

Sentencia T-960/05

ACCION DE TUTELA-Presupuestos procesales/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir medio de defensa judicial eficaz

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos/PROCESO DISCIPLINARIO O SANCION DISCIPLINARIA-No constituyen perjuicio irremediable

El simple hecho de la imposición de una sanción disciplinaria, sin que la misma dé lugar a la inhabilidad para ejercer cargos públicos, no configura un perjuicio irremediable. La Corte considera que el sólo hecho de adelantar una investigación disciplinaria no puede considerarse como la lesión grave de un derecho fundamental, que en sí misma configure un perjuicio irremediable.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia por no existir perjuicio irremediable

En las circunstancias concretas del presente caso, no se está frente a la amenaza cierta e inminente de que el actor sufra un grave perjuicio irremediable en la órbita de sus derechos fundamentales, por lo cual no es urgente la intervención del juez de tutela, debiendo esperar el demandante a que en sede contencioso administrativa, el juez natural resuelva el problema jurídico que plantea en al presente acción constitucional. En tal virtud, no resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Debate sobre prescripción de la acción disciplinaria

En el presente caso tampoco se configuran las circunstancias en las cuales la tutela puede ser utilizada como mecanismo definitivo de protección constitucional, pues siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la acción propia para debatir la validez de la decisión de la Viceprocuradría, y estando la misma en curso, no puede determinarse su ineficacia para decidir, en el caso concreto, lo que justamente constituye su objeto. Así las cosas, si la decisión de la Viceprocuraduría en lo concerniente a la prescripción de la acción disciplinaria, que es el punto concreto que discute el demandante, resulta manifiestamente contraria a la ley, de manera que se erige en una vía de hecho, nada impide que mediante la

acción de nulidad y reestablecimiento del derecho en curso se declare la nulidad de tal decisión. Con ello, los derechos fundamentales que el actor aquí denuncia como vulnerados se verán eficazmente protegidos.

Referencia: expediente T-1132187

Peticionario: José Darío Salazar Cruz

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el treinta y uno (31) de marzo de dos mil cinco (2005) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Sexta de Selección de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El señor José Darío Salazar Cruz, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, presuntamente vulnerados por señor

Viceprocurador General de la Nación, doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, o quien haga sus veces.

Los hechos y argumentos de derecho que soportan su solicitud son los siguientes:

1. La Viceprocuraduría General de la Nación, por impedimento manifestado por el señor Procurador, adelantó una investigación disciplinaria contra doscientos cinco (205) congresistas, incluido el aquí demandante, quien a la sazón ostentaba la calidad de Representante a la Cámara. Como resultado de dicha actuación, fue declarado responsable de la conducta de “recomendar”, prohibida por el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución, así como por violar el deber de cumplir la Constitución, conforme a lo previsto por los artículos 38 y 40, numeral 1°, de la Ley 200 de 1995 (hoy artículos 23 y 34 numeral 1° de la Ley 734 de 2002). La sanción que le fue impuesta consistió en multa equivalente a cuarenta y cinco (45) días de salario devengado en 1999, más “la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas en las ramas ejecutiva, jurisdiccional o ministerio público, por el mismo término fijado para la multa.”¹

2. Contra la anterior decisión interpuso el recurso de reposición, mediante escrito en el cual, adicionalmente a la revocatoria de la decisión, solicitó la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria. Esto último, por cuanto la primera persona (Guillermo Rodríguez Lourido) que había sido nombrada en un cargo público en la Contraloría General de la Nación como efecto de la “recomendación” que supuestamente él había hecho, había accedido a dicho nombramiento el 17 de diciembre de 1998, fecha esta que era “el único referente para determinar el momento a partir del cual debe contarse el término de cinco años exigido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción”.

3. La Viceprocuraduría General de la Nación, mediante auto del 27 de febrero de 2004, decidió confirmar el fallo impugnado y rechazar in limine la petición de prescripción, arguyendo que de las tres personas que él había recomendado, dos de ellas (Rodrigo Pardo y Yaneth Fajardo) habían tomado posesión de sus cargos el 5 y el 19 de marzo de 1999, respectivamente, por lo cual no era cierto que hubieran transcurrido los cinco años del término de prescripción, dado que durante el tiempo anterior a esa fecha “era perfectamente posible que el disciplinado adelantara gestiones de recomendación de sus amigos”. Lo

anterior, no obstante que en el mismo auto la Viceprocuraduría había indicado que ninguno de los testigos había dicho que él (el demandante) hubiera acudido a la Contraloría a recomendar a sus amigos en fecha determinada, dado que lo único que habían señalado era que, después de la elección del doctor Ossa, había entregado las hojas de vida de los recomendados. Es decir, la misma Procuraduría aceptaba en el auto que no era posible precisar la fecha en la que se produjeron las recomendaciones. Por ello, dice la demanda, “la recomendación del suscrito, en caso de haber existido, se llevó a cabo con mucha anterioridad al nombramiento del primero de los presuntos recomendados, ocurrido, repito, el 17 de diciembre de 1998”.

4. Ahora bien, si la falta disciplinaria que se imputa está regida por el verbo “recomendar”, ello significa que se consuma en el momento de la presunta recomendación, lo cual quiere decir que se habría producido con anterioridad a la fecha del 17 de diciembre, en que fue nombrado el primero de los supuestamente recomendados. No es posible entender que la conducta reprochada se proyecta más adelante en el tiempo, hasta la fecha en que se posesionaron los otros dos recomendados (5 y el 19 de marzo de 1999), porque la realidad probatoria demostraba que él “tomó la decisión de acudir a la Contraloría para rogar, por el nombramiento de Rodrigo Pardo y Yaheth Fajardo” y ello acaeció... en los últimos meses del año 1998.”

5. De otra parte, prosigue la demanda, “al aceptar como lo hace la Viceprocuraduría, que no existe elemento probatorio que determine la fecha exacta de la “recomendación”... está planteando una duda insalvable, en cuyo caso en aplicación del indubio pro disciplinado, ha debido la entidad demandada tener en cuenta la situación que resultara más favorable a sus intereses, esto es, la fecha anterior al 17 de diciembre de 1998 que corresponde a la del primer nombramiento... pero en ningún caso invertir el principio para afirmar que la fecha posible a partir de la cual debía empezar a contarse el término de la prescripción era justamente la del día anterior al nombramiento de los doctores Pardo y Fajardo, apoyándose en meras suposiciones, hipótesis o conjeturas...”

6. Ahora bien, si la falta reprochada es de mera conducta y no de resultado, y se consuma con el sólo hecho de interceder para que se tenga en cuenta un nombre, sin importar la eficacia o no de la gestión, “es evidente que para los efectos de establecer el término de prescripción de la acción resultaba indiferente la efectividad o no del nombramiento y, por

ende, este concreto aspecto jamás podrá servir de base o soporte para determinar la fecha de comisión de la falta, como no sea acudiendo a las vías de hecho como las que se plasmaron a través del fallo de 28 de enero de 2004, así como de las providencias de 27 de febrero del mismo año y del 13 de abril siguiente, mediante las cuales la VICEPROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN se pronunció en forma negativa respecto de la causal de prescripción alegada...”

