

Sentencia T-629-09

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para controvertir actos administrativos

ACCION DE TUTELA-Carácter residual y subsidiario

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos administrativos que imponen sanción disciplinaria/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra actos administrativos que imponen sanción disciplinaria

ACCION DE TUTELA-Naturaleza subsidiaria

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por incuria del demandante para ejercer acciones ordinarias

ACCION DE TUTELA-Elementos constitutivos del perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de una sanción disciplinaria

En la sentencia T-1093 de 2004, reiterada luego en la T-1039 de 2006, se señalaron algunos requisitos específicos para la configuración de un perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de una sanción disciplinaria, los cuales es preciso destacar debido a la relevancia que tienen en el caso concreto, tales requisitos son, entre otros: (i) que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio en cuestión llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la

afectación irremediable del derecho fundamental invocado.

PROCESO O SANCION DISCIPLINARIA-No constituye un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cuestionar actos administrativos por existencia de otros mecanismos judiciales para su defensa

Referencia: expediente T- 2266809

Accionante: Adolfo Raad Hernández

Accionada: Procuraduría General de la Nación.

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., septiembre cuatro (4) de dos mil nueve (2009)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Consejo Seccional y el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor ADOLFO RAAD HERNÁNDEZ contra la Procuraduría General de la Nación.

I. Antecedentes

1. Fundamentos y pretensiones de la demanda

Actuando mediante apoderado judicial, el señor ADOLFO RAAD HERNÁNDEZ presentó acción de tutela encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y acceso a cargos y funciones públicas, los cuales le han sido supuestamente vulnerados por la Comisión Especial

de la Procuraduría General, integrada por la Procuradora Regional de Bolívar, el Procurador Judicial II Penal y el Procurador Judicial Administrativo 22, como operadores disciplinarios de primera instancia, dentro del proceso radicado con el número 075-3055 de 2004, y por quien fungió como superior funcional, en segunda instancia, esto es, por la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública.

La Comisión Especial de la Procuraduría General de la Nación, adelantó en contra del señor Adolfo Raad Hernández, en primera instancia, un proceso disciplinario por supuestas faltas cometidas cuando actuó como Presidente del Concejo Distrital de Cartagena. Mediante providencia de fecha 5 de febrero de 2008, la Comisión Especial de la Procuraduría profirió fallo en su contra, declarando probados y no desvirtuados todos los cargos formulados en el pliego de cargos contenido en el auto de fecha 28 de julio de 2006 y, como consecuencia de ello, procedió a sancionarlo con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de función pública por el término de veinte años.

Dentro del término de ejecutoria de la citada providencia, el abogado del señor Adolfo Raad postuló una nulidad constitucional contra el fallo sancionatorio aduciendo graves irregularidades violatorias del debido proceso. La Comisión Especial Disciplinaria, se abstuvo de estudiar y decidir sobre el escrito de nulidad y decidió darle curso al recurso de apelación que contra el mismo fallo también se había interpuesto.

Sostiene el accionante, que la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública decidió, a pesar de las advertencias procesales realizadas en el sentido de que no se había resuelto por la primera instancia el escrito de nulidad presentado contra el fallo sancionatorio, aprehender de facto el conocimiento del recurso de apelación y confirmar la decisión de primera instancia, sin tener competencia para ello. Del escrito de nulidad se ocupó la parte motiva del fallo de segunda instancia, pero no se pronunció sobre él en la parte resolutive.

Ante tal circunstancia, le solicitó a la Delegada para la Hacienda Pública que aclarara y adicionara el fallo, lo cual hizo de forma casi inmediata, mediante providencia de fecha 9 de octubre de 2008, incluyendo en la parte resolutive un pronunciamiento expreso sobre el rechazo de la solicitud de nulidad, sobre la consideración de que las peticiones de nulidad, luego de proferido el fallo de primera o única instancia,

tienen que canalizarse a través de los recursos de apelación o reposición, respectivamente, puesto que, de lo contrario resultan manifiestamente inconducentes y dilatorias, debiéndose rechazar su formulación in limine, conforme con los artículos 142, numeral 2,° del C. de P.P., 38, numeral 2°, del C. de P.C. y 21 del CDU.

De conformidad con lo estatuido en el artículo 113 del CDU., el señor Raad Hernández presentó recurso de reposición contra la decisión que rechaza la nulidad, en el entendido de que por haberse planteado ésta oportunamente, por la defensa técnica, contra el fallo sancionatorio de primera instancia, se debía invalidar lo actuado y devolver el expediente a la primera instancia, para que ella, como juez natural del asunto, se pronunciara al respecto antes de que subiera para el trámite del recurso de apelación formulado contra el fallo sancionatorio de primera instancia.

Mediante providencia del 6 de noviembre de 2008, la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, desestimó el recurso de reposición contra la decisión que rechazó la nulidad interpuesta contra el fallo de primera instancia, argumentando que las controversias sobre nulidades que tengan que ver con el fallo o surgidas del mismo deben tramitarse dentro de la órbita del recurso que procede contra el fallo, pues las peticiones por fuera de éste desquiciarían el orden procesal, porque de no ser así resultarían manifiestamente inconducentes y dilatorias, agregando que como la petición había sido resuelta en el fallo de segunda instancia, no procedía recurso alguno.

Señala el actor que en las decisiones de la Procuraduría existió violación de los principios del juez natural y de legalidad, como estructurales del debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por cuanto se deja de aplicar caprichosamente una norma legal perentoria, como es el artículo 146 del CDU, en armonía con el artículo 142 del C.P.C, en cuanto dispone que las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella.

Reitera que siendo de competencia del A quo el conocimiento y decisión de la solicitud de nulidad que se formule contra el fallo de primera instancia, y procediendo, a voces del

artículo 113 del CDU., “únicamente contra la decisión que resuelve el recurso de reposición, es entendido que hasta tanto no se pronunciara la Comisión Disciplinaria sobre aquella y resolviera la correspondiente impugnación horizontal, no podía la Ad quem, conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio y mucho menos, asumir, arbitraria y caprichosamente, el conocimiento de dicha solicitud, fundamentando tal arbitrario proceder en un supuesto desquiciamiento del ordenamiento jurídico, cuando quien lo está desquiciando es ella y no la defensa técnica o material en el proceso disciplinario.”

De igual manera, anota el demandante, se ha infringido el principio del juez natural y, por ende, la competencia para pronunciarse sobre la nulidad que se interpuso contra el fallo de primera instancia, pues correspondía al A quo y no al Ad quem, “es decir, a la misma autoridad que lo profirió, al igual que el recurso de reposición que contra la decisión que resolviera sobre dicha petición, se interpusiera, y no a la segunda instancia, que por vía de la arbitrariedad en connubio con la primera, deciden desconocer una competencia legal claramente regulada sobre un tema específico, respecto del cual hasta tanto no se resolviera no habilitaba la intervención del superior funcional. La Ad quem únicamente podía intervenir para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, a condición de que el A quo se pronunciara sobre la petición de nulidad; a no ser que el operador disciplinario de primera instancia, pretendiera como en efecto lo hizo, trasladar por vía de un capricho, dicha competencia al funcionario de segunda instancia, y éste, consumir la arbitrariedad, aceptando una competencia que no se puede deferir por decisión administrativa”.

Advierte el demandante, que existió una violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y de petición, por cuanto “si la Comisión Especial de la Procuraduría como instancia que profirió el fallo, tiene de acuerdo con las normas citadas en precedencia, la competencia para pronunciarse sobre la nulidad y para resolver la reposición que contra la decisión que lo hiciera se interpusiera, no podía el operador de primera instancia dejar de pronunciarse sobre ella para enviar el negocio a la segunda instancia, y mucho menos, asumir caprichosamente el conocimiento de la solicitud, para decidir sobre ella, sin vulnerar el derecho que tiene mi poderdante de que se le resuelva el asunto planteado por el funcionario competente, dentro de la oportunidad legal, y no por el que prevalido de un poder de facto o de su jerarquía, quisiera

hacerlo”.

