

Sentencia T-530-09

ACCION DE TUTELA-Naturaleza subsidiaria

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Línea jurisprudencial

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO-Alcance

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE GOBERNADOR, ALCALDE Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS-Grado de parentesco cuando intervienen en designación o de quienes actúan como nominadores

ACCION DE TUTELA-Improcedente por cuanto los grados de consanguinidad aplicables a la prohibición de nombramientos en cabeza de los concejales se mantienen invariables tanto en la Constitución Política como en la ley

Acción de tutela instaurada por David Alfonso Murillo Aragón y otros contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MARIA VICTORIA CALLE CORREA, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por las Salas Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira y del Consejo Superior de la Judicatura, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, William Carlos Rodríguez Araos y Marlín del Rosario Zuleta

Molina, contra la Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

Los ciudadanos David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, William Carlos Rodríguez Araos y Marlín del Rosario Zuleta Molina, presentaron escrito de acción de tutela el 01 de septiembre de 2008 contra la Procuraduría General de la Nación. Sustentan su solicitud en los siguientes

1. Hechos y requerimientos:

Señalan que a través de Resolución del 15 de abril de 2004, proferida por la Procuraduría Regional de La Guajira, fueron destituidos de sus cargos como Concejales del Municipio de Distracción y que a cada uno de ellos se le impuso una inhabilidad por el término de once años.

Aclaran que la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante Resolución del 10 de junio de 2004, confirmó el fallo de primera instancia.

Advierten que la causa de la sanción disciplinaria fue que durante el ejercicio del cargo de concejales del municipio de Distracción, eligieron para el cargo de personera municipal a Nela Alejandra Mendoza Tovar, quien se encuentra en 4º grado de consanguinidad con el entonces concejal William Carlos Rodríguez Araos.

Anotan que dichos hechos llevaron a que la Procuraduría concluyera que todos incurrieron en una falta gravísima por quebrantar la prohibición del literal "f" del artículo 174 de la ley 136 de 1994.

Precisan que dicha prohibición fue reiterada sucesivamente por varias leyes pero que la Ley 1148 de 2007, en su artículo primero, párrafo tercero, modificó el grado de consanguinidad, reduciéndolo al segundo grado para los municipios de sexta categoría.

Narran que teniendo en cuenta que el Municipio de Distracción es de sexta categoría,

solicitaron al Procurador General de la Nación el decaimiento de los actos administrativos sancionatorios, para que de esta manera fueran rehabilitados sus nombres para ser nombrados o elegidos en cargos públicos.

Sin embargo, especifican que mediante oficio del 21 de noviembre de 2007, el procurador negó tal petición, pues consideró que la solicitud de revocatoria directa era improcedente, así como la aplicación del principio de favorabilidad.

Agregan que mediante providencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 09 de junio de 2008, se concedió el amparo constitucional del debido proceso y del principio de favorabilidad a uno de los concejales afectados con la sanción disciplinaria.

Consideran que la solicitud elevada ante el Procurador fue atendida de manera incorrecta, ya que no se atendió la solicitud de decaimiento sino que se dio trámite a una revocatoria directa, lo que vulnera el principio de congruencia. Insisten en que el decaimiento se produce como consecuencia de la “flexibilización legal” que favorece los intereses de los sancionados, consistente en que “los actos sancionatorios perdieron fuerza ejecutoria por haberse excluido del ordenamiento jurídico la prohibición de elegir parientes en el 4º grado de consanguinidad”.

Además observan que, contrario a lo que considera la Procuraduría, el principio de favorabilidad, previsto en el artículo 29 de la Constitución y en el artículo 14 del Código Disciplinario, no tiene condición alguna y es plenamente aplicable a su caso. Sobre el particular concluyen: “hoy, el parentesco en 4º grado de consanguinidad, ya no es inhabilidad para acceder al cargo de personero municipal, en municipios de sexta categoría como Distracción, La Guajira. Esto conlleva, a que el numeral 17 del art. 48 de la ley 734 del 2000, perdió el vigor sancionatorio que le asistía frente a la inhabilidad del 4º grado de consanguinidad. Ahí está configurado, sin lugar a duda, el principio de favorabilidad”.

Solicitan la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al ejercicio del poder público y que, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada que revoque la decisión negativa y en su lugar, proceda a reconocer el principio de favorabilidad y a rehabilitar políticamente a los demandantes. Seguidamente, de manera subsidiaria,

requieren que el acto administrativo proferido por la Procuraduría tenga el carácter de revocatoria directa, para que sea posible demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. Respuesta de la autoridad accionada

La Procuraduría General de la Nación dio respuesta a la acción de tutela a través de dos oficios. Los principales argumentos que se advierten en éstos son los siguientes:

2.1. El señor Procurador Regional de La Guajira se opuso a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales. Para sustentarla, en gran parte transcribió los argumentos de la respuesta que esa entidad dio a la solicitud de decaimiento del acto sancionatorio. En primer lugar, explicó por qué la petición de los actores se resolvió como una revocatoria directa, para lo cual señaló que sólo ese recurso se encuentra reconocido en la Ley 734 de 2002.

En segundo lugar, expuso las razones que sustentaron la negativa de aplicar la favorabilidad al caso de los actores y, de entrada, afirmó que dicho principio se encuentra limitado por la naturaleza de la falta disciplinaria. Sobre el asunto aseveró lo siguiente: “el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 14 de la Ley 734 de 2002, se refiere específicamente a las normas que consagran la existencia de la falta disciplinaria, esto es, a la norma incriminatoria propiamente dicha y a la norma sustantiva de remisión || Es decir, que se aplica la favorabilidad retroactivamente, cuando existe tránsito de legislación y nos encontramos frente a una disposición posterior que elimina la conducta como falta disciplinaria (la norma sancionatoria). Pero no sucede lo mismo, cuando se trata de una norma sustantiva que pierde vigencia, porque continúa siendo falta disciplinaria para la época en que estuvo rigiendo. La circunstancia puesta de presente, al desaparecer una prohibición a partir del momento de la promulgación de una nueva norma, no le quita el carácter de irregular durante el término que rigió”

La demandada destacó que a pesar de las modificaciones señaladas por los actores, todavía permanecen en el ordenamiento jurídico el numeral 17 del artículo 48 y el numeral 1º del artículo 44 del Código Único Disciplinario, que determinan la gravedad de la

falta en la que incurrieron los actores, así como la sanción correspondiente. Enseguida concluyó lo siguiente: "(...) las normas que consagran la falta disciplinaria (incriminatoria) como tal y la sanción a imponer para ese tipo y caso de faltas, en la ley 734 de 2002, aún están vigentes; la norma que sufrió modificación, que fue la sustantiva de remisión, no desaparece el hecho cierto que para la época en que estuvo rigiendo sin la modificación constituía un comportamiento prohibido".

Bajo tales condiciones, solicitó que no se accediera a la solicitud de protección de los derechos fundamentales ya que las actuaciones de la Procuraduría se han ejecutado "con un apego irrestricto a las normas en que debía fundarse, tanto sustantivas como procedimentales".

2.2. De igual manera, el apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones contenidas en la acción de tutela en comento. En primer lugar aseveró que el amparo es improcedente ya que los actores dejaron caducar los medios judiciales de defensa que tenían a su alcance y pretenden, a partir de la acción constitucional, revivir el término para censurar el acto que negó la aplicación del principio de favorabilidad. Adicionalmente, planteó que la acción no cumple con el principio de inmediatez, ya que pasaron más de diez meses desde el momento en que se expidió el acto que se censura, sin que se plantee ningún argumento que excuse la tardanza. Finalmente, consideró que no se presentó algún planteamiento a partir del cual se infiera que la acción procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Más adelante, sólo con el objetivo de adelantar un "ejercicio académico", el apoderado presentó las razones por las cuales el principio de favorabilidad no procede en este caso. Para el efecto aclaró que el mismo no tiene aplicación en lo que se refiere a las "normas de remisión de los tipos penales en blanco", teniendo en cuenta que de ser aplicado sobre ellas se generaría una "situación de total inseguridad jurídica". Enseguida desarrolló un ejemplo de esta teoría aplicada sobre el delito de usura y advirtió lo siguiente: "lo anterior no quiere decir que la favorabilidad no pueda aplicarse en ningún caso frente a normas de remisión de tipos penales en blanco, pero sería sólo en los supuestos en los cuales la variación de la norma de remisión suponga también la variación de la misma de la estructura del tipo penal básico y no simplemente la variación de un

dato que lo complementa". Además, precisó que dicha teoría se ha aplicado por la "doctrina mayoritaria" a los tipos legales en el ámbito del derecho disciplinario, "a los que se les denomina tipos de reenvío normativo" y coligió: "De manera que si traemos las consideraciones hechas atrás en relación con la aplicación del principio de favorabilidad frente a las normas de remisión de tipos penales en blanco al ámbito del derecho disciplinario, que también es un derecho sancionador y que responde a unos principios y a una lógica similares, habría que concluir que la misma tampoco es posible en materia disciplinaria || Por todo lo anterior, mal podría decirse que el principio de favorabilidad en materia disciplinaria tenga el amplio alcance que los accionantes pretenden, hasta el punto de que un cambio en la norma de remisión del tipo disciplinario de reenvío normativo (en este caso, del régimen legal de inhabilidades para los servidores públicos de municipios pertenecientes a la categoría sexta) suponga que unos fallos disciplinarios, que fueron proferidos en su momento en derecho a la luz del régimen vigente, y que han hecho tránsito a cosa juzgada, ahora deban ser revocados por virtud de la aplicación de aquel principio".

