

Sentencia T-161-09

(Marzo 16, Bogotá DC)

Referencia: expediente T-2.081.769.

Accionantes: Ernesto Gómez Guarín, Alejandro Munárriz Salcedo y Eduardo Enrique Pulgar Daza.

Accionado: Procuraduría General de la Nación.

Fallo objeto de revisión: sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del 31 de marzo de 2008¹, que revoca la sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, del 7 de febrero de 2008².

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Cristina Pardo Schlesinger y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Derecho fundamental invocado: debido proceso.

1.2. Hecho vulnerante: fallo de segunda instancia, proferido por el señor Procurador General de la Nación³, dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de los accionantes, que los declaró responsables disciplinariamente y los sancionó con una inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

1.3. Pretensión: se revoque la decisión del 3 de diciembre de 2007, proferida por el señor Procurador General de la Nación y, en subsidio, se suspendan sus efectos hasta tanto no se agote el único mecanismo disponible.

1.4. Fundamentos de la pretensión: (i) el fallo de segunda instancia, proferido por el

señor Procurador General⁴, que resolvió declararlos responsables disciplinariamente, contiene gravísimas violaciones al debido proceso, tanto por vicios procedimentales como por defectos fácticos, toda vez que los sancionó con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por el término de dieciocho (18) años, pena desproporcionada y absurda que en la práctica los priva de por vida de toda posibilidad de ejercer funciones públicas “Todo con base en un despreciado concepto, cual es LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA”. “(un gravísimo perjuicio irremediable)”; (ii) fueron sancionados por hechos prescritos, por una supuesta conducta que “-en su caso particular- se circunscribía a hechos cobijados por la Ley 200 de 1995 y no por la Ley 734 de 2002 – artículo 48-1- con la que se les sancionó”; resaltando para el efecto que “la ley 200 no contemplaba como falta disciplinaria la que hoy es recogida por el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002”; (iii) los tres accionantes son totalmente ajenos a los que se les endilga, desconociendo que otras autoridades, como la Contraloría y la Fiscalía, reconocieron, frente a esos mismos hechos, “una ausencia absoluta de responsabilidad” de sus representados. (Subraya el texto)

La Procuraduría General de la Nación⁵, en su respuesta, se opuso a la procedencia de la acción de tutela, así:

2.1. La acción de tutela es improcedente por existir otros mecanismos de defensa judicial. Estas providencias están cobijadas por la presunción de legalidad y acierto; su validez formal y material no puede cuestionarse y la única alternativa jurídica es su impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

2.2. Los accionantes hacen una descripción acomodada de los hechos en la demanda: no es verdad que se hubieran transcrito decisiones precedentes, y que en la etapa de instrucción se recogió casi en su totalidad la prueba pertinente y conducente. Además, los descargos y alegatos de conclusión de los sujetos disciplinables han girado siempre sobre el mismo punto.

2.3. No existió violación al debido proceso ni al principio de legalidad en los actos administrativos expedidos por esa entidad durante el proceso disciplinario adelantado contra los actores. Por el contrario, dicha investigación se surtió con absoluta sujeción a lo

previsto en la Ley.

2.4. Las acciones disciplinarias no se encuentran prescritas, como quiera que en la investigación se demostró que los actos administrativos reputados como falsos no pudieron ser estructurados en el año 2000, sino muy probablemente en el 2002, y los hechos delictivos (falsedades, fraude procesal y en general el latrocinio que lesionó las arcas del Distrito de Barranquilla en más de seis mil millones de pesos) y se prolongó por un lapso que va desde las fechas de las posibles falsedades hasta la materialización del pago de los dineros a mediados de 2003. Con base en lo anterior indica, que la norma aplicable no es la Ley 200 de 1995, sino la Ley 734 de 2002, de manera que no hay violación al principio de legalidad y por ende tampoco al debido proceso.

2.5. Si bien no puede desconocerse que el fallo de segunda instancia declaró la prescripción de la acción disciplinaria respecto de alguna de las falsedades, entre ellas, la confección de las espurias resoluciones de nombramiento de empleados del Consejo de Barranquilla y de las supuestas actas de posesión, tal decisión no deja sin piso o sustento la atribución de responsabilidad disciplinaria que se les hizo por la falta prevista en el artículo 48-1 de la Ley 734 de 2002 por la comisión de otros delitos, sobre los cuales no se declaró ese fenómeno jurídico (fraude procesal y peculado por apropiación). Adicionalmente, los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial para la realización de sus pretensiones, toda vez que pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, indicando para el efecto el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela.⁶

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Mediante el Acuerdo No. 021 del 7 de junio de 1994, el Concejo Distrital de Barranquilla creó las Unidades de Apoyo al servicio de los Concejales del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla⁷. Para ser miembro de las mismas, se estableció como requisito indispensable tener título profesional universitario o tecnólogo, otorgado por instituciones legalmente reconocidas⁸. Dichas Unidades de Apoyo, podían integrarse por profesionales vinculados por nombramiento o por contrato de prestación de servicios. Los integrantes de las Unidades de Apoyo, cuando fueran vinculados por nombramiento, estarían sujetos al régimen de los servidores públicos de libre

nombramiento y remoción, y si fueron vinculados por contrato de prestación de servicios se regirían por las cláusulas del mismo⁹ y no tendrían derecho a prestaciones sociales¹⁰.

3.2. Por medio del Acuerdo 029 del 13 de julio de 1994, el Concejo Distrital de Barranquilla, modificó el artículo 2º del Acuerdo 021 de 1994, reiterando que para ser miembro de las Unidades de Apoyo, era requisito indispensable tener título profesional universitario o tecnólogo, otorgado por instituciones legalmente reconocidas por el ICFES; pero adicionado en su parágrafo que: “PODÍA HABER FUNCIONARIOS VINCULADOS A LAS UNIDADES DE APOYO QUE NO FUERAN PROFESIONALES , SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITARAN ESTUDIOS QUE LOS CAPACITARAN PARA DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES PARA LAS CUALES FUERON CONTRATADOS, O EXPERIENCIA LABORAL CERTIFICADA”¹¹ .(resalta el texto)

3.3. Mediante un Acuerdo dictado en el año de 1999, el Concejo Distrital de Barranquilla adoptó el Presupuesto de Rentas y Gastos del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla para la vigencia fiscal del año 2000, ahora bien para atender los gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversiones del Distrito, durante la vigencia fiscal comprendida entre enero 1º a diciembre 31 del año 2000, se apropió la suma de CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$ 422.258.294.611). De esa partida se destinó para el Concejo Distrital, la suma de SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHENTA MIL PESOS M/CTE, (\$ 7.752.080.000), de los cuales CUATRO MIL Y TRES MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$ 4.083.510.625.00), estaban específicamente destinados para Unidades de Apoyo.¹²

Este acuerdo fue sancionado el 3 de enero de 2000 y fue debidamente publicado en un diario de amplia circulación cumpliendo así con todos los requisitos de ley.