7. Agrega la demanda que la prueba objetiva contenida en el expediente disciplinario demuestra que la supuesta recomendación que se le atribuye se debió haber realizado con anterioridad al nombramiento del primero de los recomendados, esto es antes del 17 de diciembre de 1998, “lo cual quiere decir que para el 28 de enero de 2004, cuando se emitió el fallo sancionatorio por parte de la VICEPROCURADURÍA, ya habían transcurrido los cinco años señalados en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 para la consolidación del fenómeno jurídico de la prescripción”.

8. Añade la demanda que “igualmente resulta arbitraria y, por ende, constitutiva de otra vía de hecho, la determinación de la Viceprocuraduría en relación con la ejecutoria del fallo de 28 de enero de 2004, por cuanto para el efecto tuvo en cuenta el día de la notificación del auto de 27 de febrero de 2004, mediante el cual se pronunció en relación con el recurso interpuesto contra el mencionado fallo, sin observar que respecto de esta última determinación igualmente se interpuso recurso de reposición ... en relación con puntos nuevos y que, en consecuencia, mal podría la Viceprocuraduría tomar la fecha correspondiente al 3 de marzo de 2004 como ejecutoria de dicho fallo, cuando para entonces ni siquiera se había pronunciado acerca del recurso de reposición interpuesto... respecto de puntos nuevos, amén de que como con el recurso de reposición ... solicitó la declaratoria de prescripción que la entidad demandada denegó en el auto de 27 de febrero de 2004, lógicamente esa decisión tenía que surtir las etapas de notificación y ejecutoria, por cuanto contra la misma procedían los recursos de ley como en efecto se interpusieron en escrito de fecha 9 de marzo de 2004...”.

Agrega que en este caso, al ser varias las personas notificadas que no pudieron serlo en forma personal, al tenor del artículo 107 de la Ley 734 de 2002 procedía la notificación por edicto, como en efecto se surtió el 15 de marzo de 2004, edicto que permaneció fijado por tres días, venciéndose el 17.

Por no ser aceptable la tesis según la cual la ejecutoria se había producido en forma individual en fecha diferente para cada uno de los interesados, no es dable tener el día 3 de marzo de 2004 como fecha de ejecutoria para efectos de los nuevos recursos impetrados. Adicionalmente, añade el demandante, debe observarse que la Viceprocuraduría, con posterioridad al 3 de marzo de 2004, fecha estimada por ella como la de ejecutoria del fallo respecto de él, continuó resolviendo peticiones formuladas por los sujetos procesales, entre ellas algunas relacionadas con la prescripción de la acción disciplinaria; así, el 13 de abril de 2004 procedió a resolver tales solicitudes, con lo cual puede afirmarse que la ejecutoria del fallo de 28 de enero se prolongó hasta después del 3 de abril de 2004. Por consiguiente, afirmar que la notificación del 3 de marzo de 2004 implica ejecutoria del fallo, resulta manifiestamente violatorio del debido proceso, en la medida en que esa equívoca apreciación incidió para que se le negara la prescripción alegada. Ignoró la Viceprocuraduría, dice el demandante, lo dispuesto por los artículos 348 del C.P.P, atinente a la viabilidad del recurso de reposición contra puntos nuevos del auto que resuelve, así como el artículo 119 de la Ley 734 de 2002, relativo a la ejecutoria de las decisiones disciplinarias, y el propio artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, “en la medida en que confundió los efectos jurídicos de la decisión con la ejecutoria y bajo esa equivocada apreciación anticipó la ejecutoria del fallo de 28 de enero de 2004, en relación con el demandante, pues la declaró no obstante que se hallaba pendiente por resolver el recurso de reposición interpuesto sobre puntos nuevos, lo cual impedía que con fecha 3 de marzo de 2004 pudiera declararse ejecutoriada la sanción.”

9. Finalmente, la demanda alega que “el fenómeno prescriptivo es una garantía indispensable para la protección de las garantías fundamentales del investigado, quien tiene derecho a que su situación se defina dentro del término máximo previsto en la ley”. Desconocer la prescripción, agrega, no sólo atenta contra la seguridad jurídica, sino que conlleva un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad, pues no puede aceptarse que a unos ciudadanos se les extinga la acción por el paso del tiempo y a otros no.

Con base en los anteriores hechos y argumentos de derecho, el demandante solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales, y que para ello deje sin valor ni efecto todo lo actuado y relacionado exclusivamente con él, a partir del fallo proferido por el Viceprocurador General de la Nación el día 28 de enero de 2004 dentro del expediente

disciplinario N° 002-73503, inclusive y adelante, incluyendo los autos de fechas 27 de febrero, 13 de abril y 13 de julio del mismo año, y se ordene a citado funcionario que profiera nueva decisión a través de la cual declare la prescripción de la acción disciplinaria a su favor.

2. Contestación de la demanda

En su condición de Viceprocurador General de la Nación, el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau contestó la anterior demanda en los siguientes términos:

1. El proceso N° 002-73503, adelantado en contra de varios congresistas entre ellos el accionante José Darío Salazar Cruz, es de única instancia, toda vez que la Viceprocuraduría actuó en reemplazo del Procurador General de la Nación, por impedimento del titular del cargo. Lo anterior con fundamento en el artículo 17, numeral 3°, del Decreto 262 de 2000, que adoptó el Estatuto Orgánico de la Procuraduría. En consecuencia, “contra el fallo de única instancia proferido el 28 de enero de 2004, solamente procedía el recurso de reposición conforme a lo normado en el artículo 113 de la Ley 734 de 2002, del que hizo uso el accionante y fue resuelto mediante auto del 27 de febrero del mismo año; esta decisión le fue notificada a su apoderado el 3 de marzo de 2004, ... actuación a partir de la cual cobró plena eficacia jurídica la decisión disciplinaria proferida en su contra, conforme lo regulado en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo y lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia 1076 de 2002, en torno al pronunciamiento de exequibilidad del artículo 119, inciso 2° del Código Disciplinario Único.”

La notificación, recuerda el Viceprocurador, es un acto individual que conforme a las normas pertinentes (Arts. 100 a 109 C.D.U.) debe hacerse, en lo que atañe al fallo, de manera personal y supletoriamente por edicto. De manera que notificada personalmente la decisión, surte plenos efectos.

2. “Se acreditó plenamente que el accionante acudió a la Contraloría para recomendar a Guillermo Rodríguez Lourido, Rodrigo Pardo Prieto y Janeth Fajardo Romero, con fundamento en la declaración que bajo juramento rindió ALFEDO SAADE, el 11 de marzo de 2003, en la cual afirmó que el doctor SALAZAR CRUZ fue uno de los parlamentarios que acudió a su oficina para efectuar las recomendaciones”.

“Está demostrado que Guillermo Rodríguez fue nombrado en la Contraloría el 17 de diciembre de 1998, en tanto que Yaneth Fajardo fue nombrada el 5 de marzo de 1999 y Rodrigo Parlo lo fue el 19 de marzo de 1999....”.

