencia, resulte superior a la afectación que legítimamente le corresponde soportar en razón de su sanción.”

4.6. Por último, el artículo 158 de la Ley 734 de 2002 prevé que el funcionario que hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al

reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando (i) la investigación termine con fallo absolutorio, o (ii) con decisión de archivo, o (iii) de terminación del proceso, o (iv) cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.

1. Solución del caso concreto.

1. Procedencia de la acción.

5.1.1. Como quiera que la pretensión está encaminada a dejar sin efecto las decisiones administrativas adoptadas por la Procuraduría General de la Nación, el 18 de diciembre de 2009 y el 16 de marzo de 2010, que suspendieron provisionalmente al demandante por segunda vez del cargo de gobernador del departamento del Casanare, elegido para el período constitucional 2008-2011, debe estudiar la Sala lo relativo a la procedibilidad del amparo deprecado.

5.1.2. En efecto, se trata de los actos administrativos de trámite dictados en la investigación disciplinaria que se encuentra en curso, en la que busca dilucidarse irregularidades en materia de contratación estatal en las que presuntamente ha incurrido el actor. Sin embargo, nótese que no se trata de meras decisiones de impulso de la actuación administrativa, sino que al decretar la medida preventiva de suspensión provisional, están decidiendo un asunto que no es susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Del mismo modo, el asunto objeto de revisión plantea una cuestión de relevancia constitucional, teniendo en cuenta que la inconformidad del demandante radica en que la entidad demandada luego de haber revocado la primera medida provisional por ausencia de sustento argumentativo y probatorio, decidió subsanando al parecer las insuficiencias del primer proveído, suspenderlo preventivamente por segunda vez.

5.1.3. Entonces, ante la posible afectación de derechos fundamentales, lo que se impone es la procedencia de la acción de tutela, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva del demandante.

1. La segunda suspensión provisional dispuesta por la Procuraduría General de la Nación, no vulneró los derechos fundamentales del demandante.

5.2.1. Por resultar metodológicamente adecuado, la Sala hará una secuencia de las actuaciones surtidas en el proceso disciplinario seguido contra el actor (Rad. IUC.D-2009-643-180014), que versan sobre las medidas de suspensión provisional dispuestas hasta el momento, por resultar pertinentes para adoptar la decisión de fondo.

El 17 de septiembre de 2009, con ocasión del escrito anónimo presentado y por expresa asignación especial que hiciera el Procurador General de la Nación, el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, decidió iniciar en averiguación indagación preliminar “[c]on la finalidad de verificar la ocurrencia de los hechos, determinar si son constitutivos de falta disciplinaria, identificar e individualizar al servidor público presuntamente comprometido y establecer si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad”.³⁸ En el mismo proveído, dispuso la práctica de pruebas.

El 4 de noviembre de 2009, decidió abrir investigación disciplinaria en contra del accionante, en su condición de gobernador del departamento del Casanare; Julio Flórez Sarmiento, en calidad de secretario privado de la gobernación del Casanare; Elizabeth Ojeda Rodríguez, como Secretaria de Educación de la misma entidad territorial; Luis Adelfo Leguizamon Roldán, director de investigación técnico pedagógica de la Secretaría de Educación Departamental; José Yesid Mariño Ortiz, Secretario de Gobierno y Desarrollo Comunitario del departamento del Casanare; Geny Albarracín Rivera, director técnico de la dirección de convivencia y desarrollo comunitario, adscrito a la Secretaría de Gobierno del departamento. Del mismo modo, ordenó la práctica de algunas pruebas y, como medida precautelativa, la suspensión del demandante y del secretario privado, por el término de tres (3) meses, sin tener derecho a remuneración alguna.

El 26 de noviembre de 2009, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación con ocasión del grado de consulta que surtió la aludida providencia, revocó la medida provisional dispuesta por ausencia de sustento argumentativo y probatorio que atienda la existencia de serios elementos de juicio y, por no estar debidamente motivada. En consecuencia, ordenó el reintegro a los respectivos cargos. Los argumentos in extenso en los que se apoyó la

decisión, fueron los siguientes:

“En el auto del 14 de septiembre de 2009 (sic), el a quo estimó que se dan los presupuestos para adoptar dicha medida cautelar de carácter disciplinario, al existir pruebas que permiten inferir que el mencionado servidor público investigado pudo incurrir en la comisión de conductas constitutivas de falta disciplinaria gravísima descritas en los numerales 2 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, teniendo como fundamento la situación fáctica expuesta en el citado auto, pero sin llegar a concretar las conductas que tipifican las faltas disciplinarias descritas en los numerales 1° y 31 del artículo 48 ibídem, situación que le impide a la Sala Disciplinaria analizar los supuestos fácticos y conductuales que le permite determinar con certeza si se está frente a conductas o comportamientos que configuren las faltas gravísimas establecidas en los numerales citados y, además, le impiden a los investigados y/o apoderados poder contradecir la decisión tomada en debida forma dentro de la oportunidad procesal, que es en el escrito de alegatos, pues al encontrarse motivada en forma genérica o superficial la calificación de las faltas, le limita la posibilidad a la defensa de centrar la discusión en esta consulta y de conocer cuáles son los concretos elementos probatorios y de juicio para saber si la conducta o conductas por las cuales se toma la medida de suspensión obedecen a faltas graves o gravísimas.

(...)

En consecuencia, la Sala Disciplinaria considera que el presupuesto de determinar si las faltas por las cuales se adopta la medida de suspensión provisional dentro del presente diligenciamiento son graves o gravísimas, no se encuentra satisfecho por la ausencia de sustento probatorio y argumentativo que inequívocamente conduzca a establecer la calificación de las faltas por las que se adopta la medida de suspensión provisional en contra de los funcionarios suspendidos, máxime si es el mismo funcionario especial quien afirma que el Gobernador entregó los mayores componentes de la canasta educativa a la DENOMINACIÓN UNIÓN PANAMERICANA, “apoyado en una presunta interpretación equivocada de las disposiciones aplicables a los contratos (...), afirmación con la que excluye el dolo en el comportamiento de investigado.

Ahora bien, como presupuestos sustanciales para que opere la medida de suspensión provisional, según el artículo 157 de la Ley 734 de 2002 (...), la medida debe ser motivada y

adoptarse siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público, posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

(...) [l]a decisión debe motivarse y fundarse en hechos reales que permitan establecer si es procedente tomar la medida excepcional de acuerdo con su finalidad.

Con relación al presente análisis, el a quo manifiesta en el acto objeto de estudio que el Gobernador celebró el contrato 009 de 2008 con la “DENOMINACIÓN UNIÓN PANAMERICANA”, contrato al que se le ha formulado serios reparos en relación con los fundamentos jurídicos que lo soportan y por la falta de experiencia e idoneidad del contratista y, sin embargo, la Gobernación decide suscribir el contrato 047 de 2009 con el mismo contratista, pero esta vez es el Secretario Privado, quien en cumplimiento de las facultades contractuales delegadas suscribe dicho negocio, hechos de los cuales deduce el funcionario investigador que el Gobernador podría reiterar en el procedimiento de adjudicarle contratos a la citada contratista.

Al respecto debe señalarse que siendo esa la motivación central de la decisión de suspender provisionalmente al mandatario seccional de Casanare y a su Secretario Privado, esta resulta desmedida y desproporcionada a criterio de la Sala, en razón a que se incurre en un error de apreciación fáctico y argumentativo porque, como lo afirma el apoderado del Gobernador, en el caso de la delegación de las funciones contractuales al Secretario Privado, el delegante solo responderá por los deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, siempre y cuando hubiere incurrido el dolo o culpa grave, como lo establece el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-693 de 2007.

(...)

Cierto es, como lo afirma el defensor del Gobernador, que no se dieron los presupuestos legales para dictar la medida de suspensión provisional porque no se adelantó la adecuación de cuáles comportamientos pueden constituir faltas graves o gravísimas, máxime si se determina como fundamento de la decisión el estar incurso en la falta descrita en el numeral 2° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que se refiere a ‘obstaculizar en forma grave la o

las investigaciones que realicen las autoridades, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la república las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

Infiere el a quo que de mantenerse en los cargos a los investigados, tienen la posibilidad y la oportunidad de continuar trasgrediendo los principios generales de la contratación estatal y por ende los deberes funcionales, por ser el funcionario de mayor jerarquía y mando dentro del Departamento del Casanare, en el caso del Gobernador, aseveración carente de todo sustento, porque no es suficiente el afirmar que por sólo la posición laboral se pueda continuar infringiendo las normas, porque de ser así, todo funcionario investigado que ejerza jurisdicción y mando tendría que ser objeto de la suspensión provisional, lo que iría en contra de los principios de la buena administración y de la filosofía de la figura de la suspensión.