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira, a través de providencia del 15 de septiembre de 2008, negó la protección de los derechos fundamentales invocados. Estimó que las actuaciones de la demandada se ajustan a lo dispuesto en la ley disciplinaria y que, de acuerdo a ésta, no es posible aplicar el principio de favorabilidad al caso ya que en el momento en que fueron sancionados los actores tuvieron a su disposición los medios ordinarios de defensa para hacer valer sus derechos y, además, la Ley 1148 no tenía vigencia para que pudiera ser aplicada.

2. Impugnación

Los actores objetaron el fallo de primera instancia y lo consideraron inconstitucional por limitar el alcance del principio de favorabilidad a condiciones de tipo temporal incompatibles con el artículo 29 Superior. Resaltaron que la ley favorable aplica en cualquier etapa del proceso, inclusive a aquellas personas que ya hayan sido sancionadas. Insistieron que la naturaleza y los alcances del principio de favorabilidad

es aplicable a su caso y que el decaimiento del acto administrativo debió haber sido tramitado por la Procuraduría sin necesidad de acudir a la revocatoria directa, más teniendo en cuenta que unos apartes de la Ley 1148 fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-903 de 2008.

3. Segunda Instancia

En segunda instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 06 de noviembre de 2008, modificó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la solicitud por incumplir el principio de inmediatez, atendiendo que entre el pronunciamiento de la demandada y la acción pasaron más de nueve meses.

III. PRUEBAS

En el trámite de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

1. Copia simple de la providencia sancionatoria dictada por la Procuraduría General de la Nación, regional La Guajira, el 15 de abril de 2004 (folios 10 a 38, cuaderno primera instancia).

1. Copia simple de la providencia sancionatoria dictada por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 10 de junio de 2004 (folios 39 a 56, cuaderno primera instancia).

1. Copia simple de la solicitud elevada por los actores al Procurador General de la Nación, en donde se solicita la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos sancionatorios (folios 57 a 62, cuaderno primera instancia).

1. Copia simple de la providencia dictada por el Procurador General de la Nación, el 21 de noviembre de 2007, en la que decide no revocar los actos sancionatorios (folios 63 a 67, cuaderno primera instancia).

1. Copia simple de la providencia dictada por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, el 09 de julio de 2008 (folios 155 a 170, cuaderno primera instancia).

1. Copia simple del comunicado de prensa número 41, proferido por la presidencia de la Corte Constitucional el 17 de septiembre de 2008 (folios 171 a 173 del cuaderno de primera instancia).

1. Copia autenticada del expediente en donde se adelantó la investigación disciplinaria en contra de los actores (325 folios)

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

En el año 2004 los actores fueron sancionados disciplinariamente con destitución del cargo de Concejales y con inhabilidad para ejercer función pública por el término de 11 años. Ello por cuanto, en ejercicio de ese cargo, participaron en la elección de un Personero Municipal que se encontraba inhabilitado porque tenía vínculo dentro del cuarto grado de consanguinidad con uno de los concejales. Con posterioridad, el artículo 1º de la ley 1148 de 2007 modificó la inhabilidad que dio origen a la

responsabilidad disciplinaria, ya que morigeró tal prohibición. Como consecuencia, ellos consideran que la falta disciplinaria por la que fueron sancionados ha desaparecido y procedieron a solicitar al Procurador General de la Nación que, en aplicación del principio de favorabilidad, declarara la rehabilitación de sus derechos a elegir y ser elegidos, en aplicación de las figuras de la pérdida de fuerza ejecutoria y revocatoria directa del acto administrativo. La entidad demandada negó la revocatoria directa del acto administrativo sancionador porque consideró que de tales hechos no se infiere ninguna de las causales consignadas por la ley. Por tal razón, los actores consideran vulnerados sus derechos al debido proceso y al ejercicio del poder político e interponen la presente acción de tutela para que se ordene aplicar el principio de favorabilidad y se les rehabilite políticamente.

El Ministerio Público se opuso a la solicitud de tutela para, en primer lugar, advertir que la acción es improcedente por incumplir con los principios de subsidiariedad y de inmediatez. Posteriormente, aclaró que resolvió la petición de los concejales sancionados como revocatoria directa porque la figura del decaimiento del acto administrativo no puede invocarse como una acción o incidente y, además, reiteró que el principio de favorabilidad no es aplicable en este asunto como quiera que las normas jurídicas disciplinarias sobre las que se fundó el acto sancionador no han desaparecido.

Los jueces que atendieron la solicitud denegaron la protección de los derechos invocados. La primera instancia corroboró que las actuaciones de la Procuraduría están circunscritas por las normas disciplinarias y consideró que la Ley que modificó la inhabilidad no les es aplicable a los actores ya que fue proferida con posterioridad a la implantación de su sanción. Por su parte, la segunda instancia, argumentó que la acción es improcedente ya que los actores no cumplen con el principio de inmediatez de la tutela.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión, previo a abordar el caso concreto, desarrollar dos cuestiones principales: (i) recordar cuáles son los parámetros adscritos a los requisitos de procedibilidad de subsidiariedad e inmediatez y (ii) determinar las condiciones bajo las cuales aplica el principio de favorabilidad en materia disciplinaria, especialmente, en el evento en que la norma de reenvío del tipo

disciplinario que justificó una sanción es modificada varios años después.

3. La subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Tal y como se encuentra definida en el artículo 86 Superior, la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, está compuesta por unas características cardinales, que garantizan la protección inmediata de tales valores, y de unos límites mínimos, que acreditan que su utilización responda a los principios propios de nuestro sistema de administración de justicia. Uno de éstos, establecido en el artículo en mención, consiste en la subsidiariedad del amparo. Sobre el particular, la disposición constitucional expone textualmente lo siguiente: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Bajo tales condiciones, la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en varias oportunidades en que a pesar de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela puede proceder cuando los mismos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Al contrario, cuando los mecanismos judiciales ordinarios son aptos para atender la vulneración de los derechos, la tutela devendrá en improcedente pues ésta no tiene el poder para reemplazar ninguno de aquéllos. En la sentencia C-543 de 1992, en la que se estudió la constitucionalidad de los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991, la Corte afirmó lo siguiente: “(...) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”.

Así las cosas, como corolarios de dicho aserto, la Corte ha sostenido y reiterado que la acción de tutela es improcedente (i) cuando a través de la misma se pretendan reemplazar los mecanismos judiciales ordinarios que hayan caducado o vencido y (ii)

cuando mediante su ejercicio se pretenda reabrir un asunto litigioso que por la negligencia, desidia e incuria del demandante, se encuentra debidamente resuelto a través de una sentencia ordinaria legalmente ejecutoriada. La primera de estas causales de improcedencia ha sido aplicada en múltiples ocasiones y de ellas vale la pena rescatar la Sentencia de Unificación 544 de 2001, dictada por la Sala Plena de la Corte, en la que se afirmó lo siguiente:

“En principio, no existe obligación alguna de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponerse la demanda. Con todo, debe observarse que, a fin de no desnaturalizar la figura, en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias están sujetas a caducidad o, en general, a limitaciones temporales, en principio le asiste al demandante la carga de iniciar la acción pertinente, sea al momento de interponerse la acción o durante su trámite -si el término de caducidad opera durante el trámite-.