Ahora bien, “tanto el artículo 34 de la ley 200 de 1995, vigente por la época de los hechos, como el artículo 30 de la ley 734 de 2002, señalan que el término de cinco años para la prescripción de la acción disciplinaria se cuenta a partir del día de la consumación, para las faltas instantáneas, y a partir de la realización del último acto, para las de carácter permanente o continuado.” Por lo tanto, en el fallo de 28 de enero de 2004, se declaró la prescripción de la acción disciplinaria adelantada en contra del doctor Salazar Cruz, respecto de la conducta que desplegó para recomendar a Guillermo Rodríguez Lourido, toda vez que éste fue nombrado el 17 de diciembre de 1998, es decir, para la fecha habían transcurrido los cinco años...”. En el mismo orden de ideas, mediante auto del 27 de febrero de 2004, se negó la declaratoria de prescripción, en relación con la conducta asumida por el accionante para recomendar a Yaneth Fajardo, quien fue nombrada el 5 de marzo de 1999, al igual que por recomendar a Rodrigo Pardo Prieto, quien fue nombrado el 19 de marzo de 1999, toda vez que el último acto constitutivo de la falta consistente en recomendar personas para que fueran nombradas en la Contraloría, se agotaba en la fecha previa al nombramiento, época hasta la cual estaba vigente la acción de recomendar que constituye la esencia del verbo rector de la prohibición contenida en el artículo 268, numeral 10 de la Constitución política. En igual sentido, en auto de 13 de abril de 2004 se resolvió similar petición presentada por el apoderado del accionante.”

De otra parte, prosigue la contestación de la demanda, “si bien es cierto que el señor Rodríguez fue nombrado empleado de la Contraloría el 17 de diciembre de 1998, tal situación no tenía como efecto que la acción de recomendar, se agotara en la misma fecha para los señores Pardo y Fajardo, quienes fueron nombrados el 5 y el 19 de marzo de 1999, pues en relación con ellos continuó vigente el encargo o súplica que le hizo al Contralor para que los nombrara...”

Por todo lo anterior, la Viceprocuraduría afirma que no ha incurrido en ninguna vía de hecho y que por el contrario ha adelantado el proceso rodeando de todas las garantías a los sujetos procesales. Además, estima que no es viable que a través de la acción de tutela se deje sin efectos el proceso disciplinario y las decisiones adoptadas en él, “toda vez que ello

equivaldría a sustituir la jurisdicción contencioso administrativa”.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el plenario, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del fallo de 28 de enero de 2004, proferido por Viceprocurador General de la Nación.
2. Copia del escrito de reposición en contra del anterior fallo, en cual se plantea el asunto de la prescripción de la acción disciplinaria.
3. Copia del auto de 27 de febrero, mediante el cual la Viceprocuraduría General de la Nación resolvió el recurso de reposición y negó la prescripción.
4. Copia del recurso de reposición sobre puntos nuevos, interpuesto contra el auto de 27 de febrero de 2004, en el cual una vez más se reitera la solicitud de declaratoria de prescripción.
5. Copia del auto de 13 de abril de 2004, mediante el cual la Viceprocuraduría General de la Nación rechazó in limine las peticiones de prescripción.
6. Copia del escrito mediante el cual se solicita la nulidad de la actuación a partir de la providencia de 27 de febrero de 2004 (por haber omitido pronunciarse sobre los “puntos nuevos” supuestamente planteados en el recurso de reposición interpuesto en contra del fallo de 28 de enero de 2004), y se interpone el recurso de reposición contra la providencia de 13 de abril de 2004.
7. Copia de la declaración rendida dentro del proceso disciplinario por los doctores Rafael Saade, Guillermo Rodríguez, Rodrigo Pardo y Janeth Fajardo.
8. Copia de la notificación del auto de 27 de febrero de 2004.
9. Copia de la constancia sin fecha sobre la notificación y ejecutoria del fallo de 28 de enero de 2004.
10. Copia de la inspección judicial practicada por la magistrada Paulina Canosa Suárez sobre

los cuadernos en donde constaban las pruebas y notificaciones relativas al proceso disciplinario seguido en contra del aquí demandante.

11. Copia del Auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de septiembre de 2004, mediante el cual rechaza la demanda de nulidad y reestablecimiento del derecho incoada por el señor José Daría Salazar Cruz en contra del fallo de única instancia proferido el 28 de enero de 2004 por el Viceprocurador General de la Nación.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el siete (7) de octubre de 2004.

Mediante Sentencia proferida el siete (7) de octubre de 2004, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió denegar la acción de tutela interpuesta por el señor José Darío Salazar Cruz contra el señor Viceprocurador General de la Nación.

En sustento de esta decisión, dicha Corporación Judicial consideró que los tipos disciplinarios o penales calificados por el resultado son figuras típicas complejas en las que, por regla general, dos conductas delictuales, una dolosa y otra culposa, con vida autónoma, que protegen diferentes bienes jurídicos, son reducidos a un solo tipo penal que contempla una pena considerablemente superior a la que habría de resultar si se apreciaran las reglas del concurso ideal de delitos. Agregó que otra forma de aumentar la pena, consiste en la de los tipos penales agravados por el resultado. Empero, prosiguen las consideraciones del fallo, “ninguno de los dos eventos fue tenido en cuenta por el señor Viceprocurador, ni para efectos de concursar, ni de agravar la pena. Contrariamente, en la única oportunidad que se tuvo en cuenta el nombramiento, fue a favor del disciplinado, aquella en la cual se decretó la prescripción parcial de la acción por la recomendación del primer nombrado, atendiendo precisamente a que las hojas de vida permanecieron en el despacho cumpliendo el cometido de la recomendación, y consumado el hecho al cual iba dirigida la recomendación, mal podía hablarse de la misma.”

Explica entonces el fallo, que “distinto de clasificar los tipos disciplinarios –o penales en su caso-, por el resultado, es el de clasificarlos por el tiempo o momento consumativo, es decir,

si son permanentes o son instantáneos. El artículo 26 del Código Penal, en cuanto al tiempo dice que la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado.”

Dice entonces la providencia que “así lo entendió el Señor Viceprocurador, cuando en la decisión del recurso... tuvo en cuenta el tiempo de la ejecución de la acción, que en todo caso tuvo que ser antes de su realización, y así lo expresa puntualmente al tener en cuenta que solo se pudo dar hasta un día antes de la realización de su objeto, pues no podía ser concomitante, ni subsiguiente, por sustracción de materia.” Añade que “nada más claro que expresar que mientras las hojas de vida de los recomendados estuvieren en poder del titular de la potestad nominadora el verbo transitivo recomendar estaba en todo su vigor...”.

Destaca también el fallo de primera instancia que el artículo 34 de la Ley 200 de 1995, vigente por favorabilidad, establece que el término de prescripción empieza a correr para las faltas de carácter permanente o continuado, desde la realización del último acto.

Por lo anterior, concluye que la decisión del Viceprocurador no podía ser calificada de vía de hecho, por lo cual escapaba al control del juez de tutela.

De otro lado, en cuanto a la notificación de la anterior decisión, dijo el pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca que, en la inspección judicial practicada por la magistrada sustanciadora, se había establecido que tal decisión había sido notificada personalmente al apoderado sustituto del petente, el 3 de marzo de 2004. Que el día 9 siguiente, dicho apoderado presentó un recurso de reposición sobre hechos nuevos, cuando era claro que, al tenor de la jurisprudencia², los efectos jurídicos de las decisiones que resuelven los recursos operan a partir de su notificación y no de su ejecutoria. Además, destaca que la notificación era un acto individual respecto del disciplinado, y que nunca se precisó cuáles eran los puntos nuevos no tratados en la sentencia cuya reposición se había resuelto.