Concluye, que con la determinación de la Comisión Especial de la Procuraduría de negarse a estudiar la solicitud de nulidad interpuesta contra el fallo proferido por ella, y con la decisión de la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, de asumir el conocimiento y decisión de un asunto, respecto del cual no tiene competencia, incursionan ambas autoridades en una vía de hecho por defecto sustantivo, toda vez “que se niegan caprichosa y arbitrariamente a aplicar unas normas legales que regulan el tema de forma perentoria sin que haya lugar a dudas, de igual manera en franco desconocimiento del derecho fundamental que tiene mi poderdante de que se le resuelvan sus peticiones dentro de su oportunidad y por las autoridades competentes y no por otras, que usurpen las funciones prevalidas de su poder o de su jerarquía.”

Termina el relato de la demanda señalando que, “el señor RAAD fue atropellado dentro del contexto de una relación jurídica procesal, que terminó plasmada en varias decisiones que lo han privado del ejercicio de otro derecho fundamental, que es el de la participación a través del ejercicio de cargos y funciones públicas de que trata el artículo 40, numeral 7, de la Constitución Política, toda vez que se le ha destituido como concejal y se ha hecho efectiva la sanción, privándolo así del ejercicio de un mandato que le ha otorgado el pueblo por un período determinado y cuyo despojo no podrá ser restablecido por ningún medio de defensa judicial ordinario, toda vez que cuando termine el respectivo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sólo procederá una indemnización económica porque ya habrá concluido dicho mandato y quedará un debito frente a sus electores en cuanto a las propuestas hechas se refiere, sin mencionar el inmenso daño que a su buen nombre se le sigue haciendo mientras persistan los efectos de esta sanción ilegítima”.

(negrillas fuera de texto).

2. Solicitud de la tutela

Pretende el accionante que le sean amparados los derechos fundamentales conculcados, en cuanto atañe al debido proceso y acceso a la administración de justicia, dejando sin efecto las actuaciones surtidas en segunda instancia y ordenando la devolución del proceso a la primera instancia, para que ésta se pronuncie sobre la solicitud

de nulidad interpuesta, o en subsidio, suspender los efectos de los fallos sancionatorios de primera y segunda instancia, para evitar un perjuicio irremediable, mientras se hace uso del medio de defensa judicial ordinario.

Igualmente, solicita dejar sin efecto las actuaciones del Presidente del Concejo Distrito de Cartagena, para que se restablezca al señor Adolfo Raad en el ejercicio de sus funciones como Concejal de Cartagena, sin ninguna formalidad adicional.

3. Medida cautelar

El demandante solicitó como medida cautelar, mientras se falla el proceso de tutela, la suspensión provisional de los fallos sancionatorios de primera y segunda instancia y su restablecimiento en el cargo de Concejal de Cartagena.

4. Pruebas allegadas al expediente

Son relevantes las siguientes pruebas allegadas al expediente:

-Fallo de primera instancia de fecha febrero 5 de 2008, de la Comisión Especial por reconocimiento y pago irregular de prestaciones sociales e indemnización moratoria, por medio del cual se sanciona al señor Adolfo Raad, en su calidad de Presidente del Concejo Distrital de Cartagena, con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte años para el ejercicio de función pública en cualquier cargo o función.

-Fallo de segunda instancia proferido por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el accionante.

- Providencia aclaratoria del fallo de segunda instancia, de fecha octubre 10 de 2008, por medio del cual la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, adiciona la parte resolutoria de la providencia de fecha 19 de septiembre de 2008 en el sentido de negar la declaratoria de nulidad de la actuación impetrada por la defensa del implicado Adolfo Raad en su calidad de Presidente del Concejo Municipal del Distrito de Cartagena.

-Memorial de fecha 28 de octubre de 2008, dirigido a la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, mediante el cual el accionante interpone recurso de reposición contra el fallo de segunda instancia.

-Oficio de fecha 5 de noviembre de 2008, dirigido por el accionante a la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, solicitando se le informe si el expediente se encuentra en ese despacho, si está pendiente de resolver un recurso de reposición contra la aclaración y adición del fallo de segunda instancia y si este último se encuentra ejecutoriado.

- Oficio de fecha 4 noviembre de 2008, de la Procuradora Regional de Bolívar dirigido al Presidente del Concejo Distrital de Cartagena en el cual anexa copia de las providencias de primera y segunda instancia debidamente ejecutoriadas mediante las cuales se impuso la sanción disciplinaria al demandante.

-Oficio de fecha 11 de marzo de 2008, dirigido al accionante por parte de la Procuraduría Regional de Bolívar, donde le informan que se dispuso conceder el recurso de apelación contra el fallo sancionatorio de primera instancia de fecha 5 de febrero de 2008.

- Constancia del Secretario de la Procuraduría Regional de Bolívar en la que certifica que la decisión de segunda instancia correspondiente al proceso disciplinario No. 0753055/04 quedó ejecutoriada el 31 octubre de 2008.-

-Constancia expedida por la Unidad Coordinadora para la Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 4 de noviembre de 2008, conforme a la cual la decisión de segunda instancia por medio de la cual sancionó al accionante quedó en firme el 31 de octubre de 2008.

- Auto de fecha 6 de noviembre de 2008 de la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, por medio del cual se rechaza in limine el recurso de reposición presentado por el tutelante contra la decisión de segunda instancia a que se hace referencia en el numeral anterior.

5. Actuación posterior a la tutela

El 25 de noviembre de 2008, el accionante, mediante apoderado, presentó memorial ante el juez de primera instancia con el fin de modificar la acción de tutela presentada en el sentido de que la protección de los derechos conculcados sólo puede hacerse efectiva a través de la acción de tutela, como mecanismo definitivo.

En la misma fecha, el Magistrado Ponente, en primera instancia, emitió pronunciamiento acerca de la solicitud provisional inicialmente presentada, la cual encontró improcedente toda vez que, “lo pretendido es la inaplicación de un acto administrativo que goza de la presunción de acierto y legalidad, sin que cuente esta Colegiatura con elementos suficientes para predicar la existencia de un defecto que haga viable sustraerlo de nuestro ordenamiento mientras se adopta una decisión en este trámite constitucional.

A lo anterior se aúna que el fin de la suspensión se interrelaciona definitivamente con el objeto mismo de la petición de amparo, y por ende con el análisis fundamental que conforma la materia de estudio de esta actuación, la cual está apenas comenzando, razón para señalar que, aún no existe evidencia que amerite su decreto, presupuestos todos por los que no se accede a la suspensión..”

I. Oposición de la demanda

En atención a la solicitud del juez de tutela, el señor Carlos Alberto Orlando Jaiquel, jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, intervino dentro del proceso, exponiendo los argumentos que tuvo la Delegada para la Economía y Hacienda Pública en la intervención como segunda instancia dentro del trámite disciplinario seguido al accionante.

La intervención sostiene que al proferir el fallo de segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta por el implicado desde el 29 de febrero de 2008 contra la decisión de la Comisión Especial, la Delegada para la Economía y Hacienda Pública analizó los argumentos de la solicitud de nulidad invocada por el Apoderado del implicado, no obstante advertir que fue presentada casi cinco meses después de proferido el fallo de primera instancia, así las cosas, legalmente, dicha petición fue presentada en

forma extemporánea y por ende se consideró dilatoria a más de inconducente, pues solo podía formularse hasta “antes de proferirse el fallo en este caso, de primera instancia en virtud del límite establecido en el artículo 146 del CDU.”