“La anterior exigencia guarda relación directa con la naturaleza cautelar de la tutela transitoria, pues de caducar o prescribir las posibilidades de acceso a la administración de justicia por causas imputables al demandante, mal puede la tutela fungir como mecanismo para revivir los términos ordinarios. De ser así, la tutela perdería todo carácter transitorio. De tramitarse, a pesar de dicho efecto jurídico, se tornaría en principal. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal ya han operado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio” (negrilla fuera de texto original).

Sin duda alguna la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional ante los diferentes mecanismos judiciales ordinarios dispuestos en nuestro Estado de Derecho ha sido resaltada y desarrollada en la jurisprudencia constitucional desde el primer año de vigencia de la Constitución Política de 1991. En la sentencia T-007 de 1992, la Corte advirtió que de ninguna manera la acción de tutela puede constituirse en un ‘remedio’ para quienes interponen la acción ordinaria por fuera de término o -peor aún- para quienes sin justificación evitan acudir sistemáticamente a los mecanismos judiciales ordinarios. En dicho fallo se dijo textualmente lo que sigue: “Si, por el contrario, el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la

protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”.

La claridad adscrita a esta premisa ha llevado a que la Corte, en casos más recientes, también haya advertido que la tutela no es un medio alternativo o supletorio, que pueden elegir los accionantes discrecionalmente, en perjuicio de los demás mecanismos o acciones judiciales. Bajo esta idea, la sentencia T-108 de 2003 observó lo siguiente: “La falta del ejercicio oportuno de los medios ordinarios que la ley ofrece para impugnar las decisiones judiciales, hacen improcedente la acción de tutela pues no puede alegarse el no ejercicio de los mismos para su beneficio”. Inclusive, en la sentencia T-051 de 2006, la Corte calificó tal conducta de “antijurídica”, ya que la pérdida de la oportunidad procesal para resolver una pretensión no puede pretender que sea remediada a través del mecanismo constitucional de defensa de los derechos fundamentales. En esa oportunidad se concluyó lo siguiente: “Por otro lado, existe una razón adicional para declarar la improcedencia de la acción de tutela, pues la Corte advierte que el accionante no hizo uso de la acción contenciosa administrativa correspondiente para controvertir el proceso de conformación de la terna y nombramiento del Director del Hospital Universitario del Valle. Esta omisión, lleva a la Sala a inferir que el señor (...) está utilizando la acción de tutela para un fin antijurídico como es el revivir términos procesales precluidos; es decir, perdida esta oportunidad procesal por causa imputable al accionante, no puede pretender válidamente recuperarla ahora a través del ejercicio de la acción de tutela”.

4. El principio de inmediatez. Reiteración de Jurisprudencia.

Adicional a lo anterior y de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de la inmediatez constituye otro de los requisitos de procedibilidad de la tutela², de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Con este requisito se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia,

negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política. En efecto, allí se define que uno de los ingredientes principales de la tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.

Bajo tales presupuestos, desde sus primeras sentencias la Corte ha reconocido a la inmediatez como característica inherente a este mecanismo de defensa constitucional. Sobre el particular, en la sentencia C-542 de 1992 expresó:

“(..) la Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: ...la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva. actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales “.

Así también, en la sentencia SU-961 de 1999, la Corte advirtió que la inexistencia de un término de caducidad no significa que la acción de tutela pueda interponerse en cualquier tiempo. Y agregó:

“la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de

antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su 'inmediatez'. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

Ahora bien, el plazo razonable debe medirse conforme a parámetros objetivos. La sentencia T-730 de 2003 consideró que una estrategia útil para medir la inmediatez es la urgencia manifiesta para proteger el derecho³

“Por una parte, si la acción de tutela pudiera interponerse varios años después de ocurrido el agravio a los derechos fundamentales, carecería de sentido la regulación que el constituyente hizo de ella. De esa regulación se infiere que el suministro del amparo constitucional está ligado al principio de inmediatez, es decir, al transcurso de un prudencial lapso temporal entre la acción u omisión lesiva de los derechos y la interposición del mecanismo de protección. Nótese que el constituyente, para evitar dilaciones que prolonguen la vulneración de los derechos invocados y para propiciar una protección tan inmediata como el ejercicio de la acción, permite que se interponga directamente por el afectado, es decir, sin necesidad de otorgar poder a un profesional del derecho; orienta el mecanismo al suministro de protección inmediata; sujeta su trámite a un procedimiento preferente y sumario; dispone que la decisión se tome en el preclusivo término de diez días; ordena que el fallo que se emita es de inmediato cumplimiento y, cuando se dispone de otro medio de defensa judicial, permite su ejercicio con carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con ello, el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un

instrumento normativo de trámite sumario y hacerla con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años”.

Adicionalmente, ha resaltado esta Corporación que el respeto por la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados, no puede convertir la acción de tutela en un instrumento que desestabilice el orden institucional y que sea fuente de caos. Mediante la introducción del principio de inmediatez, la Corte ha pretendido resolver la tensión existente entre orden y seguridad, entre protección efectiva de los derechos y estabilidad. En una reciente decisión, la Corte se refirió al tema en los siguientes términos:

“la Corte ha entendido que la tutela contra una decisión judicial debe ser entendida, no como un recurso último o final, sino como un remedio urgente para evitar la violación inminente de derechos fundamentales. En esta medida, recae sobre la parte interesada el deber de interponer, con la mayor diligencia, la acción en cuestión, pues si no fuera así la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes. En un escenario de esta naturaleza nadie podría estar seguro sobre cuales son sus derechos y cual el alcance de éstos. con lo cual se produciría una violación del derecho de acceso a la administración de justicia – que incluye el derecho a la firmeza y ejecución de las decisiones judiciales – y un clima de enorme inestabilidad jurídica. En consecuencia, la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica, se ha resuelto estableciendo, como condición de procedibilidad de la tutela, que la misma sea interpuesta, en principio, dentro de un plazo razonable y proporcionado”.⁴

Así pues, el plazo razonable no se ha establecido a priori, sino que serán las circunstancias del caso concreto las que lo determinen. Sin embargo, se ha indicado que deben tenerse en cuenta algunos factores para analizar la razonabilidad del término⁵: 1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y, 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados⁶.

5. Debido Proceso en Materia Disciplinaria. Principio de Favorabilidad.

5.1. La naturaleza originaria de la facultad disciplinaria del Estado ha sido concretada por parte de este Tribunal a partir de su reconocimiento como una forma de ejercicio de su potestad sancionadora que, como consecuencia, está fundada en los principios y los valores constitucionales, asegurando en todo momento la vigencia de los elementos propios del debido proceso⁷. Bajo tales condiciones, pero advirtiendo que se trata de estatutos con diferencias importantes, la Corte ha afirmado reiteradamente que la persona investigada o juzgada disciplinariamente tiene derecho a gozar de las mismas garantías que estructuran el derecho penal, tales como el principio de legalidad y de favorabilidad⁸.

5.2. Particularmente, es necesario justificar y reconocer las particularidades adscritas al principio de legalidad en materia disciplinaria o, en otras palabras, la relación especial de sujeción del servidor estatal. Referente a este aspecto, la Corte ya ha tenido la posibilidad de relacionar las normas constitucionales que sustentan la sanción disciplinaria. En la sentencia C-818 de 2005 se advirtió lo siguiente: “En primer lugar, en los artículos 6° y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden “ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes”, y que “sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley”. En segundo término, al disponer los artículos 122 y 123 que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. Y, finalmente, en el artículo 124 que le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que: “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Como se advierte, la naturaleza constitucional de la potestad disciplinaria tiene un vínculo evidente con el principio de legalidad. De hecho, en aplicación del mismo la Corte ha señalado insistentemente que nadie puede ser disciplinado sino “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”⁹. Esto implica, por tanto, que la autoridad respectiva no puede aplicar normas sancionatorias en forma retroactiva, con excepción de la vigencia y aplicación del principio de favorabilidad disciplinaria¹⁰.

El Código Disciplinario actual define tales principios, es decir, la legalidad y la favorabilidad, de la siguiente manera:

“ ARTÍCULO 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.

(...)

““ART. 14.—Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.”

5.3. Así pues, dada su conexión íntima con los cánones adscritos al debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha destacado que en materia disciplinaria el principio de favorabilidad es de obligatoria aplicación, tanto para normas procesales como de carácter sustantivo. En la sentencia C-692 de 2008 la Corte anotó lo que sigue:

“Así mismo, ha precisado la Corte que el principio de favorabilidad es imperativo respecto de normas sustantivas y procesales en la misma medida. De esta forma, “tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa.”