3.4. En el año 2000, los Concejales Ernesto Gómez Guarín, Eduardo Enrique Pulgar Daza y Alejandro Munárriz Salcedo, se desempeñaban como Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente respectivamente, en el Concejo Distrital de Barranquilla.¹³

3.5. En el año 2000, se realizó una adición presupuestal para el presupuesto del Concejo

Distrital de Barranquilla por DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$ 2.000.000.00) que sumado al presupuesto que se aprobó en el año 1999, dio como presupuesto definitivo la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHENTA Y DOS MILLONES (\$ 9.752.082.000.00).¹⁴

3.6. Por medio de la Resolución No. 024 del 3 de marzo de 2000, el Concejo de Barranquilla decretó que “al no existir funciones que indique los requisitos mínimos para acceder a desempeñar los cargos de consultores y asesores de la corporación SE HOMOLOGAN LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A DICHOS CARGOS CON LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO 029 DEL 13 DE JULIO DE 1994, PARA LAS ANTIGUAS UNIDADES DE APOYO”.

3.7. Mediante las Resoluciones Nos. 031, 032 y 036 del 30 de marzo de 2000, la Resolución 053 de abril de 2000 y la Resolución 058 de abril de 2000, el Concejo Distrital de Barranquilla nombra a varias personas en los nuevos cargos de asesores de la entidad, quienes se posesionaron ante el Jefe de Personal de la misma. ¹⁵

3.8. En el año 2000, el Concejo Distrital se comprometió a hacer pagos por concepto de cesantías, aportes de seguridad social y parafiscal a varias entidades, entre los que se encontraba el Concejo de Barranquilla mediante Acuerdo de Presupuesto. En efecto, el Presupuesto de Rentas y Gastos del Distrito Especial para vigencia del 2000, prescribía en su artículo 73 que “De las transferencias. Los aportes de la Contraloría, Personería y Concejo Distrital de las cesantías, seguridad social y parafiscales, correspondientes a las vigencias de 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, serán asumidos por la Administración Central con su propio presupuesto (Acuerdo 012/1998)”. ¹⁶

3.9. Mediante Resolución No. 412 del 2000, el Concejo Distrital de Barranquilla declaró insubsistentes a varios empleados de la entidad que laboraban en Consultorías, Asesorías y Unidades de Apoyo; y mediante la Resolución No. 536 del mismo año, autorizó la expedición sobre pasivos laborales de la Corporación, debido a que el Presupuesto General del Distrito para la vigencia fiscal del 2001, incluyó el pasivo laboral entre sus rubros; además de que los Decretos 0288 y 0289 del 2000, mediante los cuales se aprobó y liquidó el Presupuesto General de Rentas y Apropiaaciones de Barranquilla para la vigencia de 2001, estableció que los aportes patronales, las cesantías de indemnizaciones

de varios entes, incluido el Concejo, correspondiente a las vigencia fiscal de 2001 de acuerdo con la Ley 617 de 2000 y los de los años anteriores serían pagados a través de la Fiduciaria con cargo al presupuesto del Distrito de acuerdo a la Ley 550 de 1990, que se aplica en el Distrito Industrial y Portuario de Barranquilla. Con base en lo anterior “la Mesa Directiva del Concejo del Distrito de Barranquilla, ordenó a las oficinas de Personal, Contabilidad, Archivo; Presupuesto y Pagaduría, establecer el pasivo laboral de cada uno de los exfuncionarios del Concejo. El apoderado de los accionantes resalta que “VALE LA PENA ACLARAR QUE NINGUNO DE MIS REPRESENTADOS ESTABLECIO EL PASIVO LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS, SINO QUE ESTA DETERMINACIÓN FUE TAREA EXCLUSIVA DE LAS OFICINAS DE PERSONAL, Y CONTABILIDAD ENTRE OTRAS”. 17

3.10. Una vez establecido el pasivo laboral por parte de la oficina de personal, el Jefe de Personal del Concejo Distrital de Barranquilla, expidió una serie de resoluciones en el año 2000, mediante las cuales reconoció este pasivo, las cesantías definitivas y las prestaciones sociales de varios exfuncionarios del Concejo Distrital. Sin embargo, como consecuencia de la precaria situación del Distrito de Barranquilla se hizo necesario acogerse al acuerdo de reestructuración de pasivos previsto en la Ley 550 de 1990.¹⁸

3.11. Los días 12 a 19 de junio de 2001, se elaboraron las actas de inventario de acreencias del Distrito, por parte del Delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Javier Cleves (no por un miembro del Concejo), promotor dentro del trámite de reestructuración, con ayuda del equipo económico de la Alcaldía y delegados del Comité PROTRANSFERENCIA, en las cuales se definieran las acreencias del Concejo, así como de las demás dependencias de la Alcaldía.¹⁹

3.12. En el año 2002, el abogado Javier Montealegre Ortiz presentó acción de tutela en representación de varios exfuncionarios del Concejo Distrital con el fin de que se reconociera y pagara a estos la deuda laboral, demanda que fue resuelta favorablemente por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, el 25 de octubre del 2002²⁰, ordenando a la Alcaldía y a la Secretaria de Hacienda Distrital que se empezaran a realizar las operaciones presupuestales pertinentes para obtener los recursos necesarios para garantizar el pago de las acreencias laborales, el anterior fallo fue impugnado por las entidades accionadas y confirmado en segunda instancia por el

Juez 3° Penal del Circuito de Barranquilla.²¹ Como consecuencia de lo anterior, la Secretaría de Hacienda Pública Distrital y el apoderado de la parte actora suscribieron un Acuerdo a través del cual acordaron pagar todo el valor de las acreencias de las personas que aparecen en las tutelas.²² Posteriormente la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla envió oficio a la Fiduciaria la Previsora S.A., en que autorizó el pago de \$ 1.663.470.685.00, al abogado Javier Montealegre apoderado de los tutelantes²³.