Sostuvo la intervención, que la decisión de la Delegada se sustentó en una jurisprudencia de la Viceprocuraduría General de la Nación, proferida en un caso similar, de la que se resaltaron los siguientes apartes:

“... La decisión que niega una nulidad tomada en el fallo de primera o única instancia, como también en segunda cuando se postula una nulidad surgida en el fallo mismo o cuya petición es objeto del recurso no se constituye en una determinación jurídica diferente al fallo mismo que autorice a interponer recurso de reposición contra esa decisión.

En efecto, cuando el artículo 113 del CDU afirma que el “recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad”, está significando, teleológica y sistemáticamente interpretada la norma, que ello tiene ocurrencia cuando el pronunciamiento se hace en decisión diferente al fallo...”.

“...Si se trata de un fallo de primera instancia la viabilidad de controvertir la negativa de declarar la nulidad no es interponiendo recurso de reposición contra el mismo, pues el funcionario que profirió la decisión no puede volver a revisarla, toda vez que se ha precluido la instancia y por tanto ha perdido competencia “funcional” para pronunciarse. Sólo por excepción se puede adicionar o corregir el fallo (artículos 412 del C. de P.P y 21 del CDU).

Por tanto, las controversias sobre nulidades, presentadas en formas atípicas como en el recurso de reposición o como peticiones de nulidad, deben ser resueltas en el recurso de apelación, que se entiende interpuesto así no se afirme que se trata de dicho medio de impugnación, pues es el único que procede contra una decisión de primera instancia.

Si se trata de un fallo en única instancia las controversias sobre nulidades que tengan que ver con peticiones formuladas antes del mismo o surgidas del mismo deben tramitarse en la órbita del recurso de reposición, pues peticiones por fuera de éste implicarían desquiciar el orden procesal, de tal manera que dilatarían el pronunciamiento del recurso y estarían

desvirtuando su sentido, puesto que el fallo de reposición tiene como presupuesto para dictarlo el que se esté frente a un proceso válido.

Peticiones de nulidad luego de proferido el fallo de primera o única instancia tienen que canalizarse a través de los recursos de apelación o reposición, respectivamente, puesto que de lo contrario resultan manifiestamente inconducentes y dilatorias, debiéndose rechazar su formulación in límine conforme con los artículos 142 numeral 2°- del C. de P.P., 38 numeral 2° del C. de P.C. y 21 del CDU”.

- La intervención de la Procuraduría precisa, que la nulidad impetrada por el accionante estuvo soportada en el hecho de que no le fue notificado el auto mediante el cual se constituyó la Comisión Especial, porque ello imposibilitó su contradicción, lo cual produjo la violación del derecho de defensa, estructurándose así una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, aspecto sobre el cual esa Delegada señaló en su momento que:

“el acto de creación de la comisión especial, no tiene ningún recurso y en consecuencia, no puede ser objeto de impugnación por parte del implicado, en la medida en que corresponde al ejercicio de las facultades que la Constitución y más precisamente el artículo 277 y Decreto ley 262 de 2000 en su artículo 7 numerales 19 y 39 le otorgan al Procurador General de la Nación, de expedir los actos administrativos en materia del control disciplinario y vigilancia superior con el fin de garantizar la eficacia y la eficiencia en el desarrollo de las investigaciones disciplinarias.

...Si en gracia de discusión se aceptará el hecho aducido por el implicado, debe tenerse en cuenta que el acto de creación de la Comisión es de fecha septiembre 27 de 2004 y no fue objetado en su oportunidad a pesar de que fue anterior a la apertura de la investigación, la cual se produjo el 19 de octubre del mismo año, decisión que debió ser notificada por edicto por no haber comparecido el implicado a notificarse personalmente, sin embargo, en escrito de enero 27 de 2005, es decir, durante la etapa de instrucción y antes de la formulación de cargos designó defensor, época desde la cual tuvo conocimiento integró del material que hace parte del proceso, sin que las partes procesales, el disciplinado y/o su apoderado reclamaran por el hecho de que no se le notificó sobre la creación de la comisión, por consiguiente, se considera que convalidó con

su actuación subsiguiente todo el trámite surtido con anterioridad, sin que sea de recibo a esta altura procesal que se reclame sobre una decisión de hace casi cuatro años, lo cual evidencia a todas luces la intención del implicado y de su apoderado de dilatar el trámite procesal como hasta hoy lo han logrado, interponiendo recursos inconducentes, llegando incluso a recusar injustificadamente a los funcionarios que integran la Comisión, además de haber solicitado con anterioridad la nulidad de la actuación la cual igualmente fue negada, la terminación parcial del proceso, pero como se negó, se interpuso además el recurso de apelación contra esta decisión y adicionalmente se instauró acción de tutela contra el fallo de primera instancia, y en el término de ejecutoria de la decisión aclaratoria se solicitó nuevamente la nulidad de la actuación, llegando incluso a pedirse que la misma debía ser resuelta por la Comisión, etc., actuaciones estas que dejan al descubierto la intención del implicado de entorpecer el normal desarrollo de la investigación con recursos manifiestamente inconducentes y dilatorios, como a simple vista se aprecia.”

- Por último, se aclaró que otra de las razones de la nulidad, consistente en el hecho de que la decisión de primera instancia aparezca firmada por todos los funcionarios que conformaban la Comisión y no solamente por quien la presidía, no genera nulidad alguna, porque, como bien lo precisa el acto de creación expedido por el Viceprocurador, los integrantes de “La Comisión especial disciplinaria tendrá todas las facultades consagradas en el inciso 1 del numeral 19 del artículo 7 ibidem ...’ constituyéndose la firma de los demás integrantes de la comisión en un acto formal que no afecta en forma sustancial ni el contenido ni la validez de la decisión y menos aún el derecho de defensa del implicado, porque se repite, la nulidad solo se generaría por la incompetencia del funcionario que expide el acto, y en el caso bajo examen, los miembros de la comisión estaban investidos como cuerpo colegiado de facultades para intervenir en forma integral en todo el trámite del proceso disciplinario incluida la atribución de fallar, constituyéndose esta petición en otra muestra evidente del afán por dilatar el proceso, circunstancia por la que, considera esta Delegada resueltas todas las ‘inquietudes’ de la Defensa, debiéndose entrar a resolver la apelación propuesta, sin mas consideraciones a este respecto”.

Igualmente, en representación de la Procuraduría General de la Nación intervino la abogada Flor Belén Beltrán Sierra, quien solicitó denegar por improcedente la acción de

tutela, argumentando que los fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación, por ser actos administrativos deben ser impugnados solicitando su nulidad dentro de los cuatro meses siguientes a su ejecutoria, ante la jurisdicción contencioso administrativa, exponiendo todos los argumentos que aduce el accionante mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y al respecto destacó: “No es este, ni el momento procesal, ni el mecanismo legal ordinario ni procedente para solicitar la nulidad de los fallos mencionados. “

III. Decisiones objeto de revisión

1. Sentencia de Primera Instancia.

El Consejo Seccional de la Judicatura mediante sentencia del 2 de diciembre de 2008 negó la tutela impetrada por el demandante, luego de considerar que “conforme a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 734 de 2002, “la solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causas respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten...”.

Indicó de igual forma que:

“en tratándose de falladores disciplinarios de primera instancia, su competencia se extiende hasta la emisión del fallo, y excepcionalmente el legislador confirió facultades para corregir los yerros consignados en la sentencia, pero sólo a efecto de aclarar, corregir o adicionar el fallo.