Precisamente, en aquella oportunidad la Corte se preguntó si la norma que disponía la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales disciplinarias era incompatible o desconocía el principio de favorabilidad. Para dar respuesta a tal cuestión se procedió a estudiar varias providencias, dentro de las que vale la pena destacar las sentencias C-181 de 2002¹³ y C-328 de 2003¹⁴, y a partir de las mismas concluyó que “el principio de aplicación general e inmediata de la ley procesal, contemplado en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, (...) no resulta contrario a la Constitución siempre que se garantice el principio de favorabilidad”.

A lo anterior es necesario agregar que en paralelo al principio de aplicación inmediata de la ley procesal, la Corte también ha prevenido que la aplicación de la favorabilidad disciplinaria también implica una merma del principio de seguridad jurídica en la medida en que “una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos”¹⁵.

5.4. En la misma medida, la jurisprudencia ha aclarado que los alcances de la favorabilidad de una norma benigna se despliegan a través de dos vías: la retroactividad y la ultra-actividad. Sobre el asunto, en la sentencia C-181 de 2002 se precisó lo siguiente: “la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia” (negrilla y subrayado fuera de texto original).

Dicho tema también fue objeto de consideración en la sentencia C-481 de 1998 en la que, luego de resaltar la importancia que tiene el principio de favorabilidad en el ámbito disciplinario, se afirmó lo siguiente: “el juez disciplinario, con el fin de no violar el debido proceso, “no puede limitarse a la aplicación invariable de las normas según las reglas generales relativas al tiempo de su vigencia (irretroactividad de la ley), sino que se haya obligado a verificar si la norma posterior, no obstante haberse promulgado después de ocurridos los hechos, puede favorecer al reo o procesado, pues, si así acontece, no tiene alternativa distinta a la de aplicar tal disposición.¹⁶” Es más, específicamente esta Corporación señaló que, una vez entrado en vigor el CDU, era deber de las autoridades disciplinarias aplicarlo retroactivamente, en aquellos eventos en que esta nueva normatividad resultara más favorable que los regímenes especiales precedentes”.

Adicionalmente, en la sentencia C-391 de 2002, previo a hacer el estudio de fondo de una norma disciplinaria que ya había sido derogada, la Corte aceptó que en virtud del principio de favorabilidad dicha disposición podía seguir produciendo efectos jurídicos

(ultra-actividad) y que, por tanto, se hacía viable su estudio a través de la acción de inconstitucionalidad. Dentro de circunstancias similares, la sentencia C-329 de 2001 puntualizó: “Entra entonces la Corte a hacer ciertas precisiones necesarias, en relación con el principio de favorabilidad y la aplicación de la ley en el tiempo. En principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas –deontológicas– a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley. Con todo, tanto en materia penal como disciplinaria, en virtud del principio de favorabilidad, “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (C.P. art. 29, resaltado fuera de texto). Es decir, las normas más favorables son susceptibles de ser aplicadas retroactivamente, como si hubieran estado vigentes en el momento en que ocurrieron los hechos. Esta aplicación retroactiva es susceptible de darse incluso cuando, durante el proceso, la norma más favorable también es derogada. Ello no supone una aplicación ultractiva de la ley, pues ésta se aplica en el momento en que ocurre la conducta establecida en el supuesto normativo, no en aquel en que la consecuencia normativa es materialmente llevada a cabo por el ente disciplinario o por el juez. Por lo tanto, la Corte descarta que las disposiciones demandadas aun sean aplicables en virtud del principio de favorabilidad, pues este principio no les da carácter ultractivo a las disposiciones derogadas, haciéndolas aplicables a conductas ocurridas con posterioridad a su derogatoria”.

5.5. Por su parte, en sede de tutela la Corte también ha resaltado la importancia del principio de favorabilidad en el campo disciplinario. La sentencia SU-637 de 1996 estudió la censura contra una providencia disciplinaria dictada por el Consejo Superior de la Judicatura, en un caso en el que se aplicó la norma disciplinaria que estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos, en perjuicio del Código Disciplinario que empezó a regir cuando se adelantaba el proceso y que resultaba claramente más beneficioso para el disciplinado. En respuesta, este Tribunal declaró la existencia de una vía de hecho en dicha providencia, por desconocer el principio de favorabilidad disciplinaria, y advirtió: “A partir de esta afirmación se llega a la conclusión de que en el caso concreto (...) debió aplicarse, en lo relacionado con las sanciones, la normatividad de la Ley 200 de 1995, la cual había entrado ya en vigor al momento de dictarse la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura. Las normas de la referida Ley 200 de 1995 atinentes a la sanción de destitución son más favorables a los

disciplinados, puesto que eliminan la discrecionalidad de la autoridad disciplinaria para asignar esa pena y limitan a ciertas hipótesis taxativas la posibilidad de imponerla. La decisión judicial, de acuerdo con lo expuesto, corresponde a una vía de hecho. La imposición de la sanción disciplinaria más desfavorable, no obstante que al momento de confirmarse la sanción se encontraba en vigencia una ley que consagraba un régimen punitivo más favorable y que, la misma de manera expresa e inequívoca derogaba los regímenes especiales disciplinarios - salvo el aplicable a la fuerza pública -, pone de presente que la actuación judicial se apartó ostensiblemente del imperio de la ley y, por ende, se incurrió en una vía de hecho violatoria del derecho fundamental al debido proceso que, en este caso, se impone amparar, a fin de que el órgano judicial competente adopte su decisión conforme a la ley vigente y con estricta sujeción al principio de favorabilidad”¹⁷.

5.6. Ahora bien, previo a abordar el caso concreto y sin perjuicio de los parámetros antedichos, se hace imperativo reconocer que en el campo disciplinario los principios de legalidad y de tipicidad tienen unas reticencias y connotaciones especiales que, sólo bajo el cumplimiento de algunas condiciones, son compatibles con los valores constitucionales. Específicamente, la Corte ha reconocido que la falta disciplinaria generalmente está compuesta por tipos abiertos o por conceptos jurídicos indeterminados que conllevan una técnica de remisión¹⁸ o complementación, debido a las particularidades y objetivos presentes en esta área. En la sentencia C-819 de 2006 se refirió a los mismos de la siguiente manera:

“No obstante, también la Corte se ha pronunciado sobre el grado de precisión que exige el principio de tipicidad en materia disciplinaria, en lo cual ha reconocido evidentes diferencias con el derecho penal. En efecto, ha admitido que en materia disciplinaria, son admisibles las faltas disciplinarias que consagren “tipos abiertos” o “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre y cuando puedan tener un carácter determinable al momento de su aplicación” de manera que sea posible concretar la hipótesis normativa (Se destaca)¹⁹.

“Sobre el concepto jurídico de “tipos abiertos”, ha señalado la Corte que se trata de “aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten

a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos”²⁰. En tales eventos, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria²¹.

“Respecto de la categoría de “conceptos jurídicos indeterminados”, ha indicado la jurisprudencia, “incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión”²². (Se destaca)

“(…) si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos²³”.

En efecto, tal y como se observó atrás, en la propia Constitución se reconoce que en orden a garantizar los principios de la administración pública y los fines de la potestad sancionatoria del Estado, las fuentes del derecho disciplinario son múltiples, lo que genera en el operador la obligación de concretar o complementar la falta con “lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”.

Así pues, la falta de autonomía de los principios de la función administrativa y de los tipos disciplinarios²⁴ conlleva la existencia de un complemento normativo en el que se consignan las prohibiciones, mandatos y deberes necesarios para engendrar la antijuricidad y, por ende, la existencia de la falta²⁵. En la sentencia

C-948 de 2002 la Corte abordó esta particularidad de la siguiente manera:

“De otra parte cabe recordar que la jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas 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.

De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados²⁶ permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, 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, por lo que 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”. (negrilla fuera de texto original).

Como adición es importante tener en cuenta que, por regla general, las fuentes de la falta disciplinaria, a saber, el mandato, el deber, la prohibición y la sanción, sólo pueden ser definidas por el legislador. Sin embargo, dentro del complemento necesario para que la tipicidad sancionatoria llegue a existir, la Constitución ha consagrado que en lo que se refiere a las funciones de los servidores públicos, éstas pueden consagrarse en los reglamentos administrativos de cada entidad. Este fenómeno fue reconocido y explicado en la sentencia C-328 de 2003 bajo los siguientes términos:

“Asunto diferente es el de si solo la ley puede describir las funciones de los servidores

públicos que contribuyen a delimitar el ámbito de los deberes de estos.²⁷ Expresamente la Constitución en el artículo 122 permite que el reglamento detalle las funciones de los empleos públicos. No obstante, la decisión general relativa a si la infracción, omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones detalladas en el reglamento son causa de responsabilidad disciplinaria compete al legislador.(...)