Por lo anterior, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca decidió denegar la presente acción de tutela.

2. Impugnación de la Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

La anterior decisión fue oportunamente impugnada por el demandante, insistiendo en afirmar que contra la decisión sancionatoria proferida en su contra por la Viceprocuraduría General de la Nación, él interpuso recurso de reposición, “adicionando la sustentación con la solicitud de declaratoria de la prescripción de la acción disciplinaria”. Reitera que dado que el nombramiento del primero de sus presuntos recomendados tuvo lugar el día 17 de diciembre de 1998, “esta última fecha ha sido el único referente para determinar el momento a partir del cual debe contarse el término de cinco años requeridos por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción.”

Sin embargo, estima que la Viceprocuraduría se ha empeñado en sostener “una sui generis hermenéutica, consistente en la fijación de criterios encontrados respecto de la acción de RECOMENDAR”. Así, prosigue la impugnación, en el fallo de la Viceprocuraduría se acoge la doctrina según la cual la falta disciplinaria que se le imputa es de mera conducta y no de resultado, no obstante lo cual al definir el asunto de laprescripción, la misma autoridad disciplinaria “giró en sentido inverso para predicar la antítesis del concepto, al argumentar que la acción de RECOMENDAR ... se cumplió hasta la víspera del nombramiento...” Agrega que dicha equívoca postura del señor Viceprocurador, no solamente la sostuvo en las resoluciones que denegaron la prescripción disciplinaria, sino que las extendió al trámite de la acción de tutela.

Arguye entonces el impugnante, que la falta disciplinaria no se configura con la sola presentación de las hojas de vida, o por referenciar personas, sino por “recomendarlas”, y que esa conducta sólo se materializó cuando algunos congresistas hicieron presencia ante funcionarios de la Contraloría con dicho propósito. Lo anterior, por cuanto las hojas de vida no son más que el complemento de la recomendación, pero su presencia no equivale a la recomendación misma, pues, reitera, la conducta de “recomendar” es una falta instantánea y de mera conducta. La vía de hecho que denuncia se configura, explica, por “sostener que las hojas de vida de los profesionales avalados tuvieron la equivalencia y categoría para estimarlas como la permanencia en el tiempo, de la RECOMENDACIÓN cuestionada.”

3. Auto de nulidad de todo lo actuado en la primera instancia dentro del trámite de presente acción de tutela.

Recibido el expediente en la Sala jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la

Judicatura, esta Corporación judicial declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del trámite de la presente acción de tutela, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive. En sustento de esta decisión, sostuvo que después de haber impugnado la decisión de primera instancia, el demandante había allegado al expediente copia del Auto de 22 de septiembre de 2004, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca antes del fallo de tutela de primera instancia, providencia por medio de la cual dicho Tribunal rechazó por caducidad de la acción la demanda de nulidad y reestablecimiento del derecho que por medio de apoderado judicial había interpuesto el aquí demandante contra el fallo sancionatorio de 28 de enero de 2004, proferido en su contra por la Viceprocuraduría General de la Nación.

En tal virtud, consideró el Tribunal que era evidente que había surgido una circunstancia que podía afectar los derechos fundamentales del petente, es decir la providencia que había rechazado por caducidad la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, “dando lugar a la posible inexistencia de procedibilidad de esta acción por la carencia de otro medio de defensa legal”.

4. Nuevo trámite de la Acción de tutela.

En acatamiento del auto de nulidad proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por haber omitido vincular a la actuación al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca repuso la actuación, previa notificación de todos los interesados.

Durante el curso de esta nueva actuación, el demandante presentó un escrito aclaratorio y complementario, precisando que la acción de tutela se incoaba como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues contra el fallo procedía la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, la cual fue rechazada de manera equivocada por el Tribunal Contencioso. Con lo cual se le ponía en grave riesgo de perder la posibilidad de regresar al Congreso postulando su nombre para las elecciones venideras de 2006, poniendo fin a su actividad política como parlamentario, que era su actividad política exclusiva.

Reitera que estima que la Procuraduría le dio a la falta disciplinaria que proviene de la prohibición consagrada en el artículo 268 de la Constitución una interpretación extensiva que no cabía, “en la medida en que a la acción de dar recomendaciones ... le atribuyó el carácter

de acción continuada, sin que lo fuera, ligando la permanencia de esta acción a la respuesta otorgada a la recomendación con un nombramiento...” .

Nuevamente explica que el tema de la prescripción se planteó por primera vez en el recurso de reposición interpuesto contra el fallo de 28 de enero de 2004, lo que quiere decir que era un punto nuevo en el debate disciplinario, y por esa razón, frente a la decisión negativa de tal asunto, cabía una nueva impugnación. La decisión de la impugnación presentada contra la negativa a declarar la prescripción se produjo con la providencia de 13 de abril de 2004, notificada el 16 del mismo mes, y con ella culminó extemporáneamente el proceso disciplinario, “es decir, cuando había prescrito por causa no imputable al disciplinado, la acción disciplinaria,” dado que el último nombramiento de persona supuestamente recomendada por él se había producido el 19 de marzo de 1999, es decir más de cinco años atrás de la fecha en la que se dictó la providencia de 13 de abril de 2004.

Finalmente, el demandante arguyó que había sido la Procuraduría la que había hecho incurrir en grave error al Tribunal Contencioso respecto de la caducidad de la acción, por “hacerles creer... que no fue la decisión de 13 de abril sino la de 27 de febrero de 2004, la que culminó la acción administrativa disciplinaria”, lo cual había traído como consecuencia que el Tribunal hubiera declarado la caducidad de la acción.

Por todo lo anterior, nuevamente solicita que se declare sin efecto el fallo proferido por el Viceprocurador y se ordene que éste y las demás resoluciones proferidas sean reemplazadas por una que declare a su favor la prescripción de la acción disciplinaria.

5. Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el dos (2) de febrero de 2005.

Mediante Sentencia proferida el dos (2) de febrero de 2005, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor José Darío Salazar Cruz contra el Viceprocurador General de la Nación.

En sustento de esta determinación expuso lo siguiente:

Previamente aclara que, al tramitar en la primera oportunidad la acción de tutela, nunca tuvo

conocimiento de la existencia de una acción contenciosa en curso, por lo cual no podía ordenar una notificación a un tercero cuya existencia desconocía.

Aclarado lo anterior, observa la Sentencia que al momento en que tuvo conocimiento de la existencia de tal acción contenciosa, la misma ya había sido rechazada, pues tal rechazo se había producido el 22 de septiembre de 2004, que era la misma fecha en que se había interpuesto la acción de tutela inicialmente.

Recuerda entonces el fallo amplia jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la que se afirma que la protección de los derechos fundamentales no es asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela³, y explica las circunstancias en que ésta última puede ser intentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y descendiendo al caso concreto, advierte que el petente tenía derecho a ejercer la acción contenciosa administrativa, no obstante lo cual, aunque por culpa de él mismo se había producido la caducidad de la misma, solicitaba que se tramitara la acción de tutela como mecanismo transitorio. Ahora bien, dado que para cuando el Consejo Seccional había tenido conocimiento del caso, ya se había rechazado la acción por caducidad, en consecuencia no podía predicarse una amenaza de vulneración de derechos, sino una posible violación actual, “pero no por la autoridad contra la cual ahora dirige la acción, la Viceprocuraduría, sino ajuicio del petente, por el Tribunal Contencioso Administrativo” .