Emitida entonces la sentencia en contra del accionante por parte de la Comisión de la Procuraduría accionada, no era dable a ésta, como entiende el peticionario, que resolviera una nulidad formulada después de la emisión del fallo, por cuanto se reitera, emitida dicha decisión perdía la primera instancia competencia para realizar pronunciamientos distintos a los expresamente consignados en el artículo 121 de la Ley 734 de 2002, pues admitir algo diferente sería darle al a quo la posibilidad de reformar su propia sentencia, o enervar los efectos de la misma, lo que no se encuentra previsto en el

procedimiento disciplinario

(...).

“Habiéndose considerado por esta Colegiatura que la nulidad propuesta en manera alguna podría ser dilucidada por el juez de primera instancia, lógico es concluir que el recurso que a bien tuvo el accionante proponer contra la decisión que negó la nulidad, tampoco podría ser la referida autoridad, sin que pueda predicarse lesión a garantía constitucional alguna por parte de las referidas autoridades, al limitarse a aplicar la normatividad existente al caso sometido a consideración.”

2. Impugnación del fallo

El 10 de diciembre de 2008, el accionante, mediante apoderado, impugnó el fallo de tutela y, como razones de su disenso, expuso que en la sentencia de primera instancia se toman como “base consideraciones que dejan de lado el carácter de actos administrativo de los fallos sancionatorios y la posibilidad de que cuando la nulidad se origina en el pronunciamiento, es factible, de acuerdo con la misma ley, ocuparse de ella por parte de la misma autoridad que la emitió, para centrarse en consideraciones doctrinarias y no legales”.

Anotó igualmente, que “independientemente de que fuera procedente o no la nulidad interpuesta contra el fallo de primera instancia, era la Comisión Especial Disciplinaria a la que correspondía hacer el pronunciamiento de rigor y no, al Ad quem, decidir por aquella, sin que hubiera mediado un conducto jurídico regular que habilitara su competencia. Menos indicando a su modo de ver, las vías jurídicas que deben utilizar los sujetos procesales y no las que están previstas en la ley.”

1. Sentencia de segunda instancia.

El fallo de segunda instancia proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, revocó la decisión de primer grado. Para arribar a dicha decisión, inició su análisis constatando que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como es la acción contencioso administrativa tendiente a obtener la nulidad del acto

administrativo contenido en el fallo sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, encontrándose en término legal para instaurarla, en atención a que el mismo cobró ejecutoria formal el 31 de octubre de 2008, sin embargo, la acción de amparo procede como “mecanismo transitorio a efectos de evitar un perjuicio irremediable”, en tanto el actor desempeña un cargo de elección popular como Concejal del Municipio de Cartagena. El perjuicio en este caso “se configura como urgente ya que conforme pasa el tiempo, la posibilidad de ejercer el derecho político del accionante va disminuyendo puesto que la naturaleza del mismo comprende unos términos que no es posible postergar o diferir en el tiempo”.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura encontró una violación del principio de legalidad de las faltas disciplinarias, pues el operador disciplinario afirmó, sin las pruebas suficientes, que los pagos se habían realizado cuando las prestaciones objeto de reconocimiento se encontraban prescritas, y los actos administrativos cuestionados se expidieron sin control de legalidad. Sostuvo la sentencia de segunda instancia, que lo anterior no encuentra soporte probatorio en el expediente contentivo del proceso y resulta vulneratorio de los principios generales y de las normas que regulan las instituciones jurídicas en cuestión.

Explicó en la sentencia que esto ocurre porque, tal como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia, la prescripción de las acciones laborales sólo existe una vez se declara judicialmente, circunstancia que no acaeció en el presente caso. Además, no se tuvo en cuenta el fenómeno de la interrupción de la prescripción referido en el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con el cual esta se interrumpe como consecuencia del reclamo por escrito que el trabajador haga al empleador, de un derecho plenamente determinado.

Por eso, anota en la sentencia, que la Procuraduría incurrió en el yerro advertido, por no tener en cuenta, al momento de formular el cargo y declararlo probado en el fallo definitivo, que la prescripción no se produce automáticamente por el vencimiento del término preclusivo sino que, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico, requiere su invocación y declaratoria judicial. Como esto no sucedió en el sub examine, sostiene que queda sin piso jurídico tanto la imputación como la sanción.

Además, arguyó que los reconocimientos de las indemnizaciones moratorias cuestionadas se realizaron mediante actos administrativos que gozan de la doble presunción legal de haber sido expedidos con fundamento en el ordenamiento jurídico y en aras del buen servicio público, presunción que jamás fue desvirtuada mediante sentencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo declarando la nulidad. Por eso, a juicio del sentenciador de segundo grado, “el operador disciplinario no puede simplemente concluir que estos actos no se adecuan a las normas jurídicas de superior jerarquía o que en ellas concurre causal de nulidad, pues ello implica extralimitar las funciones constitucionales y legales que le han sido conferidas”.

Como consecuencia del amparo constitucional se deja sin valor ni efecto el fallo de segunda instancia proferido por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, el 19 de septiembre de 2008, la adición de fecha 10 de octubre de la misma anualidad, así como los actos administrativos expedidos en cumplimiento del citado fallo. Se le ordena a la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente decisión profiera el fallo sustitutivo que en derecho corresponda, en el que se tengan en cuenta las consideraciones expresadas en esa providencia.

IV. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema Jurídico

El señor Adolfo Raad Hernández solicita en su escrito de tutela, que el juez constitucional deje sin efecto los fallos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación, tanto en primera como en segunda instancia, por la existencia eventual de una vía de hecho en las actuaciones administrativas que los precedieron. Conforme a lo anterior, a la Sala le corresponde establecer si en el presente caso, la Procuraduría General de la Nación, mediante los actos administrativos demandados, vulneró el

debido proceso del accionante.

Sin embargo, este planteamiento exige establecer de manera preliminar, si la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, de acuerdo a los siguientes parámetros: (i) si la acción es viable como mecanismo subsidiario, es decir, si en este caso existe otro medio de defensa judicial y, (ii) en caso afirmativo, si se sustenta suficientemente la existencia de un perjuicio irremediable que haga legítimo su ejercicio excepcional.

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

Como lo ha sostenido en múltiples ocasiones esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados¹. En consonancia con el artículo 86 de la Constitución, el artículo 6º. numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela: “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional² para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido en Sentencia T-106 de 1993 esta Corporación, afirmó:

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos

constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser Único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico. ”

Sobre el mismo asunto la Corte en sentencia T-983 de 2001, precisó:

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. ”

Sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en el mismo sentido, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 afirmó:

“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar, la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.

En la misma línea, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, advirtió que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha precisado:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En un pronunciamiento de 2006, sobre este mismo aspecto la Corporación en sentencia T-132 de 2006 confirmó:

“Así pues, la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se tiene, entonces, que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales. La acción de tutela es procedente para amparar derechos de carácter fundamental que se encuentran seriamente amenazados, así como derechos meramente asistenciales cuya vulneración compromete gravemente un derecho directamente fundamental³ “.

Así pues, a manera de conclusión, la Sala debe insistir en que si, como regla general, la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, hay que inferir que sólo, de manera excepcional, esta acción procede, transitoriamente, cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

Sentado lo anterior, corresponde a la Sala precisar en qué eventos la jurisprudencia constitucional ha determinado que existe perjuicio irremediable⁴

. En relación con este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios :

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”⁵

En otro aparte jurisprudencial, la Corte, en Sala de Revisión, a través de la sentencia T634 de 2006, aludió al concepto de perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, demás, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para

la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

Esta caracterización del perjuicio irremediable, que gravita en torno a su inminencia, gravedad y urgencia, ha sido reiterada en numerosas oportunidades por distintas salas de revisión⁶, sin embargo, como antes se sostuvo en cada caso concreto debe el juez de tutela ponderar si están presentes los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable.

4. La improcedencia de la tutela, por regla general, cuando se dirige contra actos administrativos sancionatorios

En punto al tema que se dilucida, la Corte ha indicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela cuando se dirige contra actos administrativos que imponen una sanción disciplinaria. En este sentido existen diversos pronunciamientos proferidos por este Tribunal. Entre ellos, la Sala destaca los siguientes:

En la sentencia T-262 de 1997 la Corte estudió una demanda de tutela interpuesta por los ciudadanos Jaime Giraldo Ángel y Fernando Carrillo Flórez, contra la Procuraduría General de la Nación. Aducían los actores, que la Procuraduría había iniciado una investigación especial contra ellos, que culminó con una sanción consistente en la suspensión de su cargo por un término de treinta (30) días, la cual sería confirmada cuando la entidad resolvió los recursos de apelación interpuestos. Consideraron que esa decisión había incurrido en una vía de hecho, y por tanto solicitaron, como medida provisional, “la suspensión de la decisión de la Procuraduría y que declare la invalidez de todas las providencias dictadas por el Procurador General de la Nación a partir del 28 de febrero de 1997”

La Corte constató que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial, que hacían improcedente el amparo. Precisó que eventualmente la tutela sería procedente, si

ésta tuviera como objeto evitar un perjuicio irremediable al actor. Sin embargo, consideró que en ese caso, “el perjuicio irremediable provendría de la sanción disciplinaria impuesta al actor por la Procuraduría General de la Nación, consistente en 30 días de suspensión. Mas la mencionada sanción disciplinaria no puede considerarse, en sí misma, como un perjuicio irremediable. De lo contrario, se estaría aceptando que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario.”

De igual forma, en la sentencia T-215 de 2000, esta Corporación estudió el caso de una persona que fue sancionada por la Procuraduría General de la Nación, por obstaculizar el normal funcionamiento de una autoridad administrativa, lo cual fue calificado como una falta gravísima. Por tal razón, la Procuraduría decidió suspender provisionalmente de su cargo al investigado. Contra esa decisión fue interpuesta una acción de tutela, por cuanto el actor consideró que la Procuraduría había incurrido en vías de hecho, en la imposición de la sanción. La Corte denegó el amparo, al considerar que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial, y porque no se evidenciaba un perjuicio irremediable. En efecto, sobre el punto, esta Corporación razonó de la siguiente manera:

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

Sin lugar a dudas, dicho instrumento procesal es idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por el actor y su apoderado en el escrito de demanda, máxime cuando en la situación descrita por ellos no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la transitoriedad de la acción de tutela, toda vez que la sanción disciplinaria, como lo ha afirmado la Corte, no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable⁸ y teniendo en cuenta que al demandarse la

nulidad de un acto administrativo se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, por estimar que manifiestamente contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquel (C.C.A., art. 152 y s.s.).

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

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

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

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

de modo que, cumplida la sanción, debía reintegrarse al cargo y continuaría percibiendo su salario.

(...)

En la sentencia T-193 de 2007, la Corte reiteró tales pronunciamientos, resaltando en el caso concreto lo siguiente:

“ El peticionario pretende utilizar la tutela como un medio de defensa adicional para censurar el acto administrativo que lo sancionó, para lo cual recurre a los mismos argumentos expuestos ante la jurisdicción contencioso administrativa. El accionante contaba con otro medio de defensa judicial que no utilizó en su momento y no resulta procedente por vía de tutela, pretender reabrir una discusión que ha finalizado. En conclusión, no es posible recurrir a la jurisdicción constitucional para suplir la competencia que para estos efectos le había sido otorgada al Consejo de Estado, así como tampoco para remediar la omisión de acudir en los términos establecidos a los mecanismos instituidos en ese entonces por la ley para proteger los derechos fundamentales.”

Recientemente, la sentencia T-161 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, en un asunto en el que se discutía si por vía de tutela cabía el análisis de un acto administrativo de contenido sancionatorio, sostuvo en la misma línea que se viene citando, lo siguiente:

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

La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 5 de Junio de 2006, proceso 76111-22-13-000-2006-00069-1, sostuvo al respecto:

“Esa liminar circunstancia denota a las claras que la tutela resulta improcedente, en

la medida en que para controvertir los efectos de la resolución que sancionó al demandante, no solo se intentó una solicitud de revocatoria que está por decidir, sino que además pueden agotarse otras vías ante la jurisdicción contencioso administrativa, donde además es posible solicitar la suspensión provisional del acto en mención. Precisamente, a ese respecto, es bueno enfatizar que el juez constitucional no es el llamado a resolver el conflicto planteado por el accionante, pues el conocimiento de controversias como la que ahora formula en esta sede, se ha asignado previamente a otros funcionarios jurisdiccionales, a través de normas de orden público y de obligatorio acatamiento que no pueden ser desatendidas ni siquiera en este trámite excepcional.”⁹

También el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado sobre este punto, concretamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2° Subsección, “B”, manifestó en uno de sus apartes:¹⁰

“De conformidad con el artículo 6° del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial.

“En el presente caso, estamos frente a la existencia de actos administrativos por medio de los cuales se le impuso la sanción al actor, los cuales son susceptibles de las acciones contenciosas pertinentes, lo cual hace improcedente la acción.

“En efecto, los hechos aquí señalados, bien puede alegarlos ante la jurisdicción contenciosa, como lo señala el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pues la acción de tutela tiene un carácter eminentemente residual y subsidiario, solo procede ante la inexistencia de otros mecanismos judiciales a no ser que se observe un perjuicio irremediable, que en este caso no se da, porque si se dan los presupuestos para la declaración de nulidad de los actos, las cosas vuelven al estado en que se encontraban y el monto cancelado por concepto de sanción, debe ser reintegrado al actor.”

5. Subsidiariedad de la tutela como requisito de procedibilidad de la misma

La Corte Constitucional a través de su Sala Plena ha considerado que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico¹¹. En este orden de ideas, ha

dejado claro que esta acción constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente. En efecto, al respecto ha señalado:

(...)

si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”¹²

De esta manera, si la parte afectada no ejerce las acciones ni utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, éste mecanismo de amparo no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción.

En este orden de ideas, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral y además establecer si fueron utilizados en término para hacer prevalecer los derechos supuestamente vulnerados.

V. Caso concreto

Para resolver el caso concreto, se recuerda, en síntesis, lo acaecido en la tutela:

La Procuraduría General de la Nación, conformó una Comisión Especial Disciplinaria integrada por la Procuradora Regional de Bolívar, los Procuradores Judicial 83 y Judicial Administrativa 22, creada por el Viceprocurador General de la Nación, en proveído de

septiembre 27 de 2004.

La mencionada Comisión investigó al señor Adolfo Raad Hernández en el proceso No. 175-3055 de 2004; obra en el expediente, que en escrito presentado por el señor Pablo Martínez Otálora, se denuncia al Dr. Adolfo Raad Hernández, Presidente del Concejo Municipal del Distrito de Cartagena, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales a ex -funcionarios de dicha Corporación, no obstante que la Alcaldía, en su momento, giró las partidas correspondientes; igualmente se denunció la cancelación de algunas prestaciones que se encontraban prescritas y el reconocimiento y pago irregular de prestaciones sociales y sanciones moratorias a ex -empleados de la precitada Corporación Distrital.