Del análisis anterior se desprende que las prohibiciones de los servidores públicos deben ser estipuladas por el legislador. Ahora bien, en lo que respecta a los deberes funcionales, en concordancia con los artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución, la misma ley puede establecer que el funcionario que se extralimite, infrinja u omita el ejercicio de sus funciones, aún las detalladas en el reglamento, incurre en una falta disciplinaria²⁸. Cuando el legislador emplea esta técnica legislativa, la configuración de la falta depende tanto de la ley, que crea la prohibición y remite a una norma de menor nivel jerárquico que delimita su contenido, como del reglamento, que detalla las funciones del funcionario.²⁹ (negrilla fuera de texto original).

En todo caso, es necesario advertir, el hecho de que la Corte haya aceptado las particularidades de la tipicidad disciplinaria no conlleva el desconocimiento de los derechos y garantías previstos en la Constitución y, menos aún, las virtudes adscritas al debido proceso³⁰. En la sentencia C-507 de 2006 se abordó este tema de la siguiente manera:

“3.4.4 Empero cabe precisar que como lo ha puesto igualmente de presente la Corte, en aras de preservar el principio de reserva de ley, es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo³¹, (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, (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 proceso³².

Así mismo que para que la remisión normativa que eventualmente se efectúe sea constitucional i) la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos

mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto; ii) que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. Finalmente no sobra reiterar que lógicamente a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de dicha conducta, porque ello desconocería el principio de *lex praevia*³³. (negrillas fuera de texto original).

6. Caso concreto.

6.1. Como se advirtió, en el año 2004 los actores fueron sancionados disciplinariamente con destitución del cargo de Concejales del municipio de Distracción y con inhabilidad para ejercer función pública por el término de 11 años. Ello por cuanto, en ejercicio de ese cargo, participaron en la elección de una Personera Municipal que se encontraba inhabilitada porque tenía vínculo dentro del cuarto grado de consanguinidad con uno de los concejales.

Con posterioridad, de acuerdo a lo que argumentan los actores, el artículo 1º de la ley 1148 de 2007 modificó la inhabilidad que dio origen a la responsabilidad disciplinaria, ya que en su párrafo tercero se definió que para municipios de cuarta, quinta y sexta categoría tal prohibición era morigerada, disminuyendo el impedimento del cuarto grado al segundo grado de consanguinidad³⁴

Como consecuencia, atendiendo que el municipio de Distracción es de sexta categoría, los actores consideran que la falta disciplinaria por la que fueron sancionados ha desaparecido y solicitaron al Procurador General de la Nación, en aplicación del principio de favorabilidad, que declarara la rehabilitación de sus derechos a elegir y ser elegidos, en aplicación de las figuras de la pérdida de fuerza ejecutoria y revocatoria directa del acto administrativo. Esta solicitud fue negada y en razón a esto los actores consideran vulnerados sus derechos al debido proceso y al ejercicio del poder político e interponen la presente acción de tutela para que se ordene aplicar el principio de

favorabilidad y se les rehabilite políticamente.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la acción y negó la revocatoria directa del acto administrativo sancionador el 21 de noviembre de 2007 a partir de las siguientes argumentos: (i) que la pérdida de fuerza ejecutoria es una excepción y no una acción; (ii) que de tales hechos no se infiere ninguna de las causales consignadas en el Código Contencioso Administrativo para la revocatoria de la sanción; y (iii) que la favorabilidad no aplica a este caso ya que se trata de una modificación normativa de una norma complementaria del tipo disciplinario.

Las instancias judiciales que conocieron de la acción de tutela denegaron la protección de los derechos invocados. La primera instancia consideró que la demandada ha actuado bajo el marco legal, al tiempo que aseveró que cuando se dictó el acto sancionatorio los actores tuvieron a su disposición los medios judiciales para hacer efectiva su defensa. Además agregó que la ley 1148 no puede ser aplicada ya que no estaba vigente al momento de dictarse el acto administrativo sancionatorio. Por su parte, la segunda instancia consideró que la acción es improcedente dado que ésta incumple con el principio de inmediatez.

6.2. Bajo tales condiciones, atendiendo lo expuesto en los anteriores apartes de esta providencia, lo primero que esta Sala procederá a verificar es si la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad de subsidiariedad e inmediatez.

Como se advirtió, la subsidiariedad del amparo constitucional parte de una condición prevista en la propia Constitución: esta acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Bajo tal premisa ha entendido esta Corporación que cuando un trámite judicial sea apto para atender las pretensiones del accionante, la acción de tutela deviene en improcedente ya que ésta no tiene aptitud para reemplazarlo. Como complemento a este razonamiento, la jurisprudencia también ha definido que el amparo es absolutamente improcedente para revivir los términos procesales que se hubieren vencido por la negligencia o desidia del actor.

De la misma manera, la Corte Constitucional ha insistido que en virtud del requisito de inmediatez, la acción de tutela supone un trámite inmediato para la defensa de los derechos fundamentales que, por tanto, debe ser interpuesto en un término razonable y

oportuno. Dicho término no está determinado de antemano o de manera fija sino que debe ponderarse en cada caso en concreto, verificando que exista una inactividad injustificada y que no se afecten derechos de terceros.

6.3. Pues bien, teniendo en cuenta dichas previsiones la Sala considera que la presente acción es procedente y que, por tanto, es absolutamente necesario entrar a estudiar de fondo los derechos fundamentales invocados por los actores.

En efecto, en lo que se refiere a la subsidiariedad, hay que tener en cuenta que los actores presentaron esta acción como consecuencia de (i) la modificación del párrafo 3º del artículo 1º de la ley 1148 de 2007, relacionada con las prohibiciones para parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y (ii) la respuesta emitida por la Procuraduría, en la que decidió “no revocar los fallos proferidos por la Procuraduría Regional de La Guajira, el 15 de abril de 2004, dentro del proceso 089-2222-04, y por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 10 de junio de 2004 (...)”. Como se sabe, ni el tránsito legislativo ni la decisión adoptada, conforme al artículo 72 del CCA, restablecen los términos para el ejercicio de la acción respectiva y, por tanto, en la actualidad los actores no cuentan con otro medio de defensa judicial para atender la solicitud de amparo de derechos. Tales acontecimientos, además, excluyen la posible existencia de negligencia o desidia de parte de los actores ya que, en contraste, es fácil corroborar que la totalidad de sus pretensiones están circunscritas a las modificaciones introducidas por la nueva ley.

A diferencia de los argumentos señalados por el juez de segunda instancia, para esta Sala de Revisión la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez. Es cierto que la providencia que negó la revocatoria directa del acto sancionatorio se profirió el 21 de noviembre de 2007 y que contra ella sólo se presentó el amparo constitucional hasta el 01 de septiembre de 2008. Sin embargo, a pesar de la evidente amplitud del lapso temporal, para la Sala es apreciable que los actores hayan justificado su retardo en la providencia que dictó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 09 de junio de 2008 a favor de otro de los concejales. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta otro hecho de carácter sobreviviente: la sentencia C-903 del 17 de septiembre de 2008, en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 1º (parcial) de la Ley 1148 de 2007. Esta providencia, en la que se estudian los alcances de la norma que

los actores invocaron ante la Procuraduría, hace que el análisis de la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al ejercicio de los derechos políticos sea necesario.

6.4. Ahora bien, en lo que se refiere al estudio de fondo de los hechos y derechos invocados por los ciudadanos David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, William Carlos Rodríguez Araos y Marlín del Rosario Zuleta Molina, se deben tener en cuenta los siguientes argumentos:

No obstante la evidente trascendencia del principio de favorabilidad, esta Sala considera que en el presente caso la Ley 1148 de 2007 no cuenta con el poder para modificar el núcleo específico del tipo disciplinario a partir del cual fueron sancionados los actores. En otras palabras, contrario a lo planteado por ellos, la norma con base en la cual les fue imputada la sanción disciplinaria, no ha sido derogada, subrogada o modificada por la disposición citada. Como se pasa a mostrar, en este caso no se presenta una sucesión de leyes benéficas que permitan la aplicación del principio al caso de los actores.

Recordemos, pues, que los cargos atribuidos a los exconcejales en los fallos de primera y segunda instancia, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, están soportados principalmente en el artículo 126 de la Carta y en el artículo 174, literal "f", de la Ley 136 de 1994 destacando una característica que para el caso es trascendental: los concejales del Municipio de Distracción actuaron en calidad de nominadores de la personera.

6.4.1. Textualmente en el fallo de primera instancia se lee lo siguiente:

"Partiendo de la base de que entre la elegida Personera Municipal de Distracción La Guajira, Dra. Nela Alejandra Mendoza Tovar, y el Concejal William Carlos Rodríguez Araos, existe parentesco en cuatro (sic) grado de consanguinidad por ser hijos de dos hermanos; de los concejales que en sesión del siete (7) de enero de 2004 votaron para elegirla (...) se predica haber obrado en forma coincidente con la hipótesis normativa del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consagrada como FALTA GRAVISIMA, al

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses

No podrá ser elegido personero quien || f) Sea pariente dentro del cuarto grado de

consanguinidad... con los concejales que intervienen en su elección

Esto, en concordancia con la regla general del artículo 126 de la Constitución Política, que consagra:

Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o quien esten ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación". (negritas originales del texto transcrito).

Más adelante, en definición de los alcances de los artículos 126 y 292 de la Constitución, este fallo explicó lo siguiente:

"De la lectura de estas Normas fluye claro que la Constitución Política consagra una prohibición general respecto de los Servidores Públicos con capacidad Nominadora señalándoles que no podrán nombrar como Empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el Cuarto Grado de consanguinidad.

(...)

Además, la citada Norma Constitucional fue legislativamente reproducida en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 (...)

Con estas Normas -constitucionales y legales- queda visto en forma clara que una es la situación consagrada respecto de los parientes de los Servidores Públicos con capacidad o poder de Nominación precisándola en el cuarto grado de consanguinidad [art. 126 CN], y otra distinta la situación de los parientes de los Concejales considerados o vistos por fuera de la facultad directa de nominación de estos, para ser designados funcionarios en la respectiva Entidad Territorial, concretándola al Segundo Grado de Consanguinidad [art. 292 CN]

"Así las cosas, mientras una persona emparentada en Cuarto Grado de consanguinidad con un Concejal no puede ser nombrada, ni elegida ni designada por el Concejo al que pertenece su pariente (Órgano con capacidad o potestad Nominadora), si puede ser

designada por otro órgano u Autoridad como funcionario dentro de la respectiva entidad territorial, esto porque la extensión al Cuarto Grado de Consanguinidad se hace en consideración a la directa incidencia del pariente como Nominador y en cambio se limita al Segundo Grado cuando el pariente no es quien tiene la capacidad o potestad Nominadora sino que la detenta otro Servidor Público

Entonces, la aludida es la razón de ser del artículo 292 de la Constitución Política, señalar a todos los Servidores Públicos del Nivel Municipal la prohibición de designar a los parientes de los Concejales hasta el Segundo Grado de Consanguinidad, sin aludir -claro está- a la facultad Nominadora de los Concejales ya que para este caso la norma es la 126 de la misma Constitución y las legales que la desarrollan”.

Bajo tales condiciones, en el mismo pronunciamiento disciplinario se observó y precisó con cautela que mientras la prohibición prevista en el artículo 126 Superior está desarrollada por el literal “f” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, la inhabilidad contenida en el artículo 292 de la Carta ha sido desarrollada por otras normas, entre ellas, el artículo 48 de la Ley 136 de 1994, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1º de la Ley 821 de 2003.

Por su parte, en el fallo disciplinario de segunda instancia, del 10 de junio de 2004, se reiteraron tales planteamientos de la siguiente manera:

“Por tanto, mientras una persona emparentada en Cuarto Grado de consanguinidad con un Concejal no puede ser nombrada, ni elegida ni designada por el Concejo al que pertenece su pariente (Órgano con capacidad o Potestad Nominadora), si puede ser designada por otro Órgano u Autoridad como funcionario dentro de la respectiva entidad territorial, porque se extiende al Cuarto Grado de consanguinidad por la directa incidencia del pariente como nominador y en cambio se limita al Segundo Grado cuando el pariente no es quien tiene la capacidad o potestad nominadora, sino que la detenta otro Servidor Público

Esta es la razón de ser del artículo 292 de la Constitución Política, al señalar a todos los servidores públicos del nivel municipal la prohibición de designar los parientes de los Concejales hasta el Segundo Grado de Consanguinidad, sin precisar claro está- la facultad nominadora de los Concejales , ya que para este caso la norma es la 126 de la misma

Constitución y su desarrollo.

(...)

Lo expuesto porque las dos normas se refieren a eventos distintos, uno el que consagra el artículo 126 y otra el artículo 292, en concordancia con los artículo 48 -inciso primero- y 174 literal f) de la ley 136 de 1994, y el artículo 49 -inciso primero- de la Ley 617 de 2000, que desarrollaron la situación tratada por el artículo 126 de la Constitución, no la tratada en el artículo 292 ibidem. Mientras el artículo 48 -inciso segundo- de la Ley 136 de 1994 y el artículo 49 inciso segundo de la Ley 617 de 2000, se refieren a la situación consagrada en el artículo 292 de la Constitución, por lo que no puede entonces afirmarse que sean opuestos a la Constitución; y por el contrario son armónicos y complementarios

(...)

“Con lo anterior se desvirtúan los planteamientos de los implicados, el Despacho no los comparte desde ningún punto de vista, en primer lugar porque la Conducta que se atribuye a los Concejales vinculados al Proceso verbal es TIPICA al estar consagrada como Falta Disciplinaria en (...), actuar a pesar de la existencia de inhabilidad: elegir como Personera Municipal a una persona inhabilitada por la relación de parentesco con el concejal (...), estos según la clausula f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, concordado con el inciso primero del artículo 48 ibidem y el artículo 126 de la Constitución Política (...).”

6.4.2. Los fallos disciplinarios citados tienen un fundamento constitucional y legal principal: la definición y distinción de los alcances de los artículos 126 y 292 de la Carta y de las normas que sustentan y desarrollan cada prohibición. Tal diferenciación y, por tanto, la imposibilidad de mezclarlos entre sí, ha sido reconocida por esta Corporación a través de la jurisprudencia de control abstracto de constitucionalidad, especialmente en la sentencia C-311 de 2004. En aquella oportunidad, la Corte estudió la exequibilidad del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003. A partir de ello estableció la interpretación que surge de comparar los artículos 126 y 292, y formuló las “diversas hipótesis que se desprenden de la interpretación concordada del segundo

inciso del artículo 49 de la ley 617 de 2000 -tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003-, tanto con el artículo 126, como con el artículo 292-2 de la Constitución”.

Frente al balance interpretativo de los artículos 126 y 292, la sentencia C-311 de 2004 reconoció que cada una de esas disposiciones contiene hipótesis diferentes, en los siguientes términos:

“Sobre este punto es pertinente recordar que como lo precisó la Corte en la Sentencia C-1105 de 2001 las hipótesis que regulan respectivamente los artículos 126 y 292-2 superiores son diferentes, pues mientras que el artículo 126 superior recurre a la forma activa referida a todo servidor público, cuando señala que “los servidores públicos no podrán nombrar”, el inciso segundo del artículo 292 utiliza una forma pasiva que establece que determinadas personas “no podrán ser designados funcionarios” de la correspondiente entidad territorial. Circunstancia que determina que el alcance de las prohibiciones en uno y otro caso no resulte contradictorio sino que deba analizarse de manera concordada y complementaria.

“Al respecto dijo la Corte lo siguiente al analizar la constitucionalidad del artículo 49 de la Ley 617 antes de que este fuera modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 frente al cargo por el supuesto desconocimiento del artículo 126 superior:

“23- La expresión impugnada establece que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los “parientes dentro del segundo (2◊) grado de consanguinidad, primero (1◊) de afinidad o primero (1◊) civil” de los Gobernadores, Diputados, Alcaldes municipales y distritales y Concejales municipales y distritales, y miembros de juntas locales municipales y distritales, y de sus cónyuges o compañeros permanentes. El actor considera que esa inhabilidad resta severidad al mandato del artículo 126 superior, según el cual, “los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.”