3.13. Los hechos fueron conocidos por la Fiscalía 30 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, bajo el radicado 151753, la que profirió una resolución mediante la cual ordenó la preclusión de la investigación, al determinar que no existió la comisión de ninguna conducta punible, y el 8 de enero de 2004, se ordenó el archivo de la investigación por cuanto no se interpuso recurso contra la resolución de preclusión de la investigación quedando en firme la decisión. ²⁴

3.14. El 24 de noviembre de 2005, por estos mismos hechos la Contraloría Distrital de Barranquilla, decidió archivar el expediente “del Proceso de Responsabilidad Fiscal, por no encontrar mérito para imputar responsabilidad fiscal o para fallar con responsabilidad fiscal”²⁵ en la investigación adelantada en contra de los accionantes, al establecer que no existió detrimento patrimonial del Distrito de Barranquilla con ocasión del pago de las tutelas interpuestas por el abogado Javier Montealegre. Esta decisión quedó en firme mediante Auto del 11 de enero de 2006, proferido por el Contralor Distrital de Barranquilla, al resolver el grado de consulta que ordena la Ley 610 de 2000²⁶.

3.15. El 21 de julio de 2006, la Fiscalía 21 de la Unidad Nacional Anticorrupción, que investiga estos mismos hechos, resolvió la situación jurídica de los accionantes, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por el delito de peculado por apropiación, pues determinó que no existen elementos de juicio para establecer que los mencionados concejales hallan tomado los dineros oficiales, ni se pueda hablar con certeza de una organización criminal con vocación de permanencia²⁷.

3.16. La Procuraduría General de la Nación, a través de su agente especial²⁸, actuando como Ministerio Público, al recurrir la decisión de la Fiscalía 21 de la Unidad

Nacional Anticorrupción casi en su integridad, dice expresamente “frente a los demás procesados relacionados a continuación, hasta esta instancia procesal NO EXISTE MÉRITO PARA DECRETAR EN SU CONTRA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y POR LO TANTO SU SITUACIÓN JURÍDICA NO ES OBJETO DE APELACIÓN: EDUARDO ENRIQUE PULGAR DAZA, ALEJANDRO MUNÁRRIZ SALCEDO, ERNESTO GÓMEZ GUARÍN”.

3.17. El 6 de marzo de 2007, la Viceprocuraduría General de la Nación profirió fallo primera instancia dentro del proceso disciplinario²⁹ adelantado contra los accionantes, por la “Defraudación de las arcas municipales a través del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones a personas no vinculadas a las citadas entidades”, resolviendo declararlos responsables disciplinariamente de la falta prevista en el artículo 48-1 del C.D.U., en consonancia con los cargos que se les formularon. En consecuencia los sancionó con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por veinte (20) años.³⁰

3.18. El 3 de diciembre de 2007, la Procuraduría General de la Nación resolvió la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia, proferido por el Viceprocurador General de la Nación dentro del proceso disciplinario adelantado contra los actores, resolviendo: 1) decretar la prescripción de “la presunta falsedad ideológica relacionada con la expedición de las resoluciones 031, 032, 033 bis, 036 del 30 de marzo 2000 y 53, 57 y 58 del 7 de abril de 2000 (...), la presunta falsead ideológica de las actas de posesión derivadas de las resoluciones mencionadas (...), el presunto uso de los documentos falsos antes señalados (...), la presunta falsedad ideológica de las actas del 28 de octubre de 2002, mediante los cuales se hacía constar que cada uno de los tutelantes tenía acreencias en la Personería del Distrito de Barranquilla y, (...) la presunta falsedad en documento privado derivada de los poderes presentados con la tutela” y adicionalmente, modificó las sanciones impuestas a los accionantes, confirmando la destitución y redosificando la inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas la cual quedara en dieciocho (18) años.³¹

3.19. Los doctores Eduardo Enrique Pulgar Daza, Alejandro Munárriz Salcedo y Marlon Gregori Pacheco Pérez presentaron un derecho de petición al Juzgado Quinto Penal Municipal, el 10 de diciembre de 2007, con el fin de que certificara si “DENTRO DEL TRAMITE DE LAS TUTELAS DE LA REFERENCIA IMPETRADAS POR EL ABOGADO JAVIER

MONTEALEGRE ORTIZ EN CONTRA DE LA ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA Y PERSONERÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, EXISTE ALGÚN ACTO ADMINISTRATIVO, RESOLUCIÓN, NOMBRAMIENTO, INSUBSISTENCIA, ACTO DE POSESIÓN O CUALQUIER OTRO DOCUMENTO PÚBLICO SUSCRITO POR LOS SEÑORES ERNESTO GÓMEZ GUARÍN COMO PRESIDENTE DEL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA EN EL AÑO 2000, EDUARDO ENRIQUE PULGAR DAZA EN CALIDAD DE PRIMER VICEPRESIDENTE DEL LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA PARA EL AÑO 2000, ALEJANDRO MUNÁRRIZ SALCEDO COMO SEGUNDO VICEPRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA PARA EL AÑO 2000 Y MARLON GREGORY PACHECO PÉREZ EN SU CONDICIÓN DE SECRETARIO GENERAL DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA PARA EL AÑO 2000. QUE HAYA SERVIDO DE SOPORTE O FUNDAMENTO PARA LOS FALLOS DE TUTELA PROFERIDOS POR SU DESPACHO”.³²

3.20. EL Juzgado 5° Penal del Municipio de Barranquilla³³, mediante respuesta al derecho de petición presentado por los accionantes certificó el 18 de diciembre de 2008, que no existía “NINGÚN ACTO ADMINISTRATIVO, RESOLUCIÓN, NOMBRAMIENTO, INSUBSISTENCIA, ACTO DE POSESIÓN O CUALQUIER OTRO DOCUMENTO PÚBLICO FIRMADO POR LA MESA DE DIRECTIVA DEL AÑO 2000”, integrada por los accionantes.³⁴ Los documentos públicos que sirvieron como soporte para tomar la decisión judicial para cancelar las obligaciones laborales fueron las resoluciones del 29 de diciembre de 2000, suscritas por el Jefe de Personal del Consejo Distrital que reconoció el pasivo laboral.

3.21. Pruebas-. Respuesta al derecho de petición por parte de Juzgado 5° Penal del Municipio de Barranquilla. Decisiones de la Procuraduría General de la Nación de primera y segunda instancia. Decisión de la Contraloría Distrital de Barranquilla y de la Fiscalía 21 de la Unidad Nacional de Anticorrupción (folios 54 a 418 cuaderno 1).

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Fallo de Primera Instancia (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, del 7 de febrero de 2008).