La Comisión Especial Disciplinaria sancionó al señor Raad Hernández mediante providencia del 5 de febrero de 2008, fallo que fue confirmado por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública. Afirma el accionante que presentó una solicitud de nulidad al proferirse el fallo de primera instancia y que no fue resuelta por el fallador inicial, sino por el de segunda instancia, constituyéndose en una irregularidad en el proceso. Por tal razón, solicitó la aclaratoria del fallo de segunda instancia, la que se produjo inmediatamente, confirmando el rechazo de la nulidad. Contra esa providencia, interpuso recurso de reposición solicitando invalidar lo actuado, pero fue rechazado.

El accionante instauró acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura, la cual sustentó esencialmente en el hecho de que no se resolvió por parte del fallador de primera instancia la solicitud de nulidad presentada después de haberse proferido el fallo de primera instancia. El Consejo Seccional de la Judicatura negó la tutela interpuesta, luego de considerar que la interpretación de las nulidades en el proceso disciplinario no es la indicada por los actores, sino aquella que no permite interponer el recurso luego del fallo de primer grado.

Surtida la apelación, el Consejo Superior de la Judicatura, en fallo de febrero de 2009, revoca la providencia de primera instancia y concede la tutela al señor Adolfo Raad Hernández aduciendo falta de tipicidad en los cargos formulados por la Procuraduría y, por consiguiente, la existencia de una vía de hecho en la providencia sancionatoria. La

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura encontró una violación del principio de legalidad de las faltas disciplinarias, porque el operador disciplinario afirmó que los pagos se habían realizado cuando las prestaciones objeto de reconocimiento se encontraban prescritas, y los actos administrativos cuestionados se expedieron sin control de legalidad. Sin embargo, a juicio del Consejo Superior de la Judicatura, lo anterior no encuentra soporte probatorio en el expediente contentivo del proceso y resulta vulneratorio de los principios generales y de las normas que regulan las instituciones jurídicas en cuestión. La sentencia de segunda instancia deja sin valor ni efecto el fallo de la Procuraduría Delegada para la Hacienda Pública y todos los actos administrativos expedidos en cumplimiento del citado fallo.

“Correspondería a esta Delegada proferir el fallo sustituto que ordenó el Consejo Superior de la Judicatura en proveído de febrero 4 del año en curso, sin embargo, observa esta Delegada, que las presuntas faltas descritas en el pliego de cargos tuvieron ocurrencia entre los meses de septiembre de 2003 y marzo de 2004, de donde se colige, que a la fecha se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, por el transcurso de más de cinco(5) años término señalado en la ley y que le impide a esta Delegada emitir un pronunciamiento de fondo.”

A la luz de lo expuesto, la Corte analiza los fallos revisados con el siguiente argumento:

6. Los fallos de instancia han debido negar por improcedente la tutela interpuesta por el accionante

1. En primer lugar, debe repararse en que los fallos proferidos por la Comisión Especial Disciplinaria y por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, dentro del proceso No. 075-3055 de 2004, son actos administrativos que deben ser impugnados solicitando su nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y exponiendo todos los argumentos que se adujeron en la tutela. Según los datos que se aprecian en el expediente y de acuerdo con la propia afirmación del accionante¹³, la providencia que se enjuicia quedó ejecutoriada el 31 de agosto de 2008 y la tutela se interpone el 21 de noviembre de 2008, cuando aún corría el término de los 4 meses para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho un acto administrativo

sancionatorio.

2. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado que la procedencia del amparo está sujeta a que el actor acredite sumariamente las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. En este sentido observa la Sala, que el demandante no señala por qué, en su momento, no acudió al mecanismo judicial ordinario ni por qué se hace imperativo desestimar la vía usual por la cual se ventila este tipo de controversias. Simplemente anota en la tutela que no acude a la vía contenciosa porque la decisión que se adoptaría en sede contenciosa sería tardía e inútil respecto del perjuicio eventualmente causado a sus derechos fundamentales. En palabras del actor “la acción de tutela procede porque la vía de defensa judicial existente tarda bastante tiempo y además, sólo tendría una pretensión indemnizatoria que no cubre todas las dimensiones de los derechos que se me conculcarían si se ejecutara el errado fallo disciplinario”.

La Corte Constitucional en muchas ocasiones ya ha sostenido que es cierto que el trámite de la acción de tutela es más rápido que el de otras acciones judiciales, pero si este fuera un criterio para la procedibilidad de la acción de tutela, todos los procesos terminarían tramitándose por esa vía, desconociendo su finalidad de mecanismo subsidiario y residual.¹⁴

3. Las sentencias que son objeto de revisión por esta Sala, obviaron un presupuesto de procedibilidad y fallaron de fondo una tutela que era improcedente porque incumplía claramente la regla general aplicable en estos casos. En materia constitucional - cuando se trata del estudio concreto de constitucionalidad vía de amparo o tutela - existen unas causales legales específicas de procedencia e improcedencia contempladas en los artículos 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991. En consecuencia, las sentencias de instancia, fallaron un asunto que no cumple los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal¹⁵.

4. Como ya se expuso, en desarrollo del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judicial, la acción de tutela procederá excepcionalmente

en los siguientes eventos: (i) los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.¹⁶

5. En el presente caso, la Sala observa que las sentencias de instancia ignoraron el requisito de procedibilidad de la tutela consistente en la subsidiariedad de la misma y conocieron de un asunto que correspondía claramente a la jurisdicción contenciosa. A todas luces se advierte, que la presente acción de tutela no era viable en tanto mecanismo subsidiario, pues ciertamente el accionante contaba con otra vía judicial de defensa de sus derechos como era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de tal suerte que podría considerarse que la interposición de la tutela, tan solo pretendía duplicar las opciones judiciales frente a un mismo interés final, como era dejar sin efecto actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

6. El propio accionante sostiene en su demanda y en el escrito posterior recibido por el Magistrado Sustanciador, que no interpuso acción de nulidad porque le resultaban muy dispendiosos los términos en el contencioso y el resultado sólo sería indemnizatorio. Bajo tal premisa, y ante la certeza de que el señor Adolfo Raad no interpuso la acción que legalmente le correspondía, se infiere que al presentar la tutela dentro de los 4 meses siguientes a la ejecutoria de la sanción disciplinaria, dejó caducar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pues recurrió directamente a la tutela dentro del término señalado. Por ello, entiende esta Sala, que las sentencias de instancia, particularmente la providencia del ad- quem, premia tal desidia, con una decisión que contradice claramente el espíritu de la acción de tutela.

En un caso reciente (T- 161 de 2009) de similares supuestos al que ahora se analiza,¹⁷ el Magistrado Mauricio González Cuervo hizo el siguiente razonamiento que este fallo comparte y reitera:

“En síntesis, la Corte Constitucional, ha establecido mediante reiterados pronunciamientos que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico¹⁸. Lo anterior dado su carácter residual y subsidiario, que no puede entrar a remplazar los otros procedimientos, ni puede subsanar las omisiones de las partes en hacer uso de ellas de la manera y en los términos previstos legalmente para ello. Además, este mecanismo constitucional de amparo no tiene la virtud de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción.”

7. En relación con las razones por las cuales no se interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción competente, valgan las siguientes precisiones: (i) respecto de los mecanismos de defensa judicial principales u ordinarios, esta Corporación ha sostenido que debe evaluarse el hecho de “que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás”¹⁹; (ii) así, tratándose de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, éstas se consideran mecanismos en principio más eficaces en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda²⁰.

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, “hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”²¹. El tema fue abordado por la Corte en la Sentencia T-640 de 1996, en los siguientes términos:

“....resulta ser que la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida

cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado”.

Dicho criterio ha sido a su vez reiterado, entre otras, en las Sentencias T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001 y más recientemente en decisión de Sala Plena- SU- 037 de 2009- donde se ha afirmado:

“Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.