Una primera lectura de la norma constitucional y de la expresión acusada del artículo 49 parece dar razón al demandante y a la Vista Fiscal, pues mientras que el mandato constitucional hace referencia a grados de parentesco de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, la disposición impugnada hace referencia a parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad. La norma legal parece entonces menos severa que la inhabilidad de rango constitucional, y el actor y la Vista Fiscal parecerían tener razón. Sin embargo, un examen más atento muestra que la conclusión del demandante y del Ministerio Público es equivocada, por la sencilla razón de que la norma legal acusada y el mandato constitucional regulan hipótesis distintas. En efecto, la inhabilidad constitucional recae sobre el servidor público, quien no puede nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, y por ello la norma constitucional utiliza, desde el punto de vista gramatical, la forma verbal activa “los servidores públicos no podrán nombrar...”. En cambio, la inhabilidad de la norma demandada es diferente porque recae sobre los familiares del servidor público, sin que sea necesario que el servidor sea el nominador. Es más, ni siquiera importa quien sea el nominador, y por ello la norma legal utiliza gramaticalmente la forma verbal pasiva: los parientes “no podrán ser designados...”. Para que esta prohibición legal opere basta entonces que una persona sea pariente en los grados de consanguinidad y afinidad previstos de un gobernador, un alcalde, un concejal, un diputado o un miembro de una junta administradora local.

Esta diferencia en la estructura gramatical y normativa entre la norma acusada y el artículo 126 constitucional no es una invención casual del Legislador, pues la propia Carta prevé también regulaciones diversas en materia de inhabilidades. En efecto, mientras que, como ya lo vimos, el artículo 126 superior recurre a la forma activa, pues señala que los “servidores públicos no podrán nombrar”, el inciso segundo del artículo 292 utiliza una forma pasiva muy similar a la empleada por la disposición acusada, pues establece que “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”.

24- Las situaciones reguladas por el artículo 126 de la Carta y el artículo 49 de la Ley

617 de 2000 son entonces distintas, como lo muestra el siguiente ejemplo: supongamos que un hermano del alcalde es nombrado empleado del concejo de ese municipio. Aunque se trata de un pariente de segundo grado de consanguinidad del alcalde, sin embargo ese nombramiento no se encuentra prohibido por el artículo 126 de la Constitución, por la sencilla razón de que el alcalde no es el nominador. Sin embargo, conforme al aparte acusado del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, ese nombramiento no es posible, pues no puede ser nombrado funcionario del municipio quien sea pariente, en el segundo grado de consanguinidad, del alcalde.” (subrayas originales de la sentencia transcrita).

Para mayor claridad, esta providencia definió un grupo de casos prácticos que se pueden presentar en la aplicación de la disposición que se demandaba, bajo los diferentes alcances de los artículos 126 y 292 Constitucionales. Dichas hipótesis, son las siguientes:

“Cabe precisar que en relación con el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 -inciso en el que se contienen las expresiones acusadas por el actor-, diversas hipótesis deben ser tomadas en cuenta en función de las personas a las que éste puede llegar a aplicarse, así como de las personas que lleguen a intervenir en la designación de las mismas, si se le concuerda con los mandatos superiores contenidos respectivamente en los artículos 126 y 292-2 de la Constitución

“Así, en primer lugar cabe diferenciar el caso de los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, del de los parientes de las mismas personas.

“Respecto de los cónyuges y compañeros permanentes la interpretación concordada de los artículos 126 y 292-2 superiores comporta que tanto si se toma en cuenta quien nombra o designa (artículo 126 C.P.) como a quien se designa (art. 292 C.P.), independientemente de que se trate de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, los cónyuges y compañeros

permanentes de cualquiera de ellos no podrán ser designados servidores del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Ahora bien, respecto de los parientes, deben diferenciarse las siguientes hipótesis:

i) el caso de los parientes de los diputados y concejales -a que alude expresamente el segundo inciso del artículo 292-, cuando los mismos diputados y concejales actúan como nominadores o cuando han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual la concordancia del artículo 292-2 con el artículo 126 superior impone que en esas circunstancias los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, y primero civil de dichos diputados y concejales, no puedan ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial³⁵.

ii) el caso de los parientes de los diputados y concejales -a que alude expresamente el segundo inciso del artículo 292- cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual ninguna concordancia debe hacerse con el artículo 126 y la única regla aplicable es la contenida en el artículo 292 superior, que establece que “No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

iii) el caso de los parientes de los gobernadores y alcaldes, cuando el nominador es el respectivo gobernador o alcalde o cuando éstos han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual el artículo 126 superior impone que en esas circunstancias los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, y primero civil de dicho gobernador o alcalde, no puedan ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial³⁶

iv) el caso de los parientes de los gobernadores o alcaldes, cuando dichos gobernadores o alcaldes no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual no existe ninguna

disposición constitucional que señale directamente la regla aplicable y corresponde entonces a Legislador en ejercicio de su potestad de configuración determinar el grado de parentesco que impide la designación de los parientes del respectivo gobernador o alcalde. Grado de parentesco que en este caso el Legislador fijó en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

v) el caso de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales y Distritales sea que dichos miembros actúen o no como nominadores o hayan intervenido o no en la designación de quien actúa como nominador caso en el cual no existe ninguna disposición constitucional que señale directamente la regla aplicable³⁷ y corresponde entonces a Legislador en ejercicio de su potestad de configuración determinar el grado de parentesco que impide la designación de los parientes de dichos miembros. Grado de parentesco que en este caso el Legislador fijó en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” (negrilla fuera de texto original).

Siguiendo tales pautas, en dicha providencia se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, “en el entendido que respecto de diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital”.

Nótese que la exequibilidad condicionada así como la hipótesis identificada con el número “i)” de la sentencia C-311 de 2004, en la que se infirió que cuando los concejales actúen como nominadores, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad no pueden ser designados funcionarios dentro del respectivo ente territorial, coincide manifiestamente con el caso planteado por los actores. Esta circunstancia es plenamente relevante en este caso si tenemos en cuenta, además, las evidentes similitudes entre la norma estudiada por la Corte en aquella oportunidad con

la que fundamenta la pretensión de los exconcejales. En el siguiente cuadro dicha semejanza se puede apreciar con claridad:

Artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003

Artículo 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedara así:

“Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas (...)

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o

administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

La coincidencia entre estas normas, especialmente su inciso segundo, también fue reconocida en la sentencia C-903 de 2008, en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 1148 de 2007. Inclusive, allí se precisó que la única diferencia es de orden formal y radica en la expresión “y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales”. Bajo esta condición, abordó el alcance del artículo 292 Superior y aclaró que los grados de parentesco que en él se establecen son taxativos o cerrados y que, por tanto, el legislador no puede extenderlos. Así las cosas, declaró la inexecutable de la expresión “dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, (...) en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el Art. 292 de la Constitución Política”.

Obviamente, atendiendo que tal sentencia no modificó el precedente contenido en la sentencia C-311 de 2004, ya que no ponderó los alcances del artículo 292 con el artículo 126 Superior³⁸, debe entenderse que cuando cualquiera de los funcionarios descritos en la norma ejerza la calidad de nominador, se mantiene y aplica la prohibición prevista en el artículo 126 Constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Además, tales fundamentos, atendiendo la trascendencia y alcance de las sentencias de constitucionalidad, permiten que esta Sala se aparte de las conclusiones tomadas en la sentencia T-152 de 2009. En efecto, además de no constituir una jurisprudencia consistente o en vigor que vincule la decisión de la Sala Novena de Revisión³⁹, es apreciable que allí no se definió el alcance de los artículos 126 y 292 Constitucionales, así como su importancia en el presente caso, y se omitió que el fundamento de la sanción contra los concejales fue el literal “f” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y no solamente el artículo 48 de la misma normativa.

6.4.3. Así las cosas, de los diferentes elementos recopilados por la Sala, se concluye que la falta endilgada a los actores, soportada en el literal “f” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y por el artículo 126 de la Constitución, no ha sido modificada o derogada, lo que impide la inferencia de una sucesión normativa a partir de la cual se aplique la favorabilidad disciplinaria. Sin lugar a dudas, dicha infracción se funda en el ejercicio de la capacidad nominadora que ellos ejercieron para elegir a la personera del Municipio de Distracción en el año 2004, hecho éste que conforme a lo explicado es ajeno a la hipótesis regulada en el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007. Esta disposición y, por tanto, la prohibición definida en el segundo grado de consanguinidad conforme a las sentencias C-311 de 2004 y C-903 de 2008, sólo recae sobre los familiares de los concejales que no pueden ser nombrados en el respectivo ente territorial, sin importar quien sea su nominador, siempre -obviamente- que éste no sea el propio Concejo.

En conclusión, los grados de consanguinidad aplicables a la prohibición de nombramiento en cabeza de los concejales del Municipio de Distracción aún se mantienen invariables tanto en la Constitución Política como en la ley y, por tanto, no hay razón a partir de la cual se pueda emplear a este caso la figura del decaimiento o el principio de

favorabilidad. Como consecuencia de lo expuesto, se infiere la negativa de protección constitucional solicitada de los derechos al trabajo, al debido proceso y al ejercicio de los derechos políticos.