4.1.1. Se declaró improcedente el amparo, argumentando que la acción de tutela

constituye un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de derechos fundamentales cuando quiera que éstos resuelten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Pero que ella sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.1.2. Los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir o atacar la decisión, materializado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que puede promoverse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Para que, existiendo este medio proceda la tutela como mecanismo transitorio, es indispensable que se configure la existencia de un perjuicio irremediable, el cual no puede predicarse en el caso objeto de estudio toda vez que, “la falta endilgada a los actores fue catalogada como “gravísima” y conforme con el mandato del legislador, únicamente puede ser sancionada con destitución e inhabilidad de diez a veinte años; y aunque alegan los actores que fueron sancionados por hechos absolutamente prescritos, para estructurar desde allí un perjuicio irremediable, los solicitantes parten de una concepción errada, cuando consideran que sólo se les atribuyó participación en los delitos de falsedad documental, declarados prescritos, dejando por alto los tipos de fraude procesal y el peculado por apropiación, para los cuales el señor Procurador estimó que no se consideraba ese fenómeno extintivo de la acción”. En síntesis, no se vulneró el principio de legalidad debido a que se acreditó plenamente “las acciones de tutela fueron interpuestas en el mes de octubre de 2002 y que los pagos ordenados como consecuencia de ellas se efectuaron al año siguiente”, y para entonces ya regía la Ley 734 de 2002.

4.1.3. No se puede afirmar “que esté objetiva y a primera vista demostrada una eventual prescripción de la acción disciplinaria o que la sanción no corresponde a la falta imputada o que no existe concordancia entre la época de los hechos y la ley aplicada, no puede entonces, bajo tales circunstancias, afirmarse tampoco que se esté frente a un perjuicio irremediable que amerite la prosperidad de esta acción como mecanismo transitorio de protección”. En consecuencia la presente acción de tutela es improcedente, afirmando para el efecto que “los peticionarios cuentan con otro mecanismo de defensa judicial y además no aparece configurado un perjuicio irremediable”.35

4.2.1. La acción de tutela debe proceder como mecanismo transitorio, ya que la condena impuesta por la Procuraduría además de incurrir en defectos fácticos y procedimentales, “lo más grave es que, como consecuencia de su presunción de legalidad, esta decisión comenzó a tener efectos desde su ejecutoria, pese a que su motivación es deficiente y violatoria del debido proceso”.

4.2.2. La acción de tutela debe proceder “bien sea para que se decida definitivamente sobre el acto administrativo que se ataca, o que se apliquen unas medidas precautelativas³⁶, actuación que resulta perfectamente razonable en este caso”. De esperar la decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para ese momento la acción de tutela se tornaría improcedente, ya que no cumpliría con el principio de inmediatez³⁷.

4.2.3. La prescripción de la falta disciplinaria no se argumentó para demostrar el perjuicio irremediable de los accionantes sino para que se identificara “la existencia de un DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO”.

4.2.4. En la decisión del A Quo, se delimitó la conducta por la cual se había condenado a los actores -falsedad ideológica-, cuando precisamente sobre esa conducta se indicó que estaba prescrita. Entonces, si de los accionantes se predica que cometieron falsedad ideológica, no podía sancionárseles por los delitos de peculado y fraude procesal, dado que no es posible extender la actuación de los accionantes a otras conductas que no desarrollaron. Para ello era necesario acreditar la existencia de elementos normativos que llevaran a inferir razonablemente que se estaba ante un plan común premeditado, pero esta conducta no está demostrada, por lo que se incurre así en un defecto fáctico en la decisión”.

4.2.5. Por lo expresado, solicitan se proceda a revocar del fallo proferido por la Procuraduría General de la Nación³⁸ y, en subsidio “que se suspendan sus efectos” hasta tanto se decida el caso la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

4.3. Fallo de Segunda Instancia (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del 31 de marzo de 2008)

4.3.1. Tutela como mecanismo transitorio el derecho al debido proceso de los actores, ordenando “la suspensión de los efectos jurídicos del fallo proferido en segunda instancia el día 3 de diciembre de 2007 por el señor Procurador General de la Nación, en lo relacionado con la sanción de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas, impuesta a los accionantes” y, advierte que los efectos de esta sentencia “se extenderán hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida de manera definitiva la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que hayan promovido o promuevan los accionantes, para lo cual se les impone a éstos el deber de informar oportunamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de primera instancia, sobre la interposición de la citada demanda y su admisión, so pena de que cesen los efectos de la decisión adoptada”.

4.3.2. El solicitante en su pretensión inicial no demandó el otorgamiento de la tutela como mecanismo transitorio, pero se advierte que sí hizo referencia al perjuicio irreparable; y si bien el apoderado de los solicitantes aceptó la existencia de otro medio de defensa judicial, no obstante cuestiona su falta de oportunidad y, tácitamente, su eficacia para enervar prontamente los efectos de la aplicación de la sanción impuesta a sus representados, con desconocimiento del derecho al debido proceso que incluye el derecho a la defensa.

4.3.3. En este orden de ideas, considera la Sala que “la aplicación de la drástica sanción a partir de su ejecutoria, por las implicaciones que tiene para los investigados, independientemente de la gravedad de la falta disciplinaria, reúne las características de inminencia, urgencia y gravedad, lo que hace impostergable la adopción de medida, que apunten al amparo del derecho fundamental del debido proceso, si éste, como lo ha afirmado el recurrente, se encuentra vulnerado”, resaltando que los efectos de la sanción, “de no mediar la intervención del juez de constitucionalidad en el supuesto de vulneración del derecho fundamental que invocan los actores, lo deben soportar los afectados y no habrá forma de su pleno restablecimiento material”. Con base en lo anterior considera que en el caso objeto de estudio “si se reúnen las características del perjuicio irremediable, lo que hace procedente el ejercicio de la acción”.

4.3.4. Resalta el fallo que, “los peticionarios sostienen que “la Procuraduría tuvo en cuenta material de la investigación de la Fiscalía que se produjo con posterioridad al

cierre de esta investigación, momento desde el cual era imposible que para la defensa ejercer el derecho fundamental y constitucional de contradicción', cuestionamiento que no fue desvirtuado, estimándose violatorio del debido proceso y defensa de los actores". De igual manera destaca que, la imputación a los solicitantes en el proceso disciplinario, giró en torno a la falsedad ideológica, conducta sobre la cual operó el fenómeno de la prescripción declarada por el señor Procurador, pero no obstante esa declaratoria de prescripción, sobre estas conductas se estableció la responsabilidad de los disciplinados en aquellos tipos penales que no quedaron prescritos; fraude procesal y peculado por apropiación; de ahí que "sea razonable lo manifestado por los accionantes a través de sus apoderados en el sentido de considerar que se les sancionó por hechos prescritos". Para el efecto señala que, "En el proceso disciplinario no existe evidencia sobre la participación de los solicitantes en esas conductas investigadas".