Así las cosas, existía una causal de improcedencia de la acción de tutela, porque ésta no era una tercera instancia, o una vía alternativa para cuando se hubieran dejado vencer los términos para ejercer las acciones.

Pero, adicionalmente, existía otra razón de improcedencia, que radicaba en el hecho de que la decisión de la Viceprocuraduría no podía ser considerada como un vía de hecho. En efecto, tanto esta decisión, como la del Tribunal, partían de la base de que el fallo sancionatorio de 28 de enero de 2004 había finiquitado o decidido definitivamente el trámite administrativo surtido, y esa no era una determinación arbitraria, pues partía de la base de una clasificación de los tipos disciplinarios no por el resultado de los mismos, sino por el tiempo o momento consumativo, es decir, si eran de conducta permanente o instantánea. Es decir, en esta parte la sentencia reitera las consideraciones vertidas en el primer fallo anulado, que en esa primera oportunidad habían llevado a denegar la acción de tutela interpuesta por el señor

José Darío Salazar Cruz contra el señor Viceprocurador General de la Nación.

De igual manera, el nuevo fallo repite las consideraciones vertidas en el primero, que fuera anulado, referentes a que para cuando se había interpuesto el recurso de reposición respecto de “hechos nuevos” , era claro que respecto del aquí demandante la decisión recurrida ya había surtido efectos.

6. Impugnación de la Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el dos (2) de febrero de 2005.

La anterior decisión judicial fue oportunamente impugnada por el demandante, con argumentos que por ser los mismos expuestos en la primera demanda, en el primer escrito de impugnación y en el escrito complementario aportado con posterioridad a la declaración de nulidad, resulta innecesario reseñar nuevamente.

7. Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el treinta y uno (31) de marzo de 2005.

Mediante Sentencia del treinta y uno (31) de marzo de 2005, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió confirmar la Sentencia proferida el dos (2) de febrero de 2005 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

Aduce el ad quem que, mediante auto del 22 de septiembre de 2004, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca había rechazado por defecto insubsanable de caducidad la acción de nulidad reestablecimiento del derecho incoada por José Darío Salazar Cruz contra varios actos administrativos, entre ellos el fallo sancionatorio de 28 de enero de 2004, proferido en su contra por la Viceprocuraduría General de la Nación, dentro de una acción disciplinaria. Recalca entonces que las decisiones impugnadas mediante tal acción eran de aquellas que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo no excluía de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por esa razón, prosigue el fallo, no era posible “entrar a estudiar de fondo la tutela, puesto que el accionante dejó caducar la acción natural dispuesta para este tipo de pretensiones, reflejando su propia incuria, al no formular en tiempo la demanda de nulidad y

reestablecimiento del derecho...” Así las cosas, aplicando la doctrina vertida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1992, era imposible examinar si prosperaban o no las pretensiones de quien instauraba la tutela.

Más aun, sostiene el fallo, la tutela incoada como mecanismo transitorio tampoco era procedente, pues esta forma de intentar tal acción requería que el asunto pudiera resolverse a través de los cauces ordinarios, cosa que a la fecha ya no era posible.

Adicionalmente, ante el rechazo de la demanda en el Tribunal Contencioso Administrativo por caducidad de la acción, el demandante había tenido a su alcance los recursos legalmente previstos por el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, es decir el recurso de apelación.

Por todo lo anterior, se imponía confirmar la decisión del a quo, en el sentido de declarar improcedente la acción instaurada.

8. Pruebas pedidas por la Corte Constitucional.

Mediante auto de veinte ocho (28) de julio de 2005, reiterado por auto de nueve (9) de agosto de 2005, el magistrado sustanciador, para mejor proveer, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que informara a la Sala de revisión si dentro del trámite de la demanda de nulidad y reestablecimiento del derecho incoada por el señor José Darío Salazar Cruz en contra de la Nación -Procuraduría General de la Nación-, demanda decidida mediante auto de 22 de septiembre de 2004 que la rechazó por caducidad de la acción, se había interpuesto el recurso de apelación contra esta última providencia, si el en tal caso el mismo había sido concedido y resuelto en algún sentido.

En respuesta a esta solicitud, la doctora María del Carmen Jarrín Cerón, Magistrada sustanciadora dentro de la acción de nulidad mencionada, respondió informando lo siguiente:

“En respuesta a lo solicitado por usted en providencia del 28 de julio de 2005, comedidamente le informo que dentro de la acción de nulidad y reestablecimiento radicada bajo el número 25000-23-25-000-2004-05678-01, demandante: José Darío Salazar Cru, demandada: Nación -Procuraduría General de la Nación, una vez revisado el expediente no

se encontró que la parte accionante haya presentado recurso de apelación, contra la decisión de 22 de septiembre, toda vez que al ser un proceso de única instancia, solo procedía el recurso de súplica .

“La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de súplica, el cual fue resuelto mediante providencia de 28 de abril de 2005, con ponencia del doctor José Antonio Molina Torres, que revocó el auto de rechazo de la acción y en su lugar profirió decisión mediante la cual se admitió la demanda.”

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. La pretensión del demandante y el problema jurídico que plantea la presente acción.

2.1 Pretende el demandante, que el juez de constitucional deje sin valor ni efecto todo lo actuado dentro del expediente disciplinario N° 002-73503, en lo relacionado exclusivamente con él, a partir del fallo proferido por el Viceprocurador General de la Nación el día 28 de enero de 2004, inclusive y adelante, incluyendo los autos de fechas 27 de febrero, 13 de abril y 13 de julio del mismo año, y ordene a citado funcionario que profiera nueva decisión, a través de la cual declare la prescripción de la acción disciplinaria a su favor.

Lo anterior, con el fin de que por el procedimiento expedito y sumario de la acción de tutela, se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que estima fueron vulnerados por el Viceprocurador General de la Nación al no reconocer, tanto en el fallo, como en los autos subsiguientes, el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria respecto de la falta que se le imputa, y por la cual fue sancionado.

2.2 Ahora bien, de la lectura de la demanda, de la contestación de la misma y de los fallos

que fueron proferidos por los jueces de instancia, encuentra la Sala que el asunto de fondo implícito en el problema jurídico que plantea la presente acción radica en definir el momento a partir del cual se debe empezar a contar el término de los cinco años fijado por la ley para la prescripción de la acción disciplinaria⁴. Sobre este punto existe una discrepancia entre el actor y la Viceprocuraduría, pues mientras para el primero la acción de “recomendar” que se le imputa como falta disciplinara es de ejecución instantánea, por lo cual se consumaría en el momento inicial en que se formula la recomendación, para la autoridad disciplinaria el desarrollo de la conducta puede extenderse hasta cuando la recomendación es atendida por la persona a quien va dirigida. Es decir, la falta no se consume en el momento único en el que se recomienda a una persona ante un funcionario público con miras a su designación, sino que se proyecta en el tiempo más allá de ese momento, por lo cual es una conducta de carácter permanente o continuado.