Por tanto, la Sala procederá a revocar los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo Sección de la Judicatura de La Guajira, que declararon improcedente la acción de tutela presentada por David Alfonso Murillo Aragón, Nerio Luis Levette Mejía, William Carlos Rodríguez Araos y Marlín del Rosario Zuleta Molina y, en su lugar, por la razones expuestas en esta providencia, denegará la protección de los derechos fundamentales invocados.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Segundo: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 De hecho, en la sentencia T-001 de 19921 la Sala Tercera de Revisión de ese entonces previno lo siguiente: “(...) la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”.

2 Cfr. Sentencia T-575 de 2002.

3 Ateniéndose a esa línea jurisprudencial, la Corte ha negado el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados por haberse interpuesto la tutela un año y once meses después de proferido un acto administrativo al que se le imputaba la vulneración (Sentencias T -344-00 Y T -575-02); un año después de proferida una sentencia de segunda instancia que se señalaba como constitutiva de vía de hecho (Sentencia T -1169-01); 7 meses después de haberse emitido un acto administrativo cuestionado por afectar el derecho a acceder a un cargo público (Sentencia T -033-02); dos años después de acaecidos los actos patronales que se señalaban como lesivos de derechos fundamentales de varios trabajadores (Sentencia T -105-02); dos años después del inicio de la cesación del pago de las mesadas pensionales a que el actor decía tener derecho (Sentencia T-843-02); un año y siete meses después del fallo de segunda instancia proferido en un proceso laboral (Sentencia T -315-05), etc.

4 Sentencia T-315 de 2005.

5 En sentencia T-1229 de 2000 se recoge esta línea de jurisprudencia.

6 Sentencia T-173 de 2002.

7 Ver, entre otras, las sentencias C-555 de 2001, C-181 de 2002, C-982 de 2002, C-124 de

2003, C-328 de 2003, C-818 de 2005, T-1102 de 2005, C-340 de 2006, T-1034 de 2006, T-330 de 2007.

8 Sentencia C-692 de 2008.

9 La Ley 220 de 1995 preveía este principio de la siguiente manera: “ARTICULO 4o. LEGALIDAD. Los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas sólo serán juzgados y sancionados disciplinariamente cuando por acción u omisión de funciones incurran en las faltas establecidas en la ley”.

10 En lo que se refiere a este principio la Ley 200 dispuso: “ART. 15.—Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

11 Sentencias T-438 de 1994, T-233 de 1995, T-625 de 1997, T-1102 de 2005, T-1034 de 2006

12 Sentencia C-328 de 2003.

13 De esta providencia la Corte transcribió, entre otros, los siguientes apartes: “De acuerdo con lo dicho, la norma acusada debería interpretarse partiendo de tres principios fundamentales. El primero, que la ley opera hacia adelante en el tiempo; el segundo, que las normas procesales o de trámite entran a regir inmediatamente, y el tercero, que lo anterior no excluye la aplicación favorable de la ley en el tiempo ni la existencia de un régimen de transición que permita continuar con los trámites previstos en la ley anterior, en los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley nueva se encontraren con oficio de cargos legalmente notificado.

Así las cosas, esta Corporación considera que el precepto acusado se ajusta a los cánones constitucionales puesto que su único cometido es el de realizar un principio de aplicación normativa ampliamente aceptado, que a todas luces admite aplicación favorable de los procedimientos derogados. Pese a que los cargos de la demanda parecen presentar la norma como disposición contraria a los principios superiores, de la interpretación que aquí se le ha dado se concluye precisamente lo contrario: la disposición pretende, antes que nada, la protección de los derechos individuales derivados de

los cambios de legislación.”

15 Sentencia C-181 de 2002.

16 Sentencia T-233 de 1995, criterio reiterado en numerosas decisiones posteriores. Ver, entre otras, las sentencias SU-637 de 1996 y T-625 de 1997.

17 En el mismo sentido véase la sentencia T-465 de 1998.

18 Sentencia C-818 de 2005.

19 Al respecto las sentencias C- 818 de 2005, T-1093 de 2004.

20 Sentencias C- 404 de 2001, C- 818 de 2005, T-1093 de 2004.

21 Sentencia C-404 de 2001.

22 Sentencias C- 818 de 2005; C- 371 de 2002. Es esta última sentencia al pronunciarse sobre la exequibilidad condicionada de “la buena conducta” como concepto jurídico indeterminado señaló la Corte: “Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”.

23 Tesis reiterada en la sentencia C- 406 de 2004. En esta sentencia se declaró la al declarar la inconstitucionalidad de algunas atribuciones previstas a la Superintendencia de Valores para imponer medidas correccionales a las instituciones financieras que realicen operaciones que no sean lo suficientemente representativas de las condiciones del mercado.

24 Sentencia C-818 de 2005.

25 En la sentencia C-181 de 2002 la Corte explicó: “La Corte ha reconocido que en derecho sancionatorio de la administración, una de cuyas secciones más relevantes es el derecho disciplinario, la regla general es que los tipos no son autónomos “sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición”. (...) La visión que emerge de las consideraciones anteriores es que al elenco de las normas disciplinarias tiene un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse aquél para imponer las sanciones correspondientes. Así, la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado.”

26 Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso Ver entre otras la Sentencia C-181/02.

27 La Corte constata que las prohibiciones son tan solo una de las conductas por las cuales los servidores públicos pueden incurrir en faltas que den lugar a sanciones disciplinarias. El artículo 23 del Código Disciplinario Único dispone que “(c)onstituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”

28 Por ejemplo, el numeral 1º del artículo 35 del Código Disciplinario Único establece que: “Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.”

29 Cabe anotar que el Código Disciplinario Único establece: “Artículo 4º de la Ley 756 de 2002: 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.”

30 En el área penal este tema fue abordado por la Corte en sentencia C-605 de 2006, bajo los siguientes términos: “Para la Corte, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales. En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en tercer término, de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.”

31 En este orden de ideas, a manera de ejemplo, en sentencia C-921 de 2001, esta Corporación sostuvo: “[El] legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”.

En idéntico sentido, la Corte en sentencia C-475 de 2004, señaló que: “El principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, (...). Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos”.

32 Ver la Sentencia C-818/05. En el mismo sentido ver entre otras, la sentencia C-406 de 2004.

33 Ver Sentencia C- 343/06.

34 De acuerdo a lo planteado por los actores, el texto de la norma modificada por la Ley 1148 era el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, que disponía lo siguiente: “ARTÍCULO 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003). (...) Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”. Por su parte, el texto del artículo 1º de la Ley 1148, en la parte pertinente, es el siguiente: “ARTÍCULO 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así: (...) PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”.

35 Con excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos (art. 126 C.P.)

36 Con excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos (art. 126 C.P.)

37 En cuanto a los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales no existe ninguna disposición constitucional que regule de manera directa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dichos miembros y de sus parientes, al tiempo que los artículos 293, 318 y 322 remiten a la ley de manera general la regulación del régimen aplicable a dichas juntas administradoras locales.

Dichos artículos señalan:

ARTÍCULO 293.— Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley

determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.

ARTÍCULO 318.— Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.

En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley*, que tendrá las siguientes funciones:

1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.
3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.
4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.
5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.

ARTÍCULO 322.— Bogotá, Capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital. (Reformado. Acto Legislativo No. 01 de 2000. ART. 1º).

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo, a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

38 Recuérdese que la jurisprudencia ha insistido en que entre los requisitos legítimos para apartarse del precedente se encuentran: “(i) la Subregla sentada en los casos anteriores no es aplicable al supuesto bajo estudio o (ii) que va a apartarse de la ratio decidendi, lo cual requiere una justificación adecuada y suficiente de las razones por las cuales no va a aplicar el precedente”. Sentencias SU-047 de 1999 y T-330 de 2005, entre otras.

39 En el Auto 310 de 2006 la Sala Plena advirtió: “Pues bien, la Corte considera necesario destacar que en casos como el presente, en el que se acusa a una Sala de Revisión de haber desconocido la jurisprudencia, las solicitudes de nulidad deben cumplir con unas cargas mínimas. Por ello, el peticionario debe demostrar, bien que (i) existe una regla unificadora, dictada por la Sala Plena en una sentencia de unificación, o bien que (ii) existe una jurisprudencia consistente desarrollada por las distintas Salas de Revisión”