4.3.5. No obstante reconocer la independencia entre los campos del derecho penal y el derecho disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, en la investigación de carácter penal que se adelantó por los mismos hechos de manera simultánea, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de los accionantes por los delitos de concurso para delinquir, "peculado por apropiación, fraude procesal y falsedad material en documento público, tal como fueron calificados provisionalmente por el funcionario judicial competente". Aunque se trata de campos del derecho sancionador autónomos, lo mínimo que puede esperarse es la congruencia en las decisiones que se adopten, lo que no operaría en este caso, mas aún cuando el Ministerio Público "una vez emitida la decisión judicial a favor de éstos consintió la misma al no intervenir como era su deber en aras de defender el orden jurídico y los intereses de la sociedad".

4.3.6. Se reitera que "una cosa es la existencia objetiva de los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación, en la que coinciden las investigaciones penal y disciplinaria, y otra es la responsabilidad de los accionantes en esas conductas en las que difieren las decisiones". No puede desconocerse que la responsabilidad en materia sancionadora³⁹ "es eminentemente personal, precisamente en obediencia al derecho sancionador de acto, impide trasladar actuaciones a terceros a una imputación de responsabilidad de tipo personal, es decir, a quien no es el autor de la conducta criminal".

4.3.7. Se incurrió en defecto fáctico y sustantivo, “porque es evidente que el fallador se basó en un apoyo probatorio inadecuado para derivar la responsabilidad disciplinaria de los solicitantes y por la aplicación indebida de una conducta disciplinaria, no soportada en los hechos reales de la conducta criminal endilgada por la procuraduría”. Con base en lo anterior, la Sala resuelve revocar la decisión impugnada y conceder el amparo como mecanismo transitorio.⁴⁰

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9, desarrollada en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36, para lo pertinente; y en el Auto del 5 de noviembre de 2008 de la Sala de Selección de Tutela Número Once de la Corte Constitucional.

2. La cuestión concreta de constitucionalidad.

Esta Sala de Revisión debe determinar, si la Procuraduría General de la Nación ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de los señores Ernesto Gómez Guarín, Alejandro Munárriz Salcedo y Eduardo Enrique Pulgar Daza, al declararlos responsables disciplinariamente e inhábiles para ejercer cargos públicos, pese a que otras autoridades, como la Contraloría y la Fiscalía, reconocieron, frente a los mismo hechos, una ausencia de responsabilidad.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional sobre: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos; (ii) Derecho Disciplinario y el Derecho Penal; (iii) debido proceso en materia disciplinaria, iv) el proceso de responsabilidad fiscal y la autonomía de la función de control fiscal, para luego proceder a resolver el caso concreto.

3. Consideraciones generales.

3.1. Procedibilidad excepcional de la acción tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.

3.1.1. La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados (art. 86 de la C.P.), y no procede “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (artículo 6° numeral 1º del Decreto 2591 de 1991).

3.1.2. En principio, la acción de tutela no es el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa, pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

3.1.3. Es del caso precisar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable⁴¹. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado criterios para determinar su existencia:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”⁴²

En otro aparte jurisprudencial, Sala de Revisión, a través de la sentencia T-634 de 2006, conceptualizó de perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su

subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, demás, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por Último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

3.1.4. Atendiendo los criterios expuestos, la Corte ha sido enfática en manifestar al estudiar en sede de tutela actos administrativos que acarrean sanción disciplinaria, que dicha aflicción administrativa no puede considerarse a priori como un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que se puede demandar la nulidad del mismo, así como se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, si contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado y a través de una medida cautelar se logra hacer perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquél (C.C.A. art. 152 y sgtes).⁴³

En tal sentido, se puede citar la sentencia T-262 de 1998, en la que la Corte estudió una demanda de tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación, en la que se aducía que la Procuraduría había incurrido en una vía de hecho al imponer una sanción consistente en la suspensión del cargo. La Corte negó el amparo al constatarse que los actores contaban con otros mecanismos de defensa judicial, que hacían improcedente el amparo.

De igual forma, en la sentencia T-215 de 2000, esta Corporación estudió el caso de una persona que fue sancionada por la Procuraduría General de la Nación por

obstaculizar el normal funcionamiento de una autoridad administrativa, lo cual fue calificado como una falta gravísima. La Procuraduría decidió suspender provisionalmente de su cargo al investigado. Contra esa decisión fue interpuesta una acción de tutela, ya que el actor consideró que la Procuraduría había incurrido en vías de hecho, con la imposición de la sanción. La Corte denegó el amparo, al considerar que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial y al no presentarse un perjuicio irremediable. Sobre el particular, esta Corporación razonó, así:

(...) “En el caso que ocupa la atención de la Corte los jueces de tutela no encontraron violados los derechos fundamentales del actor a partir de las actuaciones desarrolladas por el Procurador General de la Nación y la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa. Es más, concluyeron que para la contradicción e impugnación de sanciones de tipo disciplinario en contra del ex-gobernador del Amazonas, se contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A., art. 85), como medio judicial de defensa principal para controvertir esas decisiones.

Sin lugar a dudas, dicho instrumento procesal es idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por el actor y su apoderado en el escrito de demanda, máxime cuando en la situación descrita por ellos no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la transitoriedad de la acción de tutela, toda vez que la sanción disciplinaria, como lo ha afirmado la Corte, no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable⁴⁴ y teniendo en cuenta que al demandarse la nulidad de un acto administrativo se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, por estimar que manifiestamente contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquel (C.C.A., art. 152 y s.s.).

De esta manera, la jurisdicción en lo contencioso administrativo constituye la vía que ofrece las garantías suficientes para la defensa de los intereses del señor Murillo Ruiz y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el mecanismo de defensa judicial pertinente, el cual debe incoarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto (C.C.A., art. 136-2), actuación que de no haberse cumplido oportuna y diligentemente, no podrá

ser subsanada a través de la acción de tutela.”

Por su parte, en la sentencia T -743 de 2002, la Corte denegó el amparo, impetrado argumentando, lo siguiente:

“la tutela no está consagrada para suplantar los mecanismos judiciales ordinarios con los que cuenta el actor para la defensa de sus derechos, y entendido que no existe de por medio perjuicio irremediable e inminente que tornen en urgente y transitorio la procedencia de este amparo excepcional, la Sala confirmará la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida en segunda instancia en este proceso y en tanto que no es esta instancia la competente para abordar el asunto puesto en consideración, se abstiene de cualquier otra diligencia ante autoridades de control, penal o de vigilancia.