Lo anterior es importante para efectos de establecer el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término de prescripción, pues si la falta que consiste en recomendar personas para su designación como funcionarios es de ejecución instantánea, desde el momento preciso en que se formula la recomendación se empieza a contar tal término, pero si se estima que es una conducta continuada, la prescripción empieza a contarse desde la realización del último acto.

2.3 El otro asunto de fondo implícito en el problema jurídico que plantea la demanda, es el relativo al momento a partir del cual debe entenderse que quedó en firme el fallo de 28 de enero de 2004, mediante el cual fue sancionado el actor por la conducta de “recomendar”. Para la Viceprocuraduría, dicho fallo quedó en firme el tres (3) de marzo de 2004, fecha en la cual le fue notificada al aquí demandante la decisión de 27 de febrero, que resolvió el recurso de reposición que él interpusiera en contra de dicho fallo, por cuanto el proceso era de única instancia. En cambio, para el actor dicho fallo no quedó en firme en esa fecha, pues en contra de la decisión de 27 de febrero, notificada el 3 de marzo, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición en contra del fallo de 28 de enero, él interpuso un nuevo recurso de reposición “sobre puntos nuevos”, que fue resuelto el 13 de abril de 2004, e incluso hasta el 13 de julio de ese mismo año, el demandando siguió resolviendo solicitudes dentro de la investigación.

Lo anterior también es importante para efectos de determinar si, para cuando el fallo

sancionatorio finalmente quedó en firme, habían corrido o no los cinco años del término de prescripción de la acción disciplinaria.

3. Presupuestos procesales de la acción de tutela en el presente caso

Como cuestión previa, debe la Corte abordar el asunto de la procedencia de la presente acción.

3.1 El primer presupuesto procesal de la acción de tutela exige que ella haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental y no de otra categoría de derechos. Al respecto, para lo que interesa para la definición del presente asunto, sea lo primero recordar que, conforme lo prescribe el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política, “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por tal razón, en los procesos administrativos que adelantan las autoridades investidas de poder disciplinario, debe observarse la plenitud de las formas previstas en la ley para tal clase de procedimientos, so pena de que se incurra en el desconocimiento del derecho al debido proceso⁵ y de las garantías que él comprende.

Así pues, en cuanto la acusación principal formulada en la demanda de tutela consiste en afirmar que la Viceprocuraduría, al tramitar un proceso disciplinario, desconoció los derechos al debido proceso y a la igualdad del demandante, la Sala detecta que la presente acción efectivamente persigue la defensa de derechos fundamentales del actor, presuntamente vulnerados por la acción directa de la autoridad demandada, por lo cual el primer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo está cumplido.

3.2 El segundo presupuesto procesal que debe verificar la Sala para determinar la procedencia de la presente acción es la inexistencia de otro medio de defensa judicial. En efecto, aunque como acaba de explicarse, es cierto que dentro de los procesos disciplinarios puede darse el desconocimiento de las formalidades previstas en la ley, originándose con ello la violación del derecho al debido proceso y eventualmente otros derechos fundamentales, también es cierto que ello, por sí sólo, no hace procedente la acción de tutela; lo anterior por cuanto el inciso tercero del artículo 86 superior prescribe que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Así pues, aun antes de entrar a verificar si en el presente caso efectivamente se dio o no un

desconocimiento de los derechos fundamentales que menciona la demanda, es necesario que la Sala precise si el demandante tenía o tiene otros mecanismos de defensa judicial a su alcance, que desplacen a la acción de tutela para efectos de lograr la protección de derechos que impetra.

3.3 La vía de hecho que denuncia el demandante se produciría por cuanto, respecto de la sanción disciplinaria que le fue impuesta al actor por la Viceprocuraduría, esta entidad no reconoció ni en el fallo, ni en diversas decisiones posteriores, el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria. Y también, por cuanto la fecha en que esa entidad disciplinaria entendió que el fallo sancionatorio quedaba en firme, es distinta de la que señala el aquí demandante. Lo anterior, estima él, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al igualdad. Este último, por cuanto a otras personas indeterminadas sí se les habría reconocido tal prescripción.

Se pregunta entonces la Sala, si para la protección de esos derechos fundamentales el actor tenía o tiene otros medios de defensa judicial a su alcance, y encuentra que la respuesta es obvia: los tenía, y fueron utilizados por él. En efecto, del acervo probatorio obrante en el expediente, resulta claro que el aquí actor también demandó ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el fallo que declaró su responsabilidad disciplinaria por haber incurrido en la falta de “recomendar”, prohibida por el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución, y lo sancionó con multa equivalente a cuarenta y cinco días del salario devengado en 1999, más “la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas en las ramas ejecutiva, jurisdiccional o ministerio público, por el mismo término fijado para la multa”.

Ciertamente, consta en el expediente por información que fue suministrada a los jueces de tutela por el propio demandante, que en ejercicio de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho él acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a demandar el fallo sancionatorio de la Viceprocuraduría, Corporación judicial que inicialmente rechazó por caducidad tal acción administrativa. Es más, por la fecha en la que se produjo la decisión de rechazo del Tribunal, colige la Sala que la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho se interpuso antes de la acción de tutela, pues esta última acción fue presentada el día 22 de septiembre de 2004, es decir el mismo día en que se produjo el auto de rechazo del Tribunal, fechado también el 22 de septiembre de tal año.

Además, detecta la Sala que para cuando se interpuso la acción de tutela, el actor conservaba expedito otro mecanismo alternativo de defensa judicial, cual era el recurso de súplica respecto de la decisión de rechazo del Tribunal Administrativo Cundinamarca, proferida dentro del trámite de la acción de nulidad y reestablecimiento. Recurso que, como consta en la información suministrada a la Sala por la Magistrada sustanciadora dentro de tal acción, fue interpuesto por el demandante y resuelto a su favor, mediante providencia que revocó el auto de rechazo de la acción y en su lugar profirió decisión mediante la cual se admitió la demanda.

Así pues, en principio la presente acción resulta improcedente, pues el carácter subsidiario de la acción de tutela a que se refiere el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución “supone que ella no procede en lugar de otra acción existente para los mismos efectos, ni al tiempo con la misma, o después de ella. Solamente procede a falta de la otra acción. De ahí que la acción no pueda utilizarse para reemplazar otros medios de defensa, para adicionarse coetáneamente a ellos, como instancia posterior cuando han sido utilizados, como recurso contra providencias de otros procesos, o como recurso para resucitar términos procesales prescritos o caducados. La anterior la utilización de la acción para cualquiera de los mencionados propósitos llevaría al desconocimiento de ciertos principios constitucionales, tales como el del non bis in idem, el de cosa juzgada, el de independencia judicial, el de juez natural, o el de seguridad jurídica.”⁶

3.4 No obstante lo anterior, como ha sido explicado por esta Corporación judicial⁷, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial determinan la improcedencia de la acción de tutela. La primera de estas excepciones se presenta cuando la tutela se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces no desplaza a la acción de tutela, que resulta siendo procedente. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución, arriba citado. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de esta Corporación.⁸

Pasa la Corte a establecer si en el caso sujeto a estudio se configura alguna de las dos excepciones anteriores, de manera que la presente acción resulte procedente.