En aplicación de tal doctrina al caso concreto, baste afirmar que el presente era un clásico ejemplo de improcedencia de la tutela por incuria del demandante para ejercer las acciones ordinarias, y como se expuso, resulta contrario a la naturaleza de la tutela, reclamar por este medio contra actos administrativos, argumentando perjuicios derivados de la negligencia propia de quien en su momento (i) dejó vencer los términos judiciales para solicitar la nulidad y la consiguiente suspensión provisional; (ii) no ejerció las acciones ordinarias en tiempo y (iii) considera que el mecanismo excepcional previsto en el artículo 86 de la Carta Política podría serle más útil para eludir las instancias propias de su caso.

7. Inexistencia de un perjuicio irremediable en el presente caso

En consonancia con lo que se viene diciendo, es evidente que en esta ocasión tampoco existe el elemento de la subsidiariedad al no haber identificación de la

inminencia del perjuicio irremediable. Las razones de tal aserto son las que siguen:

Se analizan a continuación los presupuestos mencionados:

- En el presente caso no existió violación del debido proceso del actor, por cuanto no se advirtió la existencia de ninguna causal de procedibilidad de la acción de tutela. La detallada motivación del fallo de segunda instancia enerva cualquier duda sobre las supuestas vías de hecho endilgadas a esa providencia. La Sala ciertamente advierte, que cuando se produce la ejecutoria del fallo sancionatorio de segunda instancia contra el accionante, existían algunas conductas disciplinarias ya prescritas, sin embargo, ese hecho que no anula la sanción impuesta y que en su momento sirvió para dosificar la respectiva sanción, no convierte la decisión en un proveído arbitrario, grosero ni al margen de la ley, porque existían muchas otras conductas que sí estaban vigentes y respecto de las cuales se justificó la sanción.

- Igual argumento cabe para aquellos casos en los cuales la sentencia de segunda instancia de la Procuraduría sostiene que los pagos se habían realizado cuando todas las prestaciones objeto de reconocimiento se encontraban prescritas. Se advierte en el proceso disciplinario, que no todas las prestaciones estaban prescritas, pero sí la gran mayoría, circunstancia que tampoco vuelve la decisión en arbitraria ni ajena al trámite respectivo, por cuanto, como se dijo, todos esos elementos contribuyeron a dosificar la sanción e imponer una inhabilidad no de 20 años sino de 12.

- El perjuicio alegado no cumple los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención. El accionante intenta en una primera presentación de su tutela plantear la acción como mecanismo transitorio y luego, en escrito arrimado al juez de primera instancia, solicita que la tutela debe abordarse solamente como mecanismo definitivo. Ante tal pedimento es dable entender (i) que el accionante no pudo construir un acopio probatorio suficiente para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que condujera al juez de tutela a un posible amparo transitorio; (ii) era notorio también, que al intentar el conducto de la tutela como mecanismo definitivo, enfilaba sus esfuerzos a iniciar solamente esta acción y dejar de lado aquella que por vía ordinaria, el legislador ha dispuesto para solucionar su conflicto; (iii) se clausuraba de esa manera, el mecanismo idóneo para la defensa de sus derechos y de

contera se desvanecía el éxito de la tutela como mecanismo transitorio, por cuanto vencido el término para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez constitucional no podía, en sede constitucional, habilitar el término para acudir al contencioso y para que, por fuera del término indicado en las normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo, se presentara la acción de nulidad y restablecimiento por virtud del amparo transitorio.

Las sentencias objeto de revisión, particularmente el fallo de segunda instancia, es contundente en afirmar que el accionante cuenta con otra vía judicial para la defensa de sus derechos, pero al amparo de un supuesto perjuicio irremediable -edificado sobre un precedente equivocado - profiere un fallo que a todas luces merece revocarse, porque (i) contradice la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la improcedencia de la tutela como mecanismo definitivo cuando se trata de actos administrativos de contenido sancionatorio en los que no se advierte violación de derechos fundamentales (ii) esta soportado en un precedente que no era aplicable al caso concreto, como ya se explicará y (iii) porque la Corte no puede premiar la argucia del accionante en acudir a la tutela dentro del término de ejecutoria de los actos administrativos que dice lesionan sus derechos, ni puede confirmar un fallo que privilegia la negligencia de quien demanda.²²

En efecto, la sentencia T-778 de 2005 citada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que no es precedente para este caso y que está mal interpretada, se refiere a una hipótesis distinta a la ocurrida en este caso concreto. El supuesto de hecho es diverso y es evidente que la sentencia de segunda instancia, aprovecha aisladamente un aparte de ese fallo para concluir que cuando se trata de una persona que desempeña un cargo de elección popular, existe un perjuicio irremediable si se obstaculiza, por una decisión administrativa la terminación de su período.

En primer lugar, en el caso analizado en la sentencia mencionada, la accionante, Ati Seygundiba Quigua, mujer indígena, líder del pueblo arhuaco, que se postuló con la aceptación de la Registraduría competente, de una lista electoral por la cual votaron libremente los ciudadanos de la correspondiente circunscripción, fue excluida de la lista con el argumento de que no reunía el requisito de edad fijado por un

determinado Decreto; no se trataba, en el caso de la T-778 de 2005, de una sanción administrativa impuesta por el máximo órgano de control disciplinario y tampoco se discutía por vía de tutela, la legalidad de un acto administrativo sancionatorio originado en una infracción disciplinaria por el desconocimiento de un deber del servidor público.

La Corte, en la sentencia T- 778 de 2005, efectivamente analizó desde el punto de vista constitucional, el goce efectivo de la identidad cultural de una mujer indígena en el ejercicio de derechos políticos, que había sido suspendido por un requisito de edad que no se encuentra contemplado en la Constitución. Dejó en claro el fallo que en tanto ya la accionante había demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa (situación que es precisamente la que se echa de menos en la tutela del señor Adolfo Raad) procedía la tutela como mecanismo transitorio para examinar si había existido vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante en el ámbito constitucional, mientras se decidía por el juez administrativo, la legalidad de la elección de la concejal.

Ninguna pertinencia guarda ese fallo con los supuestos fácticos del que ahora se estudia, referido al acto administrativo contentivo de una sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación, donde el afectado no interpuso la acción idónea dentro del tiempo regulado para ello, y pretende utilizar la tutela más como mecanismo de corrección que de protección.

Era claro, en el *thema decidendi* analizado en la sentencia T-778 de 2005, que una vez iniciado el proceso administrativo que la accionante promovió en su oportunidad ante la jurisdicción contenciosa, y que se encontraba en trámite mientras se surtía la acción de amparo constitucional, la tutela procediera como mecanismo transitorio para proteger como se hizo, la identidad cultural de una indígena excluida de una lista electoral por un requisito inexistente constitucionalmente. En este caso, ajeno a cualquier proceso o sanción disciplinaria, en donde se demandaba una providencia judicial por vía de hecho, se estimó, que si la concejal -que no estaba sub judice en un proceso disciplinario y contra quien no pesaba ninguna sanción por infracciones graves en el ejercicio de su cargo de concejal- no podía ejercer su curul dentro del tiempo estimado, era urgente garantizar el goce efectivo del derecho a la identidad cultural

en el contexto del ejercicio de la representación política, e impedir así, la exclusión de una ciudadana previamente elegida por voto popular de la participación en una corporación pública en razón a un requisito de edad establecido mediante Decreto.

Importa entonces resumir, que la jurisprudencia constitucional no tiene una línea de argumentación construida en la hipótesis de la tutela del señor Raad Hernández y en el precedente mal traído a este caso, no se dijo que en los casos de sanciones disciplinarias impuestas por la Procuraduría a Concejales, la imposibilidad de terminar el período como consecuencia de la sanción, acarrea siempre un perjuicio irremediable. Quiere reparar la Sala en que cada proceso de tutela tiene características propias, por lo cual no es suficiente citar simplemente la existencia de fallos adoptados en asuntos que, a juicio de los actores, parecen semejantes para fundar en ellas la existencia de situaciones que violan los derechos, sino que es necesario, como ha reiterado la doctrina constitucional, analizar cada caso concreto y estudiar las circunstancias propias del mismo.

Concluyendo, en el presente caso, además de los argumentos ya explicitados, no se demostraron los presupuestos necesarios para alegar la existencia de un perjuicio irremediable, por las siguientes razones adicionales: (i) la sanción disciplinaria impuesta al accionante no puede considerarse en sí misma como un perjuicio irremediable, porque, como ya lo ha dicho la jurisprudencia en casos semejantes,²³ se estaría permitiendo que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario; (ii) aunque el accionante afirma que existe una limitación al derecho al buen nombre, y se restringe su posibilidad de acceder a cargos públicos, también la doctrina constitucional ocupada de ese tema en casos análogos, ha señalado que el buen nombre es el que resulta de la propia conducta del servidor y por ende, este derecho no se ve afectado por la tramitación de un proceso disciplinario, ni por la imposición de una sanción disciplinaria que se encuentra en firme, “pues la percepción de la comunidad surge de los actos propios del peticionario y el ejercicio legítimo del poder disciplinario del Estado. Por eso, la imposición de una sanción disciplinaria no constituye en sí misma un perjuicio irremediable al derecho al buen nombre.”²⁴

Por las mismas razones, en la sentencia ya citada, T- 161 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, proferida recientemente por esta Corporación en el caso de una tutela igualmente relacionada con la imposición de una sanción disciplinaria a un Concejal del Atlántico, la Corte refiriéndose al mismo punto, sostuvo:

“Se reitera de esa manera, que el accionante en el presente caso no está expuesto a sufrir un perjuicio irremediable, porque el quebrantamiento del derecho al debido proceso sobre el cual estructura su pedimento, puede ser restablecido plenamente por el juez que controla la legalidad de los actos de la administración.”

A lo anterior cabe añadir, finalmente, que a la luz de la jurisprudencia relacionada en este fallo, la Corte, con ocasión del estudio de tutelas contra actos administrativos que acarrearán sanción disciplinaria, ha sostenido que “dicha aflicción administrativa no puede considerarse a priori como un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que al demandarse la nulidad de un fallo de estas características se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, por estimar que manifiestamente contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado, a través de una medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquel (C.C.A. art. 152 y s.s.)” 25

Igualmente en la sentencia T-161 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, dentro de un caso de similares supuestos, se concluyó:

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

medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre su legalidad (C.C.A., art. 152 y s.s.)”.

-Los medios que dejó de utilizar el accionante son los idóneos para el amparo de sus pretensiones: Significa que en los casos en los cuales existe un acto administrativo que supuestamente perjudica irremediablemente los derechos de un peticionario, existe la jurisdicción contencioso administrativa, y en especial la figura de la suspensión provisional del acto administrativo (Artículo 152 del C.C.A.) como una herramienta procesal idónea para precaver cualquier posible perjuicio a sus derechos.²⁶ Así lo ha sostenido la Corte cuando ha dicho que:

“ el juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)”

“- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.”

“- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.”

“- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión “por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión

provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.”

8. Conclusión

Entiende la Sala que el actor contó con otro medio de defensa, como lo advirtió la sentencia de segunda instancia en su primer análisis, es decir, con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, permitió que su acción caducara. Por tanto, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, no puede apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional posiblemente presentada, y es obvio que tal presupuesto no se constató en este caso.

Como se expuso in extenso, la negligencia del accionante en acudir a los mecanismos procesales propios de su causa, no justifica la viabilidad de ésta acción de tutela, y mucho menos cuando no existen elementos fácticos y jurídicos que permitan, cuando menos, que el amparo constitucional solicitado sea viable como mecanismo transitorio.

Por todo lo anterior, concluye la Corte, que al haber existido otro mecanismo de defensa judicial, como era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y ante el incumplimiento del accionante del deber de actuar prontamente con el objeto de asegurar la estabilidad del orden jurídico, la presente acción resultaba improcedente. Por estas exclusivas razones, sin que sean necesarias disertaciones adicionales, se revocarán los fallos de instancia que debieron declarar improcedente la solicitud de amparo interpuesta.

Se reafirma así la regla general adoptada por la jurisprudencia constitucional, según la cual, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de los derechos fundamentales que resultaren amenazados o lesionados como consecuencia de la expedición de actos administrativos sancionatorios, habida cuenta de la existencia de otros mecanismos judiciales para su defensa.

De esta manera, se reitera que la jurisdicción en lo contencioso administrativo

constituye la vía que ofrece las garantías suficientes para la defensa de los intereses del señor Raad Hernández y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el mecanismo de defensa judicial pertinente, el cual debe incoarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto (C.C.A., art. 136-2), actuación que de no haberse cumplido oportuna y diligentemente, no podrá ser subsanada a través de la acción de tutela.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Consejo Seccional y el Consejo Superior de la Judicatura dentro de la acción de tutela interpuesta por ADOLFO RAAD HERNÁNDEZ, la cual se declara improcedente. Por ende, déjanse sin efecto las decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación dándoles cumplimiento.

Segundo. Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002 T-432 de 2002 SU-646 de 1999 T-007 de 1992.

2 Cfr. En materia de prestaciones laborales el principio de subsidiariedad en la Sentencia T-808 de 1999.

3 Sentencia T- 965 de 2004

4 Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-596 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-215 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis). Esto fallos resuelven casos en los cuales el actor incoaba una acción de tutela en contra de una sanción disciplinaria, por violar, entre otros, su derecho al debido proceso; en cada uno estos procesos existía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la protección del derecho al debido proceso. Por esto, el criterio utilizado por la Corte para decidir la procedencia de la tutela fue si existía o no un perjuicio irremediable, con el fin de tramitar el expediente de tutela como un mecanismo transitorio mientras que eran decididos los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa. En el mismo sentido, ver también las sentencias T-131 A de 1996 MP Vladimiro Naranjo Mesa, T-343 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

6 Por ejemplo en la sentencia T-1316 de 2001 se definen las características del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica.

En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”

Así mismo, en la sentencia T-719 de 2003 se sostiene:

“La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”.

7 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

9 M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

10 M. P: Alejandro Ordoñez Maldonado, en Sentencia del 4 de septiembre de 2003, proceso AC-1355, actor CESAR AUGUSTO RODRIGUEZ ANGEL.

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

12 Sentencia SU-111 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

13 Afirmación que se lee en la página 31 del escrito firmado por el accionante y allegado a la Corte Constitucional el 20 de agosto de 2009, recibido por el Magistrado Ponente.

14 Cfr. la sentencia T-504 de 2000 entre muchas.

15 Sentencia T-883 de 2008.

16 Sentencia T-983 de 2007.

17 Se discutía si era procedente la tutela para controvertir una sanción disciplinaria impuesta a un concejal del Atlántico

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

19 Sentencia SU-544 de 2001.

20 La posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos se encuentra consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual establece expresamente que: [l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Dicho mandato es a su vez desarrollado por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

21 Sentencia SU-544 de 2001.

22 Sentencia T-255 de 2007, similares consideraciones en una hipótesis parecida al caso analizado.

23 Ver los fundamentos de la sentencia T- 262 de 2008 en un caso similar al analizado.

24 T-954 de 2005 y T- 143 de 2003

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