Se reitera de esa manera, que el accionante en el presente caso no está expuesto a sufrir un perjuicio irremediable, porque el quebrantamiento del derecho al debido proceso sobre el cual estructura su pedimento, puede ser restablecido plenamente por el juez que controla la legalidad de los actos de la administración. O en dado caso, también por la justicia ordinaria, si lo que prevalece es la condición de trabajador oficial del accionante, en donde igualmente podrá solicitar que se deje sin efecto la sanción disciplinaria y se le pague lo dejado de percibir durante el lapso de la suspensión del cargo. Además, debe destacarse que la sanción disciplinaria que se le impuso al actor fue la de suspensión del cargo por el término de noventa (90) días y no la de destitución, de modo que, cumplida la sanción, debía reintegrarse al cargo y continuaría percibiendo su salario.

(...)

3.1.5. En síntesis, la Corte Constitucional, ha establecido mediante reiterados pronunciamientos que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico⁴⁵. Lo anterior dado su carácter residual y subsidiario, que no puede entrar a remplazar los otros procedimientos, ni puede subsanar las omisiones de las partes en hacer uso de ellas de la manera y en los términos previstos legalmente para ello. Además, este mecanismo constitucional de amparo no tiene la virtud de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias

previstas en cada jurisdicción.

3.2. Distinción entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal.

3.2.1. Si bien, entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que ambos emanan de la potestad sancionadora del Estado, se originan en la violación de normas que establecen conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado e imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que tal identificación no es plena: la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Y ello le otorga especificidad⁴⁶. A ese respecto la Corte ha señalado:

5. Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario, el derecho sancionador de la Administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. Con esta potestad disciplinaria se busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)".⁴⁷

5.1. En cuanto a la autoridad pública encargada de adelantar el proceso penal es evidente que se trata de funcionarios investidos de poder jurisdiccional cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, mientras, por regla general, el proceso disciplinario está a cargo de autoridades administrativas cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal⁴⁸ no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria⁴⁹, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, permite al "juez disciplinario"

apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, tendiendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético. Acerca del principio de tipicidad en materia disciplinaria la Corte ha explicado:

“Adicional a los principios de legalidad y reserva de ley, en el derecho administrativo sancionador, y en concreto, en el derecho disciplinario, de igual manera resulta exigible el principio de tipicidad. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, en materia administrativa, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad ‘se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria’⁵⁰.

En todo caso, como previamente se dijo, aunque el principio de tipicidad forme parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios, no es demandable en dicho campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal. En efecto, como ya se señaló, la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad”⁵¹. (Se subraya).

En la misma providencia la Corte concluyó:

“(…) para la Corte no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables.

Sin embargo, en aras de preservar el principio de reserva de ley, esta Corporación ha sostenido que es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo, (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y (v) los procedimientos que se adelanten para garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso”.⁵²

3.2.2. Así, la diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: i) se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, ii) se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, iii) se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o iv) se le absuelva penal y disciplinariamente. En todas las hipótesis descritas, se puede haber tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio non bis in ídem, pues, como se ha explicado, se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes, los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes.

3.3. El debido proceso en materia disciplinaria

3.3.1. Las funciones y procedimientos disciplinarios son de naturaleza administrativa, “derivada de la materia sobre la cual trata -referente al incumplimiento de deberes administrativos en el ámbito de la administración pública-, de las autoridades de carácter administrativo encargadas de adelantarla, y de la clase de sanciones a imponer, así como de la forma de aplicarlas”⁵³. En atención a esa índole administrativa, las garantías propias del debido proceso no tienen en el proceso disciplinario el mismo alcance que las que se desarrollan por la justicia penal. Así lo ha reconocido este Tribunal, cuando ha manifestado que “en el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, mutatis mutandi, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una

manifestación del poder punitivo del Estado⁵⁴. // Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario⁵⁵ y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa”⁵⁶.

3.3.2. Acorde con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha señalado, que por las características propias que distinguen el debido proceso en el ámbito penal de su aplicación en el ámbito disciplinario, se debe tener en cuenta los siguientes elementos a saber: “(i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.”⁵⁷

3.3.3. La Corte ha precisado que las garantías propias del proceso penal no tienen total aplicabilidad en el campo administrativo disciplinario por la diferencia que existe entre el bien jurídico protegido por una y otra sub-especialidad del derecho punitivo: “mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías – quedando a salvo su núcleo esencial – en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”⁵⁸ Igualmente ha resaltado que los objetivos del derecho penal son distintos a los que persigue el derecho disciplinario: “la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro”⁵⁹.

3.3.4. En lo relativo con el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria, la Corte ha señalado que los servidores públicos, en el ejercicio de los cargos para los cuales hayan sido nombrados, deben buscar el logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, el cual es servir al Estado y a la

comunidad con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento, “por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 60. y 123)60.”61 Lo expresado en razón de que la finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos62.

3.3.5. De ahí que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria es la inobservancia de los deberes funcionales del servidor público, tal y como lo establecen la Carta, las leyes y los reglamentos aplicables al caso. Consecuente con lo anterior, el derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas63.

3.3.6. En igual sentido la Corte ha manifestado “que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que – por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia64”65.

3.3.7. Ahora bien, en lo que atañe al principio de tipicidad en materia disciplinaria esta Corporación ha precisado en varias ocasiones que, dadas las especificidades propias del campo disciplinario, el principio de legalidad, y en particular el de tipicidad, tiene unas características propias que son similares, pero no idénticas, a las que adquiere en el ámbito penal; ha expresado la jurisprudencia constitucional que dicho principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso: “la razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras

disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición”⁶⁶.

3.3.8. Consecuente con lo anterior, existen diferencias importantes en cuanto a: i) la precisión con la cual han de estar definidas las conductas en las normas disciplinarias aplicables, y (ii) la amplitud del margen del fallador disciplinario en el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias.

3.3.9. En relación con la precisión de la definición previa de las conductas que serán sancionadas, la Corte ha aceptado de tiempo atrás que en este ámbito es admisible que las faltas disciplinarias se consagren en “tipos abiertos”, “ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos”⁶⁷. La infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público; “la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas”. En esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. Así, “la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”⁶⁸. En igual medida, el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado, prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que “es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento”⁶⁹. También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho de que asumir

una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos⁷⁰.