3.5 En cuanto a la procedencia de la presente acción como mecanismo transitorio, que es la forma bajo la cual fue interpuesta por el demandante en el memorial complementario aducido después de la declaración de nulidad que fuera declarada por la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala se pregunta si, en las circunstancias concretas del caso sujeto a su consideración, es procedente la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, cuando ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encuentra en curso un proceso para decidir la validez de la decisión de la Viceprocuraduría que sancionó al aquí demandante, proceso en el cual se puede debatir el mismo asunto planteado en la presente tutela, es decir, si para la fecha en que se produjo la decisión de esa entidad, se había producido el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria respecto de la falta que se le imputa al actor, y por la cual fue sancionado.

Para responder al anterior interrogante, recuerda la Sala que reiteradamente la jurisprudencia ha señalado que, para establecer que se configura la amenaza de un perjuicio irremediable, éste debe ser cierto, inminente, grave y de urgente atención. Los anteriores criterios recientemente se han sintetizado por la Corte de la siguiente manera:

“La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”⁹. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso¹⁰. La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

“No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla, en el mismo artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte¹¹ 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 consuma un daño antijurídico en forma irreparable¹².”¹³

El perjuicio irremediable que se pretendería conjurar en el presente caso, y cuya evitación justificaría la intervención excepcional del juez de tutela, consistiría, según el demandante, en el grave riesgo de perder la posibilidad de regresar al Congreso postulando su nombre para las elecciones venideras de 2006, poniendo fin a su actividad política como parlamentario, que es su actividad política exclusiva.

Para la Sala no aparece claro que el anterior perjuicio sea cierto, inminente, ni de urgente atención. En efecto, según la información que reposa en el expediente, al demandante le fue impuesta una sanción que consistió en multa equivalente a cuarenta y cinco (45) días de salario devengado en 1999, más “la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas en las ramas ejecutiva, jurisdiccional o ministerio público, por el mismo término fijado para la multa.”¹⁴

Como se verá, la anterior sanción no implica para el actor el grave riesgo de perder la posibilidad de regresar al Congreso postulando su nombre para las elecciones venideras de 2006, poniendo fin a su actividad política como parlamentario, lo cual constituiría el “perjuicio irremediable” que sería necesario conjurar de manera urgente mediante la decisión del juez de tutela. Lo anterior por las siguientes razones:

(i) Porque en primer lugar tal sanción sólo implica para el actor una erogación monetaria, y una suspensión en el ejercicio del cargo de tan solo cuarenta y cinco (45) días.

(ii) En segundo lugar, porque la sanción impuesta no implica inhabilidad para ejercer cargos públicos, entre ellos el de congresista, pues las normas que consagran tales inhabilidades no establecen que una sanción de tales características origine esa inhabilidad.

En efecto, ni de la Constitución, ni de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del

Congreso, ni del Código Disciplinario Único se deriva esa conclusión. Ciertamente, la Carta en su artículo 122 reformado por el Acto Legislativo 01 de 2004¹⁵ sólo habla de que “no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.” Como puede verse, la disposición transcrita no consagra inhabilidad alguna por el sólo hecho de ser sancionado disciplinariamente. Por su parte, el artículo 179 *ibidem*¹⁶, referente concretamente a las inhabilidades para ser congresista, tampoco incluye como causal de inhabilidad el hecho de haber sido sancionado disciplinariamente. Únicamente se refiere a “haber sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”.

Por su parte, el Reglamento del Congreso, en su artículo 280, relativo a las inhabilidades para ser congresista, no relaciona la de haber sido sancionado disciplinariamente.¹⁷ Y, finalmente, el Código Disciplinario Único en su artículo 38 sí se refiere a la inhabilidad que genera el haber sido sancionado disciplinariamente, pero cuando se trata al menos tres (3) sanciones disciplinarias impuestas al aspirante a ocupar un cargo público, en los cinco años anteriores a la inscripción de la candidatura. Véase, en lo pertinente, el texto de la disposición:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

“2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

...”

3.6 De otro parte, la Sala observa que, como ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Corporación, el simple hecho de la imposición de una sanción disciplinaria, sin que la misma dé lugar a la inhabilidad para ejercer cargos públicos, no configura un perjuicio irremediable. En efecto, en la sentencia T-1093 de 200418, reiterando lo dicho en al T-143 de 200319, se dijo al respecto lo siguiente:

“Debe recordarse, por otra parte, que en la sentencia T-143 de 200320, esta misma Sala de Revisión, al estudiar la posible configuración de un perjuicio irremediable por la imposición de una sanción disciplinaria, consideró que en ese caso particular no estaban dadas las condiciones para que se configurara un daño de tales características, puesto que no se había impuesto a la peticionaria una sanción de inhabilidad para acceder a cargos públicos²¹. La Sala no hizo expresa la regla subyacente a esta argumentación, a saber, que cuando la imposición de una sanción disciplinaria conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos, puede llegar a configurarse en casos concretos un perjuicio de carácter irremediable. Sin embargo, es claro que esa fue la ratio decidendi de la decisión finalmente adoptada –en el sentido de desestimar la existencia de un perjuicio irremediable en ese caso concreto, en el cual se demostró que la sanción impuesta había sido únicamente de carácter pecuniario-. Esta regla constitucional será reiterada y aplicada en la presente oportunidad.”

De igual manera, la Corte considera que el sólo hecho de adelantar una investigación disciplinaria no puede considerarse como la lesión grave de un derecho fundamental, que en sí misma configure un perjuicio irremediable. En este sentido se había pronunciado también esta Corporación anteriormente, en la Sentencia T-143 de 2003 arriba citada. Véase:

“... la apertura de un proceso disciplinario o la imposición de una sanción disciplinaria no constituyen en sí mismas un perjuicio irremediable al derecho al buen nombre. Otra sería la situación si, por ejemplo, no se suprime del registro de antecedentes disciplinarios una sanción que fue anulada.”

En el caso presente, no estando definitivamente decidido si la decisión sancionatoria respecto del actor debe o no se anulada, no cabe hablar de lesión de su buen nombre, pues el asunto no se reviste aún del carácter de cosa juzgada.

3.7 De todo lo anterior, la Sala concluye que en las circunstancias concretas del presente

caso, no se está frente a la amenaza cierta e inminente de que el actor sufra un grave perjuicio irremediable en la órbita de sus derechos fundamentales, por lo cual no es urgente la intervención del juez de tutela, debiendo esperar el demandante a que en sede contencioso administrativa, el juez natural resuelva el problema jurídico que plantea en al presente acción constitucional. En tal virtud, no resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.8. Ahora bien, respecto de la segunda de las excepciones conforme a la cual la acción de tutela resulta procedente a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial, que opera cuando ese otro medio en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, y que hace procedente la acción de amparo como mecanismo definitivo y no transitorio, en el caso bajo examen la Sala aprecia lo siguiente:

La doctrina constitucional relativa a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales, a pesar de existir otra vía alterna de protección judicial, ha sido sentada en aquellos casos en los cuales dicho medio alterno: (i) efectivamente existe, pero resulta ineficaz en las circunstancias particulares del caso concreto; es decir está disponible o a la mano de quien incoa la acción de amparo, pero en la práctica resulta inútil para obtener la protección de sus derechos fundamentales; (ii) cuando existiendo esa otra vía, y estando disponible su utilización, la misma tiene por objeto defender otra categoría de derechos, que son de rango legal mas no constitucional; y finalmente, (iii) cuando definitivamente no existe ni existió ningún medio de defensa judicial al alcance del demandante.