De aceptarse la inferencia expuesta, carente de sustento fáctico y probatorio alguno, llevaría a concluir simplemente que es suficiente la apertura de una investigación disciplinaria respecto de cualquier servidor público que sea de mayor jerarquía y mando dentro de una entidad pública para que proceda automáticamente la suspensión provisional, situación que desde luego es contraria a la finalidad que persigue el artículo 157 de la Ley 734 de 2002.

Ningún estudio probatorio hizo el a quo para demostrar de manera cierta que los autores de las faltas, de permanecer en el cargo, persistirían en sus actividades infractoras. Debe reiterar la Sala que era necesario relacionar los serios elementos de juicio que se observaron por el a quo para llegar a esa conclusión de existencia de riesgo de reiterar la conducta con el peligro consecuente para la sociedad, si se deja el funcionario en el cargo.

Analizados los aspectos formales y sustanciales de la medida de suspensión provisional, la Sala considera necesario precisar que en virtud del grado de consulta del auto respectivo, a esta instancia del Ministerio Público solo le compete verificar si en la providencia que adopta la medida de suspensión provisional se cumplen o no las condiciones, requisitos y garantías formales y sustanciales que consagra el artículo 157 de la Ley 734 de 2002 para que opere dicha medida cautelar”³⁹.

El 18 de diciembre de 2009, el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, decidió suspender provisionalmente por segunda vez al actor por el término de tres (3) meses, sin derecho a remuneración alguna.

El 16 de marzo de 2010, la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, confirmó la medida preventiva en grado de consulta, con disidencia de uno de los integrantes.

5.2.2. Lo anterior, suscita el gran interrogante que debe resolver el juez constitucional en esta oportunidad: ¿Puede el funcionario disciplinario acudir por segunda vez a la figura de la suspensión provisional, luego de que la inicialmente adoptada fue revocada por ausencia de cumplimiento de los presupuestos señalados en el Código Disciplinario Único?

Ciertamente la norma que hace referencia a la medida de suspensión provisional (Art. 157 de la Ley 734 de 2002), tan sólo señala que cumplidas las condiciones formales y sustanciales precisadas en las consideraciones de esta decisión, el límite temporal será de tres (3) meses, prorrogables por un período igual, con la posibilidad de prorrogarse por otro tanto, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

En relación con las prórrogas previstas por el legislador, la Corte en sentencia C-450 de 200340 declaró la exequibilidad, en el entendido “de que el acto que ordene la prórroga debe reunir también los requisitos establecidos en este artículo para la suspensión inicial y la segunda prórroga sólo procede si el fallo de primera o única instancia fue sancionatorio.” Con fundamento en el principio de proporcionalidad, consustancial al Estado Social de Derecho, este Tribunal expresó:

“Primero, la interpretación según la cual el acto que ordena una prórroga es discrecional del funcionario representa un riesgo de arbitrariedad y discriminación constitucionalmente intolerable y comporta para el suspendido el deber de soportar una carga excesiva – la suspensión sin derecho a remuneración hasta por nueve meses a voluntad del funcionario disciplinario competente – de la cual no podría defenderse. Ello representaría una afectación desproporcionada de su derecho de defensa así como del derecho al mínimo vital. El suspendido tiene constitucionalmente el derecho a que cada prórroga de la medida cautelar reúna los requisitos que debe llenar el auto que decreta la suspensión provisional porque, de lo contrario, las cargas que recaen sobre el suspendido deberían ser soportadas irremediablemente por éste a voluntad del funcionario competente, lo cual es contrario al Estado Social de Derecho y al principio de proporcionalidad consustancial a éste.

Segundo, la interpretación según la cual aún después de dictarse fallo absolutorio de primera

o única instancia procede una segunda prórroga también resulta contraria la Carta. La Constitución prohíbe que quien no ha incurrido en ninguna falta según la autoridad competente para determinar su responsabilidad disciplinaria, sea tratado como si subsistieran ‘serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere’. En efecto, dictado el fallo absolutorio los fines que justifican la medida provisional han sido desvirtuados por la propia autoridad disciplinaria que ya culminó la investigación, juzgó y falló, y que concluyó que no había falta que pudiera continuar siendo cometida o reiterada. La proporcionalidad de la medida provisional depende de que ésta propenda por los fines que la justifican, lo cual deja de ser posible después de proferido el fallo absolutorio. Además, extender después de seis meses de suspensión la duración de la medida por tres meses más, cuando el fallo ha sido absolutorio, representa una carga desproporcionada para quien el propio Estado ha declarado exento de responsabilidad disciplinaria.”

5.2.3. Ahora bien, dos interpretaciones pueden surgir alrededor de la ausencia de normatividad en el citado supuesto. La primera, es que la Procuraduría General de la Nación no podría acudir a la medida de suspensión disciplinaria, después de haber sido revocada por una instancia superior dentro de la misma institución por déficit de cumplimiento de los presupuestos formales y sustanciales, circunstancia que despojaría de una importante herramienta procesal al funcionario disciplinario para defender los intereses de la sociedad, cuando se presenten situaciones irregulares por parte del sujeto disciplinable. Este entendimiento conllevaría adicionalmente al desconocimiento de la prevalencia del interés general (Art. 1° de la CP), lo cual tampoco contribuiría al logro y mantenimiento de la paz (Art. 95-6).

La segunda interpretación de orden teleológico y sistemático, sugiere que a pesar de que se haya dado la revocatoria de la medida de suspensión provisional en razón de las mismas falencias, la autoridad disciplinaria no pierde competencia para hacer uso de la figura con posterioridad, como garantía de la transparencia que debe orientar la función pública. Sin embargo, no puede dejarse de lado la probabilidad de que en un caso determinado se suscite una cadena de suspensiones provisionales y revocatorias de las mismas, circunstancia que deberá ser valorada en cada caso concreto dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad, en tanto puede verse comprometida la seguridad jurídica y el debido

proceso del sujeto disciplinable.

5.2.4. En ese orden de ideas, para la Corte la interpretación constitucionalmente adecuada que se aviene a los contenidos de la fórmula del Estado Social de Derecho, es la segunda. Sin embargo, esta consideración no resulta suficiente para desechar la protección iusfundamental solicitada, por lo que es necesario constatar el cumplimiento de los presupuestos para decretar la suspensión provisional por parte de la autoridad disciplinaria accionada.

5.2.5. Del material probatorio que reposa en el expediente, se tiene que la medida fue impuesta durante la investigación disciplinaria, acogiendo la garantía procesal prevista en la normatividad disciplinaria. De igual manera, circunscribió las faltas gravísimas a las presuntas irregularidades presentadas con ocasión de la suscripción del contrato N° 009 de 2008, teniendo en cuenta que “(...) tuvo como fundamento jurídico para su celebración con una confesión religiosa lo establecido en los artículos 11 y 12 del decreto 4313 de 2004, por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas”.⁴¹ Al respecto, hizo alusión de las disposiciones que hacen referencia al alcance de las expresiones “iglesia y confesión religiosa”, los requisitos para la celebración de contratos y lo relativo a la administración del sector educativo, para concluir que “si el mencionado contrato se realizó teniendo en consideración lo señalado en los artículos 11 y 12 del decreto 4313 de 2004, es claro que la iglesia o confesión religiosa debería cumplir con los requisitos de experiencia, superior a tres años en la dirección y administración de establecimientos educativos o en la prestación del servicio educativo organizado por particulares; empero probablemente ello no quedó satisfecho por la ‘Denominación Misión Panamericana’ ya que no contaban hasta el momento en que se celebra el contrato 09 de 2008, con experiencia específica en la administración del transporte escolar, el cual era uno de los componentes básicos del contrato”,⁴² lo cual justificó a partir del objeto de los convenios N° 012 de 2002,⁴³ 030 de 2003,⁴⁴ 016 de 2003⁴⁵ y 026 de 2002,⁴⁶ celebrados por la misma entidad territorial.

Igualmente, encontró que los requisitos inherentes a la modalidad del contrato de administración del servicio educativo, tampoco se acataron, “ya que en cumplimiento del contrato 009 de 2008, no aparece evidencia alguna sobre la obligación de la entidad territorial para aportar su infraestructura física, docente y administrativa o alguna de ellas,

en desarrollo del aludido contrato”.⁴⁷

Enseguida, mencionó los componentes educativos ofrecidos y asumidos por el contratista, lo cual le permitió colegir que “estamos probablemente frente a un contrato de prestación de servicio educativo, el cual es un contrato estatal atípico que se rige por la normatividad señalada en la ley 80 de 1993, hasta el punto que revisado el clausulado del mencionado negocio jurídico se acordaron cláusulas excepcionales o de privilegio”.⁴⁸

Con todo, sostuvo el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales, que “la falta por la cual se adelanta la presente investigación tendrá el carácter de gravísima, si se tiene en cuenta que con la celebración del referido negocio jurídico que aquí se examina, se pudieron desconocer los principios de la contratación estatal previstos en el artículo 24 numeral 8° de la ley 80 de 1993, en el entendido que se inobservó el deber de selección objetiva, ya que para la selección de la ‘Denominación Misión Panamericana’ no hubo la posibilidad de la conformación de un banco de oferentes de la manera como lo exige el decreto 4313 de 2004”⁴⁹ (negritas en el texto original).

De otra parte, estimó el funcionario disciplinario que el actor al parecer desconoció en la suscripción del contrato N° 047 de 2009, el principio de responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual, en tanto “no existe elemento probatorio alguno que demuestre efectivamente una adecuada y correcta función de orientación, control y vigilancia del señor Gobernador, de cara a la delegación para contratar en cabeza del secretario privado de la gobernación; pues al efectuar un examen de esta actividad se halló que el secretario privado remitió al demandante como informe de su actividad, toda la contratación realizada por éste durante el año 2008 en medio magnético, sin que a dicho informe el Gobernador presentara observación en reparo alguno, permitiéndose inferir que conocía los procesos contractuales adelantados por su funcionario y mantiene tal delegación durante el año 2009, en donde se reiteran las modalidades contractuales adelantadas durante el año anterior”.⁵⁰

También aludió a las supuestas irregularidades derivadas de los convenios N° 130 y 160 de 2008, suscritos por el secretario privado de la gobernación del Casanare, con ocasión de la delegación conferida por el demandante, por cuanto “podrían estar de igual manera vulnerando los principios de la contratación estatal especialmente los que señalan el numeral

8° del artículo 24 de la ley 734 de 2002, por cuanto pudiendo adelantar el proceso de selección del contratista a través de las modalidades previstas en la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 se opta por escoger la contratación directa con una entidad sin ánimo de lucro para desarrollar una actividad propia de los contratos estatales, desconociendo a su paso el principio de libertad de concurrencia que permite a los particulares participar en igualdad de condiciones frente a la contratación pública como garantía que todas las personas que tengan la posibilidad de ofrecer bienes y servicios puedan participar en los procesos de selección públicos, lo cual, se traduce en el despliegue del principio de igualdad ante la ley, acogido en los artículos 13 y 334 de la Constitución Política que es el derecho de todos los ciudadanos al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado”.⁵¹

Finalmente, en relación con la necesidad de que se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del presunto autor o autores de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere, la autoridad administrativa demandada luego de advertir el alcance que la doctrina ha fijado a la expresión “serios elementos de juicio”, hizo referencia al objeto de los contratos N° 0043 de 2008, 0046 de 2008, 0107 de 2008, 109 de 2008, 0383 de 2009, 0723 de 2009, suscritos con la “Denominación Misión Panamericana”, en los que la tendencia fue a utilizar la misma modalidad contractual, razón por la cual decidió compulsar copias de la actuación a la Fiscalía General de la Nación por presunto desconocimiento del deber de selección objetiva consagrado en el decreto 4313 de 2004.

Así mismo, sostuvo que en el año 2008, la misma entidad territorial celebró 238 convenios de cooperación con entidades sin ánimo de lucro, “en los que se percibe aún más una posible desnaturalización de esta figura para eludir la selección objetiva o la aplicación de las reglas que rigen la contratación estatal”.⁵² Agregó, haciendo referencia expresa al objeto de algunos de ellos (convenios N° 063 de 2008,⁵³ 094 de 2008,⁵⁴ 138 de 2008,⁵⁵ 109 de 2008,⁵⁶ 111 de 2008,⁵⁷ 178 de 2008,⁵⁸ 182 de 2008,⁵⁹ 189 de 2008,⁶⁰ 152 de 2008⁶¹), que “encontramos que muchos de estos convenios parecerían contratos de compraventa, suministro o prestación de servicio profesionales e inclusive contratos de obra”.⁶²

Con base en las razones expuestas, la Corte concluye que la decisión administrativa dictada

por el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales el 18 de diciembre de 2009, confirmada en su integridad por la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación el 16 de marzo de 2010, cumple cabalmente las condiciones formales y sustanciales que la normatividad impone, basándose en razones objetivas y justificando a partir de elementos serios de juicio que resultan del análisis probatorio efectuado, la medida de suspensión provisional impuesta al señor Flórez Chávez, como gobernador del departamento del Casanare elegido para el período constitucional 2008-2011.

En otros términos, acogiendo lo dicho en sentencia SU-913 de 2009,⁶³ se encuentran cumplidos los principios de *periculum in mora*⁶⁴ y *fumus boni iuris*,⁶⁵ que rigen la práctica de medidas cautelares con el fin de garantizar un justo término de equidad en el proceso.

5.2.5. Tampoco encuentra la Corte que la actuación de la Procuraduría General de la Nación, haya desconocido los principios procesales de preclusión y de eventualidad que hacen parte de las garantías del debido proceso, los cuales han sido entendidos como “la división del proceso en una serie de etapas de momentos o períodos fundamentales (...), en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez, de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tienen valor”,⁶⁶ en tanto no han sido superados los límites temporales para decretar la suspensión provisional, en los términos del inciso 2° del artículo 157 del estatuto disciplinario.

En efecto, corroborada la página web de la Presidencia de la República⁶⁷ y otras actuaciones judiciales que, mediante decreto N° 4329 del 6 de noviembre de 2009 fue suspendido provisionalmente el demandante, en cumplimiento del auto del 4 del mismo mes y año, dictado por la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales. Los efectos de la medida cesaron en el Decreto N° 4815 del 10 de diciembre de 2009, como consecuencia de la revocatoria efectuada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 26 de noviembre de la misma anualidad. Posteriormente, en Decreto N° 4949 del 18 de diciembre de 2009 suspendió provisionalmente por segunda vez al actor, dando cumplimiento a la providencia dictada el mismo día por la aludida Procuraduría Delegada, medida que dejó de surtir efectos a partir del proveído del 23 de diciembre de 2009, con ocasión de la suspensión provisional del acto administrativo dispuesta por el Juzgado Primero

Promiscuo de Familia de Yopal, en la primera acción de tutela promovida por el demandante. En sentencia del 7 de enero de 2010, el mismo despacho judicial concedió el amparo como mecanismo transitorio, hasta tanto fuera decidido el grado de consulta, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Yopal el 12 de febrero de 2010. Surtido el grado de consulta, la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación confirmó la medida precautelativa, lo cual conllevó a que el Presidente de la República mediante decreto N° 986 del 25 de marzo de 2010, suspendiera provisionalmente al peticionario. Con ocasión de la segunda acción de tutela interpuesta, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal en proveído del 5 de abril de 2010, suspendió provisionalmente los efectos de la medida disciplinaria y amparó los derechos fundamentales invocados, lo cual fue confirmado por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Yopal el 24 de mayo de 2010.

5.2.6. Ahora bien, la circunstancia de incapacidad temporal por razones médicas aducida por el demandante, como justificación para que sea declarada la improcedencia de la medida de suspensión provisional, no es de recibo por este órgano colegiado, teniendo en cuenta que el funcionario sigue siendo titular de la función del empleo, circunstancia que no lo inhibe para ser destinatario de la ley disciplinaria.

5.2.7. Por último, tampoco deberá ser acogida la petición encaminada a que el juez constitucional reconozca las causales de recusación manifestadas por el demandante contra el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales el 27 de enero de 2010⁶⁸, por tratarse de un asunto de naturaleza legal que podrá ser susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo una vez haya sido dictado el acto administrativo definitivo, con fundamento en alguna de las causales de anulabilidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

1. Conclusión.

Las consideraciones señaladas en precedencia, permiten arribar a las siguientes conclusiones:

5.3.1. El acto administrativo que suspende provisionalmente a un sujeto disciplinario, es una

decisión de trámite que resuelve un asunto sustancial que no es susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, cuando sea evidente la afectación de derechos fundamentales con ocasión de una medida abiertamente irrazonable, desproporcionada y que desconoce los presupuestos formales y sustanciales del Código Disciplinario Único, la acción de tutela se constituye en el mecanismo de defensa judicial idóneo y definitivo para resolver la controversia suscitada.

5.3.2. A pesar de que se haya dado la revocatoria de la medida de suspensión provisional por incumplimiento de las condiciones formales y sustanciales que prevé el artículo 157 del Código Disciplinario Único, la autoridad disciplinaria no pierde competencia para hacer uso de la figura con posterioridad, como garantía de la transparencia que debe orientar la función pública. En virtud de lo anterior, deberán ser atendidos los límites temporales y el condicionamiento efectuado por este Tribunal en sentencia C-450 de 2003.⁶⁹ Sin embargo, no puede dejarse de lado la probabilidad de que en un caso determinado se suscite una cadena de suspensiones provisionales y revocatorias de las mismas, circunstancia que deberá ser valorada en cada caso concreto dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad, en tanto puede verse comprometida la seguridad jurídica y el debido proceso del sujeto disciplinable.

5.3.3. No fueron vulnerados los derechos fundamentales del accionante con el decreto de la segunda medida de suspensión provisional, teniendo en cuenta que se trata de una alternativa legítima con la que cuenta el funcionario disciplinario que, adicionalmente, cumplió íntegramente con los presupuestos formales y sustanciales dispuestos en la normatividad disciplinaria.

Por las razones expuestas, la Sala revocará la sentencia emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Yopal el 24 de mayo de 2010, que confirmó la del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal dictada el 19 de abril de la misma anualidad, que accedió a la protección constitucional del derecho al debido proceso en conexidad con el derecho a elegir y ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. En su lugar, denegará la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez contra la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la

Procuraduría General de la Nación, con vinculación oficiosa de la gobernadora (E.) del departamento del Casanare.

I. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Yopal el 24 de mayo de 2010, que confirmó la del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Yopal dictada el 19 de abril de la misma anualidad, que accedió a la protección constitucional del derecho al debido proceso en conexidad con el derecho a elegir y ser elegido y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Segundo.- DENEGAR la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez contra la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales y la Sala Disciplinaria ad-hoc de la Procuraduría General de la Nación, con vinculación oficiosa de la gobernadora (E.) del departamento del Casanare.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Salvo que se diga expresamente lo contrario, los folios a que se haga referencia en lo sucesivo hacen parte del cuaderno principal de la acción de tutela.

2 Folio 8.

3 Folio 9.

4 Folio 10.

5 Folio 14.

6 Folio 16.

7 Folio 25.

8 Folio 35.

9 Folio 186.

10 Folio 190.

11 Folio 192.

12 Folio 192.

13 Folio 363.

14 Folio 365.

16 Folio 416.

17 Folio 22 del cuaderno de segunda instancia.

18 Folio 23 del cuaderno de segunda instancia.

19 Folio 5 del cuaderno de revisión.

20 Folio 6 del cuaderno de revisión.

21 MP. Antonio Barrera Carbonell.

22 La diferencia entre esta tipología de actos, puede encontrarse igualmente en la sentencia T-945 de 2009, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, que al respecto indicó: “También se han distinguido los actos administrativos según el contenido de la decisión, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos. Los primeros no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.”

23 SU-201 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

24 Este parámetro procesal fue anunciado con anterioridad en las sentencias T-043 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y T-181 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

25 Cfr. T-961 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-105 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-649 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

26 T-105 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-961 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

27 La Corte en auto 172A de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), señaló como presupuestos para cuestionar la legitimidad de actos de trámite o preparatorios los siguientes: “(i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto cuestionado no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial dentro de la actuación que se proyecte en la decisión final; y (iii) que la actuación cuestionada ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.”

28 Conforme lo establece el artículo 3° de la Ley 734 de 2002, “[l]a Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia. // En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.” Del mismo modo, puede consultarse la sentencia C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil, AV. Jaime Araujo Rentería, SV. Jaime Araujo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla).

29 C-712 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño, SPV. Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil, SV. Álvaro Tafur Galvis y Manuel José Cepeda Espinosa).

30 C-406 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz).

31 C-450 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

32 MP. Alejandro Martínez Caballero, SV. Julio César Ortiz y José Gregorio Hernández Galindo, AV. Hernando Herrera Vergara.

33 T-456 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

34 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 A juicio de la Corte, la finalidad que persigue el legislador con esta limitante “es asegurarse que el proceso se adelante en correcta forma evitando que quien es investigado o juzgado pueda llegar a interferir en él valiéndose de su cargo, función o servicio, entorpeciendo así el proceso disciplinario.”

36 Respecto de las causales segunda y tercera, estimó que ambas están referidas “a la preocupación de que continúe o se repita la falta que originó el proceso.”

37 Ley 734 de 2002, Art. 257.

38 Folio 43.

39 Folios 77 a 80.

40 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

41 Folio 85.

42 Folio 86.

43 Concentración y ejecución de acciones que permitan el acompañamiento a la permanencia educativa estudiantil para la atención de derechos académicos: pensión, matrícula y servicios complementarios como estímulo a la demanda y subsidio a la permanencia de 4.234 estudiantes de bajos recursos focalizados en los estratos 1 y 2 del sisben de existir, los niveles preescolar, básica y media en el departamento de Casanare. \$ 3.032.170.632. Plazo: diez (10) meses.

44 Concentración y ejecución de acciones que permitan el acompañamiento a la permanencia educativa estudiantil para la atención de derechos académicos: pensión, matrícula y servicios complementarios como estímulo a la demanda y subsidio a la permanencia de 4.214 estudiantes de bajos recursos focalizados en los estratos 1 y 2 del sisben de existir, los niveles preescolar, básica y media en el departamento de Casanare. \$ 3.185.505.876. Plazo: diez (10) meses.

45 Apoyo para la prestación del servicio educativo a todo costo para doscientos cuarenta y dos (242) estudiantes de los niveles 1 y 2 del Sisben, como apoyo al proyecto de cobertura educativa en el municipio de Yopal. Monto: \$ 41.245.000. Duración: Entre el 07 de febrero y el 17 de diciembre de 2003.

47 Folio 88.

48 Folio 89.

49 Folio 91.

50 Este cargo tuvo apoyo en la sentencia C-693 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

51 Folio 98.

52 Folio 101.

53 Formulación y preparación de mínimo 15 proyectos productivos y evaluación de 25 perfiles de alianzas para la consolidación de alianzas productivas en el departamento. // Valor: \$ 926.566.599.

54 Caracterización de los sistemas de producción de café y porcicultura en el departamento a fin de establecer necesidades de manejo y buenas prácticas ambientales que permitan alcanzar la sostenibilidad ambiental. // Valor: \$120.200.000.

55 Realizar 55 jornadas de capacitación sobre fortalecimiento organizacional autoridad tradicional liderazgo procedimientos legales que deben utilizar los alguaciles mecanismos de resolución de conflictos e intercambio de saberes etnoculturales a 1.850 indígenas de las 11 comunidades. // Valor: \$ 131.574.512.

56 Realizar la construcción de 141.5 mts lineales de puentes en tubería petrolera puente la Vegana - Municipio de Aguazul puente Araguatos de Hato Corozal puente Montecarlo de Monterrey terminación puente Boral de Tauramena y terminación puente Caibao en el Opio Hato Corozal. // Valor: \$ 891.683.321.

57 Producir 81.000 plántulas para procesos de fomento forestal identificar caracterizar y seleccionar 1.500 hectáreas de terreno en zonas de aptitud forestal para el programa de reforestación comercial difundir la política. // Valor: \$ 172.161.976.

58 Construcción adecuación y mejoras en la infraestructura del hospital regional del municipio de Yopal y la interventoría técnica administrativa financiera y ambiental a la construcción adecuación y mejoras en la infraestructura del hospital regional del municipio de Yopal. // Valor: \$ 1.736.382.379.

59 Realizar la construcción de 25 mts lineales en puentes en tubería petrolera puente Las Calles caño Guarataro en el municipio de San Luis de Palenque y en puente Las Mercedes en el caño Candelaria de Paz de Ariporo. // Valor: \$ 319.316.875.

60 Aunar esfuerzos para la construcción e instalación de 42 plantas de tratamiento para

pozos profundos en el departamento. Valor: \$ 44.225.046.

61 Actualización socialización y ampliación de cobertura de la red de convivencia y seguridad ciudadana. // Valor: \$ 34.651.318.

62 Folio 101.

63 MP. Juan Carlos Henao Pérez, AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

64 “[T]iene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso”.

65 “[A]duce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal.”

66 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal, T. I, 2ª edición, Bogotá. Edit. ABC, 1972 P. 45. Cita tomada de la sentencia T-181 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

67 Consultar www.presidencia.gov.co

68 Las causales de recusación invocadas por el actor no fueron aceptadas por este funcionario el 1º de febrero de 2010 ni por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa y Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial el 25 de febrero de 2010 (folios 157 a 172).