De lo expuesto se puede concluir entonces que el sistema de tipos abiertos en materia disciplinaria, implica la existencia de un mayor margen de apreciación para el fallador disciplinario al momento de efectuar la adecuación típica de una conducta a la definición normativa de la falla a sancionar.

3.4. Proceso de responsabilidad fiscal. Autonomía del órgano y de la función de control fiscal.

3.4.1. Con respecto a la autonomía de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales, a las que la Carta asigna la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, la Corte ha indicado que el ejercicio del control fiscal impone, como requisito esencial, que los órganos que lo lleven a cabo sean de carácter técnico y gocen de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica. A ese respecto esta Corporación ha señalado que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo funciones de control fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario (C.P., artículo 1°), lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los principios establecidos por la Constitución Política y la ley.

3.4.2. De lo expresado se colige también la autonomía que se reconoce a las diferentes responsabilidades que se derivan del ejercicio de sus funciones por parte de los diferentes órganos de control, u otros poderes públicos. Así, la responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, el cual debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En ese orden de ideas, puede existir una concurrencia o paralelismo de responsabilidades, disciplinarias, penales y fiscales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal.

4. Examen del caso concreto.

4.1. Dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de los accionantes, el señor Procurador General de la Nación, el día 3 de diciembre de 2007, resolvió declararlos responsables disciplinariamente y sancionarlos con una inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas. Tal decisión se tomó al considerar que estaba acreditada la existencia de una falsedad ideológica respecto de un sinnúmero de nombramientos y actas de posesión de personas que nunca laboraron en el Concejo Distrital de Barranquilla, puesto que, entre otros aspectos a destacar, un número significativo de los destinatarios de esos nombramientos -que califica de espurios-, ratificaron ante la Fiscalía General de la Nación, que jamás habían trabajado en dicha Corporación.

4.2. Contra tal decisión, los accionantes interponen la acción de tutela con el propósito de que se deje sin efectos el acto administrativo por medio del cual el señor Procurador de la Nación los declaró disciplinariamente responsables como autores de la falta descrita en el artículo 48-1 de la Ley 734 de 2002, y los sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de dieciocho (18) años, toda vez que según alegan se desconocieron las decisiones adoptadas en el proceso penal y fiscal adelantados contra ellos por esas conductas.

4.4. En el presente caso la Corte constató que si bien es cierto que contra los sujetos objeto de la acción disciplinaria se adelantó, de igual manera, un proceso penal en el que se determinó la prescripción de algunos de los tipos penales que se les endilgaba, esto no es suficiente para considerar que el proceso sancionatorio deba sujetarse estrictamente a lo decidido en el proceso penal, más aun cuando, como se señaló anteriormente, cada uno de los procesos tienen finalidades distintas.

4.5. Debe resaltarse que eventualmente la tutela sería procedente, si ésta tuviera como objeto evitar un perjuicio irremediable de los accionantes. Sin embargo, se considera que para el caso, el perjuicio irremediable provendría de la sanción disciplinaria impuesta a estos por la Procuraduría General de la Nación. Mas, como lo ha manifestado esta Corporación en ocasiones anteriores, no es dable considerar la sanción disciplinaria, en sí misma, como un perjuicio irremediable. De lo contrario, se estaría aceptando que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo

cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contenciosa administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario.⁷¹

4.6. La imposición de diversas sanciones respecto de una misma conducta, sean éstas de orden correccional, disciplinaria, penal o de índole fiscal, tampoco comporta una violación al principio non bis in idem, pues se trata de medidas de distinta naturaleza no excluyentes entre sí, impuestas por autoridades que pertenecen a diferentes jurisdicciones y cuya competencia, por expreso mandato legal, es única, especial y específica. Como lo ha manifestado este Tribunal en diferentes fallos, puede existir una concurrencia o paralelismo de responsabilidades, disciplinarias, penales y fiscales etc., sin que lo anterior implique violación al principio non bis in idem.

4.7. Aparte de lo anterior, en el presente caso no se advierte la existe de una vía de hecho, ya que la autoridad demandada al expedir la decisión acusada lo hizo en forma razonada, como resultado del análisis jurídico e interpretativo sobre los preceptos normativos aplicables al caso, alejado de actuaciones que puedan catalogarse de arbitrarias o caprichosas. Recuérdese que la vía de hecho, susceptible de control constitucional de la acción de tutela, se configura solo cuando la conducta del agente carece de todo fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Mas se estima que, para el caso concreto, no están acreditadas tales conductas.

4.8. No es del resorte del juez de tutela cuestionar los fundamentos interpretativos que de la ley y la jurisprudencia haya realizado el máximo organismo de control disciplinario para adoptar su decisión en un caso particular, pues al hacerlo estaría atentando de manera abierta y flagrante contra la autonomía e independencia funcional de que está investido en su calidad de juez disciplinario. Además, como se expuso anteriormente, la acción de tutela resulta en principio improcedente cuando se promueve contra actos administrativos, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la misma, que impide al juez constitucional para pronunciarse sobre la legalidad de actos como el emitido por el Procurador General de la Nación, pues ello implicaría el desconocimiento de los otros medios de defensa judiciales, y contribuiría a resquebrajar la estructura funcional del ordenamiento jurídico.

4.9. Consecuente con las consideraciones anotadas, esta Sala estima que no se ha vulnerado el derecho al debido proceso, pues en el presente caso no se evidencia que se haya incurrido en un defecto o irregularidad que constituya por su arbitrariedad una vía de hecho, ya que el demandado no se desvió del procedimiento fijado por la ley al hacer una interpretación para la cual estaba válidamente facultado.

4.10. En el presente caso, los accionantes cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A., art. 85), como medio judicial de defensa principal para controvertir la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación. Dicho instrumento procesal es idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por los actores y su apoderado en el escrito de demanda, máxime cuando en la situación descrita por ellos no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la transitoriedad de la acción de tutela, toda vez que la sanción disciplinaria, como lo ha afirmado la Corte en ocasiones anteriores, no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable⁷². Además, al demandarse la nulidad de un acto administrativo como el que se cuestiona, se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, si se estima que éste manifiestamente contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre su legalidad (C.C.A., art. 152 y s.s.).

En ese orden de ideas y tomando en cuenta que existe otro medio judicial de defensa idóneo y eficaz para tramitar la pretensión que los señores Ernesto Gómez Guarín, Alejandro Munárriz Salcedo y Eduardo Enrique Pulgar Daza, y al no evidenciarse un perjuicio irremediable sobre el derecho invocado que haga viable el amparo constitucional en forma transitoria, la Sala procederá a revocar el fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del 31 de marzo de 2008.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del 31 de marzo de 2008. En su lugar, DENEGAR la acción de tutela instaurada a través de apoderado judicial, por Ernesto Gómez Guarín, Alejandro Munárriz Salcedo y Eduardo Enrique Pulgar Daza contra la Procuraduría General de la Nación.

Segundo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

CRISTINA PARDO SCHLESINGER (E)

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver folios 11 a 36 del cuaderno #2.

2 Ver folios 419 a 437 del cuaderno #1.

3 El día 3 de diciembre de 2007.

4 El día 3 de diciembre de 2007.

5 A través de su apoderada la Dra. Diana Patricia Meses Max.

6 Ver folios 307 a 311 y 413 a 418 del cuaderno #1.

8 Artículo 2° del Artículo 021 de 1994. Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

9 Artículo 4 del Acuerdo 029 de 1994. Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

10 Artículo 3° del Artículo 021 de 1994. Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

11 Artículo 3 del Acuerdo 029. Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

12 Ver el folio 4 de la acción de tutela que obra a folios 1 a 50 del cuaderno #1.

13 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

19 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

20 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1 y, fallo de primera instancia proferido por el Viceprocurador General de la nación, ver folios 105 a 136 del cuaderno #1.

21 El defensor de los accionantes resalta que en ningún momento sus prohijados fueron encargados de obtener los recursos para el pago de las tutelas, ni tampoco aprobaron su pago.

22 El poderdante señala que sus representados no tuvieron participación. Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1 y, fallo de primera instancia proferido por el Viceprocurador General de la nación, ver folios 105 a 136 del cuaderno #1.

23 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1 y, fallo de primera instancia proferido por el Viceprocurador General de la nación, ver folios 105 a 136 del cuaderno #1.

24 Ver acción de tutela folios 1 a 50 del cuaderno #1.

25 Auto de Cesación de la Acción Fiscal y Archivo, dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal , siendo la entidad afectada el Distrito Especial y Industrial y Portuario de Barranquilla. Ver folios 137 a 168 del cuaderno #1.

26 Ver Auto del 11 de enero de 2005, por medio del cual se procede a resolver el Grado de Consulta, folios 165 a 175 del cuaderno #1.

27 Ver folios 176 a 298 del cuaderno #1, decisión por medio de la cual se resuelve la situación jurídica de los accionantes.

28 Doctora Cecilia Eugenia Velasco Castellanos.

29 Ver auto de Apertura de Investigación Disciplinaria folios 316 a 368 del cuaderno #1, Pliego de Cargos folios 369 a 407 del cuaderno #1.y, Auto de Indagación Preliminar folios 409 a 411 del cuaderno #1.

30 Ver folios 105 a 136 del cuaderno #1.

31 En esta decisión entre otras consideraciones se señalo que “está claro que quienes tenían la potestad de nombrar en el Concejo de Barranquilla para el año 2000, eran los miembros de la Mesa Directiva, es decir Ernesto Gómez Guarín, Alejandro Munárriz Salcedo y Eduardo Pulgar Daza, ese era uno de sus deberes funcionales, ahora bien, al tener esta facultad, ellos eran los causantes de que se pudieran cancelar desde el momento de la posesión los salarios correspondientes. Sin nombramientos ni posesiones era imposible desembolsar los salarios correspondientes. Son nombramientos ni posesiones era imposible desembolsar las salarios, así lo reconoce uno de los sujetos procesales: “(...) un presupuesto que superaba los ocho mil millones de pesos le permitía a las mesas directivas de turno, garantizar la consolidación y unidad de las mayorías que controlaban la corporación (...)” “. En este orden “Queda demostrado entonces que el segundo elemento configurante del peculado por apropiación se da en la conducta

que se imputó en los disciplinados” y “Finalmente, en cuanto al provecho personal o de tercera, esta plenamente probado y así lo acepta la defensa que las espurias acreencias laborales se pagaron a través de la fiduciaria la Previsora, de esta manera se consumo el delito de peculado por apropiación”. Ver folios 57 a 104 del cuaderno #1.

32 Ver folio 55 y 54 del cuaderno #1.

33 El mismo que el día 29 de noviembre de 2002, resolvió la tutela a favor de los accionantes, ordenando a la Alcaldía y secretaria de Hacienda Distrital que se empezaran a realizar las operaciones presupuéstales pertinentes para obtener los recursos necesarios para garantizar el pago de las acreencias laborales.

35 Ver folios 419 a 437 del cuaderno #1.

36 Esas medidas precautelativas se avienen con lo que ha considerado la Corte Constitucional en sentencia T-225 de 1993.

37 Es decir que, “la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que origino la vulneración”.

38 El 3 de diciembre de 2007.

39 “Ilámese disciplinario judicial, disciplinario administrativo o en materia punitiva criminal”.

40 Ver folios 11 a 36 del cuaderno #2.

41 Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002, T-596 y T-343 de 2001, T-215 de 2000.

42 Sentencia T -225 de 1993.

43 Ver la Sentencia T-262/98.

44 Ver la Sentencia T-262/98.

45 Sentencias T-469 de 2000, SU-061 de 2001, T-108 de 2003.

46 Sentencia C-244 de 1996..

47 Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

48 Ley 599 de 2000 -Código Penal, art 10. "TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

49 Ley 734 de 2000 -Código Disciplinario Único-, art. 4o.
"LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización".

50 Sentencia C-530 de 2003.

51 Sentencia C-818 de 2005.

52 Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería y C -720 de 2006.

53 Sentencia C-098 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

54 Al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-146 de 1993, C-244 de 1996, C-386 de 1996, C-679 de 1996, C-769 de 1998 y C-181 de 2002, entre otras.

55 Así, la Corte ha expuesto que: "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.". (Sentencia C-181 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

56 Sentencia C-095/03, T-438/92, C-195/93, C-244/96 y C-280/96.

57 Sentencia C-948 de 2002.

58 Sentencia T-146 de 1993.

59 Sentencia C-948 de 2002.

60 Ibídem Sentencia C- 708/99.

61 Sentencia C-948 de 2002.

62 Sentencia C-341 de 1996.

63 Ver Sentencia C-373/02.

64 Sentencia C-181/02.

65 Sentencia C-948 de 2002.

66 Sentencia C-404 de 2001.

67 Sentencia C-948 de 2002.

68 Sentencia C-404 de 2001.

69 Idem.

70 Sentencia T-1093 de 2004.

71 Sentencias T-262 de 1998 y T – 215 de 2000.

72 Ver la Sentencia T-262/98, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.