A manera de ejemplo del primer caso, la Corte ha aceptado que en los casos en que los que se pretende es la vinculación de servidores públicos que han ocupado los primeros lugares en concursos de méritos, la acción de tutela puede emplearse como mecanismo definitivo de protección para lograr la efectiva aplicación del artículo 125 de la Carta. En este sentido, ha estimado que, especialmente por su duración, ni la acción electoral, ni la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son herramientas idóneas, eficaces y proporcionadas para lograr que quien tiene derecho a ocupar un cargo de carrera judicial, acceda oportunamente a él.²²

De similar manera, al resolver una demanda dirigida por un trabajador oficial al cual la

justicia ordinaria laboral había ordenado reintegrar a su cargo, la Corte estimó que el proceso ejecutivo laboral por obligación de hacer, no era mecanismo el adecuado para obtener el reintegro de un trabajador del Estado.²³ Y de manera más general, la Corte ha sostenido que en lo que hace referencia al cumplimiento de sentencias judiciales por vía de tutela, cuando lo ordenado en la providencia incumplida es una obligación de hacer, es viable lograr su cumplimiento por medio de la acción de amparo, a pesar de existir el proceso ejecutivo correspondiente.²⁴ En estos casos la Corte ha considerado que la acción alternativa existe, pero su eficacia es insuficiente para defender los derechos fundamentales en las circunstancias concretas del caso.

El segundo caso, es decir aquel que se presenta cuando existe otra vía de defensa judicial pero la misma tiene por objeto defender otra categoría de derechos, que son de rango legal mas no constitucional, se dio, por ejemplo, en el evento de la acción resuelta mediante la Sentencia T-190 de 1999, en donde la actora pretendía que la Alcaldía del Municipio donde residía (que había contratado con un particular la construcción de un obra pública de resultados de la cual su vivienda familiar había quedado gravemente deteriorada) reparara su vivienda, y pedía al juez de tutela que, para la protección de sus derechos fundamentales, impartiera la orden correspondiente. La Corte observó que la actora tenía expeditas las acciones civiles de responsabilidad extracontractual o inclusive la eventual acción contencioso administrativa, pero juzgó que las mismas carecían de eficacia para la protección del derecho a la vida de la actora y de sus familiares, pues apenas poseían una finalidad estrictamente reparadora o indemnizatoria de los daños causados por el negligente comportamiento del contratista del municipio. Es decir, las acciones disponibles tenían por objeto defender otra categoría de derechos, de rango legal y naturaleza económica (derecho a la indemnización de perjuicios económicos), diferentes del derecho a la vida de la demandante que merecía ser protegido inmediatamente.

El tercer caso, esto es el de inexistencia de otro medio de defensa judicial al alcance del demandante, se presenta, Vg., en aquellos eventos en los cuales la demanda se dirige contra una decisión judicial constitutiva de vías de hecho, que carece de recursos, bien por ser una sentencia de única o de última instancia, o por ser un acto de trámite o preparatorio. Así por ejemplo, sobre éste último supuesto la Corte ha dicho:

“No obstante, a juicio de esta Corte, aunque en principio no procede la tutela contra los actos

de trámite o preparatorios, que simplemente se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal (art. 4o. C.C.A.), excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo”.²⁵

3.9. Visto lo anterior, la Sala encuentra que en el presente caso tampoco se configuran las circunstancias en las cuales la tutela puede ser utilizada como mecanismo definitivo de protección constitucional, pues siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la acción propia para debatir la validez de la decisión de la Viceprocuraduría, y estando la misma en curso, no puede determinarse su ineficacia para decidir, en el caso concreto, lo que justamente constituye su objeto. Recuérdese que la Corte reiteradamente ha sostenido que “la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc.) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”²⁶

Así las cosas, si la decisión de la Viceprocuraduría en lo concerniente a la prescripción de la acción disciplinaria, que es el punto concreto que discute el demandante, resulta manifiestamente contraria a la ley, de manera que se erige en una vía de hecho, nada impide que mediante la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho en curso se declare la nulidad de tal decisión. Con ello, los derechos fundamentales que el actor aquí denuncia como vulnerados se verán eficazmente protegidos.

Así las cosas, se está en el supuesto en que existe otra vía judicial, esta sí es eficaz y oportuna para amparar los derechos fundamentales cuya protección se invoca y no otros, y no existe la inminencia de configuración de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela mientras el juez natural decide el asunto que motiva la demanda.

Por las razones anteriores la Corte confirmará la Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el treinta y uno (31) de marzo de 2005,

mediante la cual se declaró improcedente la acción instaurada.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: Confirmar la Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el treinta y uno (31) de marzo de dos mil cinco 2005.

Segundo: Levantar la suspensión de términos decretada mediante auto del veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

Tercero: Por Secretaría General líbrense la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Fallo de única instancia proferido el 11 de enero de 2004 por la Viceprocuraduría General

de la Nación. Parte resolutive, numeral 2°.

2 Menciona las sentencia C-641 y 1076 de 2002, proferidas por la Corte Constitucional.

3 Cita en especial la sentencia SU-544 de 2001.

4 Artículo 34 de la ley 200 de 1995, subrogado por el artículo 30 de la ley 734 de 2002

5 Cf. Sentencia C-1725 de 2002, M.P Fabio Morón Díaz

6 Sentencia T-1203 de 2004 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Cf. ibidem

8 Cf, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 y SU-961 de 1999.

9 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

10 Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

11 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

12 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

13 Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

14 Fallo de única instancia proferido el 11 de enero de 2004 por la Viceprocuraduría General de la Nación. Parte resolutive, numeral 2°.

15 El acto legislativo habla del artículo 122 superior, pero debe entenderse que se refiere al 127.

16 El texto íntegro del artículo 179 superior es el siguiente:

ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
8. Nadie podrá ser elegido para mas de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada

una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.

17 El texto de este artículo es el siguiente:

ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones para fiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.

5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos de nacimiento.

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente.

Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.

18 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Ibidem

20 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Concluyó la Corte: “La Corte también desestima el argumento según el cual la actora no puede acceder a cargos públicos. En el expediente se observa que la actora no fue sancionada con una inhabilidad para acceder a cargos públicos. En efecto, la resolución mediante la cual se “desata el grado jurisdiccional de consulta”, sanciona a la actora exclusivamente con una “multa equivalente a 80 días del salario devengado al momento de la comisión de la falta” y se abstiene de imponer la sanción de inhabilidad. Adicionalmente la Corte constata que no obran en el expediente pruebas que permitan corroborar que sus posibilidades de acceder a cargos públicos están siendo limitadas. (...) la única consecuencia directa del fallo controvertido es la multa de 80 salarios mínimos. Sin embargo, la Corte reitera que un detrimento económico como el descrito no representa una vulneración a un derecho fundamental ni un perjuicio irremediable. Se observa que el detrimento económico ha sido considerado como reparable y por lo tanto remediable.”

23 Ver, Sentencia T- 537/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell

24 Sentencia T-403 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

25 Sentencia SU-201 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

26 Sentencia T-343 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil