

Sentencia T-961/04

DEBIDO PROCESO-Fundamental/DEBIDO PROCESO-Alcance

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia general/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional

DEBIDO PROCESO-Se debe observar en los procesos disciplinarios

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

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.

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

Esta Corporación ha sido precisa en distinguir los distintos supuestos fácticos bajo los cuales procede la acción de tutela, cuando se alega la vulneración del debido proceso dentro de un proceso disciplinario, y en donde el sujeto investigado es un servidor público. Al respecto, ha señalado que es necesario establecer si en el mencionado proceso disciplinario, i) existe un acto administrativo definitivo del cual se pueda predicar la vulneración de los derechos fundamentales, o ii) si aún cuando no existe un acto administrativo definitivo, han sido proferidos actos de trámite dentro del proceso disciplinario, que afectan las garantías constitucionales.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general contra actos de trámite en proceso disciplinario

La regla general aceptada por la jurisprudencia constitucional, es la improcedencia de la acción de tutela contra actos de trámite dentro de un proceso disciplinario. La acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas

deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra actos de trámite en proceso disciplinario

La Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite, cuando puede observarse que ese acto, que tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación, y que se proyectará en la decisión final, ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La figura del impedimento permite que un juez que conoce de un proceso, abandone la dirección de ese caso si considera que existen límites legales que le imposibilitan actuar con imparcialidad e independencia. E igualmente la recusación es una figura que opera a iniciativa de los sujetos procesales, quienes pueden acudir a ella cuando el juez no acepta su falta de aptitud para conocer del caso objeto de examen.

IMPEDIMENTO Y RECUSACION EN MATERIA DISCIPLINARIA-Garantía de imparcialidad en la investigación

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Es constitutivo del debido proceso

RECUSACION-Inexistencia

Lo primero que se observa es que no existió recusación jurídicamente válida en cuanto al Viceprocurador. Así corresponde afirmar en consideración a que la recusación no es una cuestión accesoria, tratable al capricho de quien quiera servirse de ella, sino que se trata de un incidente procesal de valor sustancial, como quiera que representa la neutralización del

régimen legal de competencias para arrebatarse al funcionario, en determinado caso, el conocimiento que le corresponde, según la distribución del legislador. De ahí que los estatutos procedimentales señalen de manera expresa, el marco legal dentro del cual debe proponerse y decidirse la recusación.

RECUSACION-Debe dirigirse directamente al funcionario por escrito

La recusación debe dirigirse de manera directa al funcionario que se recusa y por escrito, y en ningún caso en el curso de la diligencia de versión libre practicada por un comisionado. Lo anterior tiene por objeto asegurar la lealtad procesal de las partes, quienes asumen la responsabilidad por la iniciación del incidente de recusación, sin que sea admisible evadir esa responsabilidad por la vía de la invitación al funcionario investigador, a declararse impedido. Si como bien se ha visto no fue debidamente recusado el Viceprocurador, es decir sino existe recusación en estricto rigor jurídico, tampoco surge la necesidad de definir incidente sobre el particular

IMPEDIMENTO-No basta la existencia de la relación de amistad

No basta la existencia de la relación de amistad para efectos del impedimento, sino que es necesario demostrar que dicho vínculo afectivo tiene tal fortaleza, como para desequilibrar la estabilidad emocional del juez al punto de neutralizar la garantía de su imparcialidad. El hecho de que sea el Procurador quien designa al Viceprocurador no constituye por sí solo motivo de impedimento de éste último. Si se pretendiera que el nominado hipoteca su conciencia y decoro de funcionario público en favor del nominador, el esquema de la administración pública se desestabilizaría por completo, porque en todas las ramas del poder público se presentan situaciones como la que cuestiona el proponente de la tutela. No presenta el proponente de la acción hechos antecedentes llamados a demostrar sometimiento del juicio del Viceprocurador ante el del jefe del Ministerio Público y mucho menos razones que pudieran indicar comunidad de propósito para orientar el fallo hacia una conclusión determinada.

PROCURADOR AD HOC-Reemplaza al Procurador cuando se declara impedido

IMPEDIMENTO DEL PROCURADOR-Se define al interior de la institución

Los dos dispositivos, el de la Ley 262 del 2000 y la 734 del 2002 concurren en el propósito de que el impedimento del Procurador, se defina en todos los casos al interior de la misma institución, entre otras cosas, por la ingrata experiencia de varios procuradores Ad-hoc designados por el Congreso para cada caso de impedimento del jefe del Ministerio Público.

IMPEDIMENTO DEL VICEPROCURADOR-Inexistencia

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-No se vulneró/PLIEGO DE CARGOS-No se afecta por la omisión de la expresión "preventivas"

Referencia: expediente T-874238

Acción de tutela instaurada por Luis María Acosta Oyuelo contra la Viceprocuraduría General de la Nación.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente;

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

El señor Luis María Acosta Oyuela, interpuso acción de tutela contra la Viceprocuraduría General de la Nación, por considerar que le vulneró sus derechos al debido proceso y al principio de legalidad, dentro del proceso disciplinario iniciado para investigar las posibles faltas disciplinarias de algunos miembros de la fuerza pública que actuaron en la operación libertad, en donde falleció la Exministra Consuelo Araujo Noguera. Para fundamentar su afirmación, relató los siguientes

1. Hechos.

a. Indica que en diligencia de versión libre rendida el 5 de febrero de 2003, solicitó al señor Viceprocurador declararse impedido, debido a que éste tenía una amistad con el Procurador y la señora Araujo Noguera. Además, porque asegura que el Viceprocurador es subalterno del Procurador “y el hecho de haber prejuzgado el señor Procurador General en entrevista concedida al diario El Tiempo, al sostener que la operación había sido un fracaso militar” Precisa que el Viceprocurador argumenta que la entrevista fue virtual, pero asegura que esa afirmación se puede desmentir escuchando en declaración al señor Yamid Amat.

b. Relata que el Viceprocurador no atendió su petición mediante auto del 14 de febrero de 2003, “tratándola de temeraria y argumentando que la calificación de amigo íntimo no es correcta, pero que es buen amigo del procurador que fue su magistrado auxiliar en el Consejo Superior de la Judicatura”. Agrega que el Viceprocurador ha aceptado que es primo de los hijos que tuvo la Exministra Araujo Noguera con el señor Hernando Molina Céspedes. Asegura que entre esos hijos está Andrés Molina, quien en un editorial hizo un análisis, desde su posición de hijo, a todo el desarrollo de la operación militar “como si conociera ampliamente el proceso disciplinario adelantado por el Dr Gómez Pavajeau”. Así mismo, indica que en la parte final del auto, ordenó remitir el expediente al despacho del Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, adscrito al despacho del Procurador General de la Nación. Señala que el Procurador se pronunció el 5 de marzo “no obstante haberse ya declarado impedido, diciendo que éste se equivocó al enviárselo, por cuanto dentro de la estructura orgánica del organismo no existe superior jerárquico ni funcional, ya que él está actuando como Procurador General”

c. Aduce que la señora del Viceprocurador General es funcionaria de libre nombramiento y remoción del Procurador General de la Nación, y se desempeña como coordinadora de los Procuradores Judiciales II ante el Tribunal Superior Militar.

d. Considera que la Cercanía afectiva entre el Viceprocurador y la Exministra Consuelo Araujo Noguera, es notoriamente conocida en Valledupar. Para sustentar su afirmación, indica que el Viceprocurador fue designado como jurado del festival de la leyenda vallenata. Señala igualmente que la amistad con el Procurador General es íntima, estrecha y notoria.

e. Por las anteriores razones, el actor asegura que no existe independencia por parte del Viceprocurador General de la Nación, “que nos va a juzgar disciplinariamente con el Dr. Maya Villazón, quien fue el que lo designó para el cargo de Viceprocurador General, le mantiene a su esposa como Procuradora Judicial II, aunado al parentesco con los hijos de la señora Araujo Noguera - aunque no lo sea en el grado que exige la norma art. 84 del CDU, razón por la cual la investigación no goza de un juez imparcial sino de un funcionario que de tiempo atrás ha mantenido profundos lazos familiares y de amistad con la familia Molina Araujo y Maya Villazón.”.

f. Considera que en el auto de cargos, en el cual se le formula como imputación única “no adoptar medidas necesarias para desplazamientos de tropa bajo su mando, imputada a título de culpa”, del artículo 56, numeral 16 de la ley 836 de 2003, “Nuevo Reglamento del régimen Disciplinario para las fuerzas militares” vulnera el principio de legalidad. Indica que el Viceprocurador cercenó la norma para adaptarla al cuestionamiento que se le hace, sin entender el espíritu del legislador, que buscó proteger la integridad de las tropas en las bases de patrullaje, puestos, reparticiones o buques o su integridad en los desplazamientos de las tropas contra los ataques del enemigo “imponiéndoles a los comandantes y comandados la adopción de medidas preventivas necesarias para no caer en emboscadas o aniquilamientos por acción del enemigo y no como dolosa o culposamente el señor Viceprocurador Gómez Pavajeau además de quitarle a la norma jurídica el término “preventivas” que es un ingrediente normativo del tipo, subsumió el hecho en el artículo mutilado, adaptándolo a la circunstancia, que porque los soldados no tenían abrigo de lana y comida caliente, fue que el rescate falló, conducta que no está tipificada como falta disciplinaria”

g. Asegura que el Viceprocurador desvió su criterio como juzgador, y modificó el artículo 58 de la Ley 836 de 2003, quitándole el término preventivas y mal interpretando el bien jurídico protegido por la norma citada, el cual es la protección de la integridad de las tropas. Considera que por el contrario, erigió como falta disciplinaria el que los soldados no tuvieran el avituallamiento necesario para la operación “como si la falta de sacos de lana y comida caliente hubiera sido factor determinante para no poder rescatar a la víctima con vida. las limitaciones logístico-administrativas de un ejército no pueden ser atribuidas a sus comandantes, pues aquellas obedecen a las restricciones del presupuesto de la institución, además, a quien le competía velar por la dotación y provisiones de la tropa, era al

comandante del Batallón de Apoyo y Servicios, no a mí”.

h. Puntualiza además, que el Viceprocurador expresó en un comunicado del 6 de octubre, que “la procuraduría lo único que ha realizado es constatar y verificar la existencia de unos hechos y, bajo las premisas de la aplicación más tradicional de la ley, los ha subsumido en las disposiciones pertinentes”. E igualmente indica que se les recomendó que si la decisión era errónea, podían acudir a los recursos jurídicos extraordinarios como la tutela y la jurisdicción contenciosa.

i. Insiste en que la falta que le fue endilgada, tal y como aparece determinada en el auto de cargos, no existe jurídicamente en ninguno de los estatutos disciplinarios. Considera que al no incluirse la palabra “preventivas” el organismo de control pierde la posibilidad de adecuar típicamente el hecho a la norma, “porque el factus no corresponde exactamente a la descripción típica”. Estima que el ingrediente “preventivas” encuentra su fundamento y desarrollo en el reglamento de operaciones en combate irregular.

j. Por las anteriores razones, interpone la tutela para contrarrestar las consecuencias perjudiciales que puede acarrearle un eventual fallo sancionatorio, pues considera que el Viceprocurador no es imparcial, que cercenó una norma jurídica para adaptarla al hecho imputado y que por tanto carece de las garantías mínimas que el Estado Social de Derecho le otorga. Por tanto, pretende que el juez de tutela lo separe del conocimiento de esta investigación “por haber violentado de manera manifiesta el derecho que tengo a un debido proceso ya que se me respete el principio de legalidad, tantas veces citado. Al respecto, solicita al juez de tutela “que ordene la separación del señor Viceprocurador del conocimiento de este proceso disciplinario y se proceda a designar por el Congreso a un Procurador General Ad- Hoc, como tantas veces ha sucedido en situaciones pretéritas, con el fin de que los inculcados tengamos un juez imparcial, completamente alejado de las presiones internas del organismo de control”.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El Viceprocurador General de la Nación, en escrito del 28 de octubre de 2003, contestó la acción de tutela interpuesta. Indica en su escrito, que no agrega nada nuevo a los argumentos expuestos en su auto de febrero 14 de 2003, en donde respondió los cuestionamientos fácticos y jurídicos que efectuó el actor en su momento. Aclara sin

embargo, que “el tronco común que funda la lejana familiaridad con los hijos de doña Consuelo se remonta a los señores Cesar Molina y Mamanena, como recuerdo que mi abuela Rita Molina llamaba a su madre. Los mencionados fueron padres de Rita Molina Maestre y Hernando Molina Maestre. Rita fue mi abuela materna y Hernando el abuelo paterno de los hijos de doña Consuelo. Mi madre era prima en cuarto grado de consanguinidad del doctor Hernando Molina Céspedes, padre de los hijos mayores de doña Consuelo, luego entonces, están emparentados conmigo en el “sexto grado de consanguinidad”” Así mismo, indica que de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del Decreto 262 de 2000 y la Ley 734 de 2002, cuando el procurador General de la Nación se declare impedido, lo reemplazará el Viceprocurador General, sin que esa normatividad contemple la figura del Procurador Ad Hoc. Además, precisa que si existiera impedimento por razón del vínculo del cargo, no podría investigar el Procurador al Viceprocurador, tal y como lo dispone el artículo 72 del Decreto 262 de 2000. El Viceprocurador sustentó las anteriores afirmaciones con base en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en doctrina Nacional.

Sobre los argumentos nuevos expuestos en la demanda de tutela, el Viceprocurador indicó lo siguiente:

a. Respecto de la afirmación según la cual el señor Andrés Molina, hijo de la señora Araujo Noguera, escribió al periódico el Tiempo “como si conociera ampliamente el proceso disciplinario adelantado por el doctor Gómez Pavajeau”, el Viceprocurador afirmó que sobre esos hechos se adelanta un proceso penal, que ya se encuentra en etapa pública. Indica que lo afirmado por el señor Molina, sólo coincide parcialmente con lo probado por su despacho.

b. Sobre la acusación de vulnerar el principio de legalidad, el Viceprocurador indicó que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, como la contestación al pliego de cargos, los traslados para alegar de conclusión y los demás dispuestos en el Régimen Disciplinario Militar. Al respecto, sostiene que si existiere alguna irregularidad, “la misma no trascendería a la nulidad, pues no tiene el carácter de “sustancial” (Numeral 3 del artículo 143 del CDU”.

Intervención de la Red de Veedurías de Colombia.

El señor Pablo Bustos, quien afirma actuar en calidad de presidente de "RED VER", intervino como coadyuvante en la acción de tutela. En su escrito, solicitan que se declare que el señor Viceprocurador General de la Nación, debe separarse de la investigación disciplinaria, por hallarse manifiestamente incurso en causal de impedimento o recusación. Así mismo, solicitan que se disponga la designación de un procurador Ad hoc por parte de la Cámara de Representantes.

3. Pruebas.

De las pruebas allegadas al expediente durante las instancias la Corte destaca los siguientes documentos:

- a. Providencia mediante la cual el Viceprocurador General de la Nación se negó a declararse impedido para continuar con la investigación disciplinaria
- b. Proveído del Procurador, absteniéndose de conocer la decisión anterior.
- c. Auto de Pliego de Cargos contra el señor Luis María Acosta y otros
- d. Reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares
- e. Reglamento de Operaciones en combate irregular. Disposición 018/99
- f. Entrevista virtual realizada por el periodista Yamid Amat.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera instancia.

Correspondió la primera instancia a la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien por medio de providencia del diez (10) de noviembre de dos mil tres (2003) decidió denegar el amparo solicitado. Señala el Tribunal, que en el proceso disciplinario cuestionado no se ha tomado una decisión de fondo sobre el asunto, "pues a la

fecha el mismo se encuentra en la etapa de formulación de pliego de cargos”, momento en el cual, a juicio del Tribunal, el actor puede presentar descargos, aportar y pedir pruebas en su defensa y recabar la nulidad de lo actuado, en ejercicio de su derecho al debido proceso.

Afirman que de ordinario, es el acto administrativo que pone fin a la actuación, el que tiene la potencialidad de vulnerar las garantías constitucionales. Y en caso tal de no ser saneadas las irregularidades durante el procedimiento administrativo, el Tribunal afirma que el actor cuenta con los recursos de la vía gubernativa y de la acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A juicio del Tribunal, “resulta insólito que el encartado, al momento de rendir versión libre sobre los hechos, “planteara” o “invitara” al investigador (Viceprocurador) a declararse impedido, cuando ha debido recusarlo, si consideraba que existía mérito para que se separara del conocimiento del asunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 734 de 2002.” Asegura que en el presente caso, el actor esperó hasta la formulación del pliego de cargos, y según el modo en que fue planteada la acusación, interpuso la acción. Adicionalmente, afirma que no existe tampoco causal de impedimento, pues ésta se predica sólo frente a los sujetos procesales, que en este caso son el investigado y su defensor.

Igualmente, el Tribunal considera que si bien existe una relación de subordinación entre el Procurador y el Viceprocurador, no puede colegirse fehacientemente que exista un vínculo de amistad “que sobrepase la esfera de la cercanía que genera la relación laboral entre un superior jerárquico y sus dependientes, ni que, necesariamente, el funcionario impedido influirá en el ánimo del Viceprocurador hasta romper el equilibrio que este agente debe tener al estudiar y decidir el proceso disciplinario que por virtud de la ley resolverá a favor o en contra del encartado”.

Asegura el Tribunal, que la mera circunstancia de ser el Viceprocurador una persona de confianza en asuntos laborales, no configura ni determina la causal de impedimento alegada. Al respecto, señala que para suprimir, quitar o suspender la competencia de un agente, previamente asignada por la ley, rige el principio de taxatividad legal, “que implica que se compruebe el acaecimiento indiscutible del supuesto fáctico previsto en la ley”. Así mismo, señala que la acción de tutela no es el mecanismo apropiado para examinar, juzgar y decidir si el investigador formuló correcta o incorrectamente la imputación, “puesto que la etapa de descargos y la decisión final son fases que confluyen para determinar, a posteriori, si, en efecto, alguien resultó sancionado por cargos inexistentes, ilegales o con violación del

principio de legalidad". Por las anteriores razones, asegura que la presunta parcialidad del Viceprocurador, alegada por el demandante, no se demostró, ni el pliego de cargos contiene evidencia de que la Procuraduría estaría actuando contra la imparcialidad que debe tener cualquier proceso punitivo.

Impugnación.

El demandado interpuso impugnación contra la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda de tutela. Señala que no es posible que las autoridades judiciales y administrativas, exijan a los ciudadanos "utilizar de manera correcta los términos jurídicos apropiados para tratar de proteger nuestros derechos fundamentales de las posibles arbitrariedades de quienes ejercen la potestad sancionatoria, cuando del texto de la versión se puede entender lo que en ese momento pretendía y que en definitiva así lo asumió el funcionario cuestionado". Asegura que la primera instancia, no tuvo en cuenta que la amistad íntima entre el Viceprocurador y el Procurador General, viene no sólo de vínculos afectivos entre familias, sino de su cercanía por ser coterráneos, de la gratitud por haberlo nombrado como Magistrado Auxiliar, como Viceprocurador, "por mantener a la esposa de éste como Procuradora Judicial II ante el Tribunal Superior Militar", por el parentesco con los hijos de la ex Ministra Consuelo Araujo Noguera y por la comunión de sentimientos que mantenía el Viceprocurador con la víctima. Asegura que todos esos hechos, muestran que el ánimo de su investigador está condicionado. Precisa que no es cierto que para interponer la acción de tutela, haya esperado hasta que saliera el auto de cargos. Por el contrario, indica que el motivo fue la flagrante vulneración a su debido proceso, al no darle el impulso procesal contenido en el artículo 224 de la ley 734 de 2002.

Intervención del Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado.

Intervino en esta etapa del proceso, el señor Germán Buitrago Forero, Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado. En su escrito afirma que si bien es cierto que el sujeto pasivo de la acción de amparo está sometido funcional y jerárquicamente al Procurador, "también lo es que dicha circunstancia temporo-laboral no es presupuesto sobre el cual se pueda edificar la causal de impedimento alegada". Asegura que de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, el simple vínculo laboral y la relación de dependencia que se pueda predicar, "no son suficientes para estimar que se está en presencia de la amistad

íntima que vulnere el libre juicio del juzgador.” Señala que la manifestación de que el Viceprocurador es un buen amigo del Procurador, y el recuento de las relaciones familiares, no cae bajo ninguna de las causales de impedimento.

Así mismo afirma que, de acuerdo a lo estipulado en la Ley 734 de 2002, el auto de cargos es una calificación provisional susceptible de aclaraciones, “cuestión que no sucedía con el anterior Código Disciplinario Único en el que el pliego acusatorio ataba, prácticamente, la decisión, sin que llegare a significar que lo dispuesto en el auto era el preludio ineludible de la resolución definitiva.”. Así mismo, señala que un acto de trámite no es susceptible de conculcar derechos fundamentales, porque no ha decidido o resuelto definitivamente la situación. Asegura que no transcribir el vocablo “preventivas” en la parte resolutive del auto de cargos, no tiene la magnitud para vulnerar el debido proceso, pues existen remedios procesales para corregir esa situación.

2. Segunda Instancia.

La sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004), revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Consideró esa Corporación, que en el presente caso le asistía razón al actor “en cuanto a que se hace necesaria la designación de un Procurador para su caso concreto que resuelva respecto de la decisión del Viceprocurador de no declararse impedido en el proceso disciplinario que se le adelanta, dado que la garantía de imparcialidad es necesaria para mantener incólume el derecho fundamental al debido proceso, así como para lograr la tranquilidad de quien desconfía de su investigador”. Aduce que de acuerdo a lo señalado en el artículo 29 Superior, “la persona investigada y su derecho deben respetarse y protegerse, sobre todo porque los hechos que endilga el recusante al Viceprocurador tienen que ver con la amistad que de vieja data pueda tener con el Procurador, con su familia y con la fallecida ex ministra de cultura”. Asegura que conforme a lo establecido en el artículo 88 de la ley 734 de 2002, en caso de impedimento del Procurador éste debe ser reemplazado por el Viceprocurador. Así mismo, señala que existe un vacío normativo para decidir sobre la recusación formulada al Viceprocurador, pero al respecto, el Consejo de Estado señala que debe realizarse en la forma establecida en el artículo 276 de la Carta. Por tal razón, señala que el Procurador Ad Hoc que elija el Senado, debe resolver sobre la recusación hecha al Viceprocurador, y en caso de encontrarla fundada, asumir su conocimiento. Por las anteriores

razones, el Consejo de Estado, resolvió tutelar el derecho al debido proceso del señor Luis María Acosta Oyuela y Ordenar al Viceprocurador General de la Nación, que de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa providencia, tomara las medidas pertinentes para que en el proceso disciplinario radicado con el No. 00276873-02, se nombre procurador Ad hoc, que resuelva respecto de la recusación allí formulada y si fuere el caso asumiera el conocimiento del proceso.

3. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

Por medio de auto del doce (12) de agosto de dos mil cuatro (2004), la Sala Novena ordenó oficiar a la Procuraduría General de la Nación, para que en informara si el seis (6) de octubre de dos mil tres (2003) fue proferido un comunicado suscrito por el Viceprocurador General de la Nación, relacionado con el proceso disciplinario seguido al Coronel Luis María Acosta Oyuela, y en caso de existir dicho comunicado, que enviara una copia del mismo. De igual forma, solicito que informara qué medidas se han tomado dentro del proceso disciplinario seguido al Coronel Luis María Acosta Oyuela.

El diecinueve (19) de agosto del año en curso, se recibió respuesta por parte del Viceprocurador General de la Nación, quien aportó un ejemplar del periódico "Procurando" No. 15 de noviembre de 2003, órgano oficial de la Procuraduría General de la Nación, donde aparece transcrito el comunicado de prensa que fue leído por el Viceprocurador, el 6 de octubre de 2003. Así mismo, envió copias del auto de apertura de investigación de octubre 3 de 2002, copia del pliego de cargos de septiembre 18 de 2003, Copia del auto que corrigió el pliego de cargos de diciembre 4 de 2003, copia del fallo del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, de febrero 12 de 2004 y copia del auto de marzo 2 de 2004, proferido por el Viceprocurador, donde se ordena dar cumplimiento a la tutela que amparó los derechos al debido proceso del señor Luis María Acosta Oyuela. Así mismo, informó que después de la orden impartida por el Consejo de Estado, "luego de más de cinco meses, el Senado de la República no ha designado al Procurador Ad-hoc".

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y los

artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo antes mencionado.

2. Asunto previo a resolver.

La Sala Dual, con base en lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 2591 en donde se dispone que “el juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal”, aceptó en ésta misma fecha la solicitud de impedimento propuesta por el citado Magistrado. Lo anterior, por cuanto dicha situación fáctica, está prevista en el artículo 99 del código de procedimiento penal como causal de impedimento.

3. Problemas jurídicos.

En el presente caso, a la Sala le corresponderá resolver los siguientes problemas jurídicos.

Deberá establecer si existió una vulneración al debido proceso del actor, por cuanto no fue acogida la recusación, que el actor asegura haber formulado al Viceprocurador General de la Nación. De igual forma, deberá establecer si fue vulnerado el principio de legalidad en el pliego de cargos proferido en contra del accionante, por la Viceprocuraduría General de la Nación. Para resolver los anteriores cuestionamientos, la Sala procederá de la siguiente manera. Primero, reiterará su jurisprudencia sobre el debido proceso y la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actuaciones dentro de un proceso disciplinario. Segundo, abordará las características propias de la recusación; tercero, reiterará su jurisprudencia sobre el principio de legalidad y cuarto, finalmente estudiará el caso concreto.

4. El derecho fundamental al debido proceso.

En el artículo 29 Superior, el constituyente dispuso que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” precisando así mismo que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Al respecto, esta Corporación en múltiples oportunidades, ha indicado que esa exigencia obliga a que tanto las autoridades judiciales como las administrativas, actúen respetando la secuencia de los actos previstos en la ley, pues su inobservancia puede ocasionar sanciones

legales de diverso género.¹

La Corte ha señalado que el debido proceso, ya sea judicial, disciplinario o administrativo, es un derecho con rango fundamental², establecido como una garantía para los asociados, que confiarán en que los actos del servidor público tienen como fundamento un proceso justo y adecuado. En la sentencia T - 1263 de 2001, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”

En este orden de ideas, la Corte ha señalado que la acción de tutela procede, cuando puede comprobarse una vulneración al debido proceso. Sin embargo, esta Corporación ha precisado que cuando la vulneración de los derechos fundamentales ha sido producida por medio de un acto administrativo, la procedencia de la acción de tutela tiene un carácter excepcional, dado que existen otros mecanismos de defensa judicial con los cuales cuenta el actor. En virtud de lo anterior, el análisis de la existencia de una vía de hecho en un acto administrativo, exige un análisis más intenso que el llevado a cabo cuando se analiza esa situación frente a una decisión judicial, por ejemplo. Sobre este punto, la Corte señaló en la sentencia T - 214 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) lo siguiente:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales³. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en

consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo⁴. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable” 5

Pero a su vez, esta Corporación también ha hecho énfasis en el carácter excepcional de la tutela, y en la rigurosidad en el análisis de la vía de hecho cometida. Sobre este punto, la Corte se pronunció en la sentencia T - 418 de 2003, en donde dijo lo siguiente:

“Ahora bien: es distinta la situación que debe examinar el juez de tutela cuando el amparo se solicita frente a una vía de hecho producida en una sentencia judicial, que cuando se invoca una vía de hecho en una decisión que no es judicial, como por ejemplo, en un proceso administrativo, disciplinario o fiscal.

En efecto, tratándose de una vía de hecho en una sentencia judicial, debidamente ejecutoriada, el juez de tutela debe considerar que si se reúnen las características constitucionales de la vía de hecho atrás mencionadas, eventualmente puede proferir el amparo correspondiente, por estar agotado para el afectado cualquier otro medio de defensa judicial, frente a una decisión judicial que, incuestionablemente, es producto del capricho o de la arbitrariedad del funcionario judicial.

Pero, si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de hecho en la decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva.” (Subrayado original)

Por tal razón, 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

reciente sentencia de ésta Sala, (T-737 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández) fueron recogidos los precedentes sobre la materia. Entre ellos, la Sala destacó los siguientes:

En la sentencia T - 262 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) 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 denegaría 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 irremediable⁷ 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.”

Así mismo, en la sentencia T - 743 de 2002, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), esta Sala estudió un caso en el cual una persona demandó al Gerente y al Jefe del Departamento Administrativo y Financiero de la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja “EDASABA E.S.P.”, por cuanto éstos le impusieron una sanción de tipo

disciplinario, vulnerando según su juicio, el principio de imparcialidad. La Sala denegaría el amparo, porque consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

“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.

(...)

no es de recibo para esta Corte el que las jurisdicciones, cualquiera de ellas, estén catalogadas permanentemente con peyorativos de muy lentas o muy prontas, por que ambos, también el último, constituyen distorsiones de la justicia que en nada avanzan en la plena búsqueda de la verdad de un proceso y del amparo de los derechos constitucionales. Lo que debe primar por el contrario, es el criterio de la idoneidad del medio creado propiamente para resolver un asunto, y de la finalidad subsidiaria y excepcionalidad de la acción de tutela.”

Por lo anterior, esta Corporación ha sido precisa en distinguir los distintos supuestos fácticos bajo los cuales procede la acción de tutela, cuando se alega la vulneración del debido proceso dentro de un proceso disciplinario, y en donde el sujeto investigado es un servidor público. Al respecto, ha señalado que es necesario establecer si en el mencionado proceso disciplinario, i) existe un acto administrativo definitivo del cual se pueda predicar la vulneración de los derechos fundamentales, o ii) si aún cuando no existe un acto administrativo definitivo, han sido proferidos actos de trámite dentro del proceso disciplinario, que afectan las garantías constitucionales.

En el primero de los eventos, la Corte ha establecido que un acto que pone fin a una actuación disciplinaria, puede incurrir en una vía de hecho, y dependiendo de las circunstancias propias del caso, posibilitar la interposición de la acción de tutela para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

De forma particular, sobre la procedencia de la acción de tutela frente a un acto administrativo que pone fin a un proceso disciplinario, la Corte señaló en la sentencia T-1104 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) lo siguiente:

“la Corte no ha puesto en duda la naturaleza administrativa del control disciplinario que se cumple dentro de la administración. Tampoco se ha negado la naturaleza administrativa de la función disciplinaria que realiza la Procuraduría o aquella que lleva a cabo el Consejo Superior de la Judicatura en relación con los empleados subalternos. En estos casos, ni la Constitución ni la ley, establecen un fuero que se predique de los servidores públicos. La naturaleza administrativa del acto disciplinario, en términos generales, responde aquí a la situación subordinada del servidor público y a la necesidad de que el ejercicio de la autoridad que a través de aquél se despliega pueda ser objeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”⁸. De esta manera, cuando una autoridad administrativa adopta una decisión que no se fundamenta en criterios jurídicos y objetivos sino en consideraciones caprichosas y manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico, incurre en una vía de hecho administrativa, en cuyo caso la Corte ha sostenido que se trata de una actuación que sólo en apariencia se asimila a un acto administrativo, pues en la realidad es un mero hecho material, con el resultado obvio de que carece de efectividad jurídica⁹.

Esta Corporación ha reiterado que las vías de hecho judiciales, pueden originarse en defectos de orden fáctico, sustantivo, orgánico o procedimental, lo cual es aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas.”

En el segundo de los eventos identificados, es decir, cuando si bien no existe un acto administrativo definitivo dentro de un proceso disciplinario, sí existen actos de trámite que han afectado las garantías constitucionales, esta Corporación ha aceptado también la aplicabilidad excepcional de la acción de tutela, pero ha sido más rigurosa aún en la estructuración de las subreglas que permitan concluir su procedencia. Lo anterior, por cuanto si bien los actos de trámite no son susceptibles de recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa, los errores en que posiblemente pudiera haberse incurrido, pueden ser subsanados dentro del trámite del proceso disciplinario y en caso de no ocurrir así, podrán ser alegados cuando el afectado decida hacer uso de la acción contencioso administrativa

contra el acto que imponga la sanción disciplinaria. En esa oportunidad, la jurisdicción contenciosa controlará al mismo tiempo tanto los actos de trámite como los actos definitivos que imponen la sanción. Además, es claro que con los actos de trámite o preparatorios, no está expresándose una voluntad definitiva, sino que se constituyen como un conjunto de actuaciones intermedias previas a la formación de la decisión que se plasmará en el acto final.

Por tales razones, la regla general aceptada por la jurisprudencia constitucional, es la improcedencia de la acción de tutela contra actos de trámite dentro de un proceso disciplinario. Así lo señaló la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-418 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en donde dijo lo siguiente:

“De acuerdo, también, con la amplia jurisprudencia de la Corte, la acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. De allí que la Corte ha señalado que no toda irregularidad en el trámite de un proceso constituye una vía de hecho amparable a través de esta acción. En la sentencia T-296 de 2000 se dijo :

“Para analizar cada uno de estos puntos, se tomará como parámetro la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la vía de hecho. Esta Corporación ha señalado que cuando en la acción de tutela se alega tal situación en relación con las distintas etapas de un proceso, o en la propia sentencia, la intervención del juez de tutela, por ser estrictamente excepcional, debe estar encaminada a determinar si a pesar de existir errores o faltas en los procesos, éstos pueden ser corregidos en el propio proceso, a través de los distintos mecanismos que prevé la ley. Es decir, si para su corrección se pueden proponer recursos, pedir nulidades, etc. En otras palabras, no toda irregularidad en el trámite de un proceso, o en la sentencia misma, constituye una vía de hecho amparable a través de la acción de tutela. Este rigor

para conceder la acción de tutela cuando se alegan vías de hecho, obedece al debido entendimiento del artículo 86 de la Constitución, en cuanto al carácter excepcional de la acción de tutela, su procedencia únicamente cuando no exista para el afectado otro medio de defensa judicial y por el respeto por la cosa juzgada por parte del juez constitucional.” (sentencia T-296 de 2000, MP, Alfredo Beltrán Sierra)

Estos criterios se reiteraron en la sentencia T-1021 de 2001.

Si las anteriores razones se exponen respecto de procesos judiciales, con mayor razón resulta improcedente la acción de tutela, cuando se trata de atacar, por la posible ocurrencia de una vía de hecho, actuaciones administrativas, disciplinarias o fiscales, según el caso, que se encuentran en trámite, pues, como se advirtió, no sólo pueden ser alegadas dentro del propio proceso, sino que, además, cuentan con la posibilidad de que una vez culminada esta actuación, el afectado puede interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sólo excepcionalmente, frente a un probado perjuicio irremediable, podría proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Entonces, resulta claro que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela contra procesos que no han culminado es improcedente, salvo frente a la existencia de un perjuicio irremediable debidamente probado, en virtud de la existencia de otro medio de defensa dentro del propio proceso. Y si se trata de procesos no judiciales : administrativos, disciplinarios o fiscales, el afectado cuenta, además, con la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, con posterioridad.” (Subrayado fuera de texto)

Con todo, la Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite, cuando puede observarse que ese acto, que tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación, y que se proyectará en la decisión final, ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

En estas situaciones, la tutela procederá de manera definitiva, para enderezar la situación ocasionada con dicho acto. Así lo precisó la Corte en la sentencia T-418 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en donde se estudió la procedencia de la acción de tutela contra un auto de formulación de cargos iniciado por la Procuraduría General de la Nación. Si bien,

la normatividad vigente en esa oportunidad es distinta a la que rige actualmente, las consideraciones allí plasmadas siguen siendo relevantes:

“El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquélla el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa.

Con miras a no obstaculizar el ejercicio del poder disciplinario, que tiende a asegurar la moralidad, la ética y la eficiencia en los servicios administrativos y la conducta recta de los servidores públicos, una providencia de esta naturaleza sólo es cuestionable por la vía de la tutela cuando en forma manifiesta se observe que el funcionario competente para adelantar el correspondiente proceso actuó de una manera abiertamente irrazonable, o desproporcionada, con abuso de sus funciones, de modo que su actuación desconozca los pilares en que sustenta el debido proceso, según la Constitución.

La acción de tutela lo que busca, como se advirtió en la providencia de la Corte, en parte transcrita, es la regularidad de la actuación con el fin de que se pueda llegar a la expedición válida del acto administrativo, sin desconocer los derechos fundamentales de los intervinientes en la actuación.”

En el presente caso, resulta claro que, si se dan los supuestos señalados, la acción de tutela procede para conjurar una posible vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del actor, ya sea frente a la omisión de tramitar el incidente de recusación, que el actor afirma haber interpuesto, e igualmente frente al auto en el cual la Viceprocuraduría formuló el pliego de cargos. Dado que en el caso subexamine, el demandante plantea precisamente una vulneración de sus derechos fundamentales en estos dos puntos, a saber: i) la recusación y ii) una vulneración al principio de legalidad en el pliego de cargos, esta Sala, antes de entrar a analizar de fondo el asunto, reiterará su jurisprudencia sobre estos temas.

5. Naturaleza Jurídica de la Recusación

Esta Corporación ha señalado que la actividad judicial esta gobernada, entre otros, por dos principios esenciales, a saber: la independencia y la imparcialidad. Al respecto, la Corte

señaló en la sentencia C-037/96, en donde efectuó la revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia” que “[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales” e igualmente señaló que la imparcialidad “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.”

Para hacer efectivos los principios mencionados, el ordenamiento jurídico ha previsto las figuras de los impedimentos y las recusaciones con las cuales tal y como se señaló en la sentencia C - 365 de 2000, se pretende “mantener la independencia e imparcialidad del funcionario judicial, quien por un acto voluntario o a petición de parte, debe apartarse del proceso que viene conociendo cuando se configura, para su caso específico, alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley.”

En esa misma decisión, la Corte señaló que éstas instituciones procesales, tiene igualmente su fundamento constitucional en el derecho al Debido Proceso “ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes”

En definitiva, tal y como ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina nacional, la figura del impedimento permite que un juez que conoce de un proceso, abandone la dirección de ese caso si considera que existen límites legales que le imposibilitan actuar con imparcialidad e independencia. E igualmente la recusación es una figura que opera a iniciativa de los sujetos procesales, quienes pueden acudir a ella cuando

el juez no acepta su falta de aptitud para conocer del caso objeto de examen.

Como fue señalado en la sentencia C-1061 de 200310 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), el ordenamiento jurídico ha previsto también las figuras de la recusación y los impedimentos en los procesos disciplinarios, con sus debidas particularidades, para garantizar también, que la actuación disciplinaria esté regida por los principios de imparcialidad y autonomía. Con anterioridad, en la sentencia C-1076 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en donde fue examinada la Constitucionalidad del artículo 88 de la ley 734 de 200211 la Sala Plena de esta Corporación precisó lo siguiente sobre la recusación y los impedimentos, que ésta Sala se permite citar en extenso:

“En la teoría del proceso, la institución de los impedimentos y de las recusaciones constituyen una garantía para quien acude ante la administración de justicia o para la persona que, en un momento determinado, en calidad de demandante o demandado o es sujeto de una investigación o juzgamiento penal o disciplinario. Por ende, lejos de vulnerar el derecho de defensa o el debido proceso, estamos en presencia de un mecanismo que protege el ejercicio de los mismos. Al respecto, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley....”.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza:

“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”

De tal suerte que la regulación procesal de los impedimentos y las recusaciones cuenta con un claro fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución. En tal sentido, en sentencia C-573/98 la Corte consideró que:

“El propósito de las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones consiste en asegurar la imparcialidad del juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en su caso específico, alguna de las causas taxativamente

señaladas en la ley. Esa imparcialidad se asegura cuando se deja en cabeza de funcionarios distintos -el que siga en turno al que se declara impedido o es recusado, o el del lugar más cercano, según la circunstancia (art. 105 Código de Procedimiento Penal), o los otros miembros de la sala o corporación en el caso de jueces colegiados- la definición acerca de si deben prosperar el impedimento invocado por el juez o la recusación presentada contra él. No estima la Corte que tal disposición -se repite que en lo relativo a recusaciones contra quien debe desatar la controversia que de lugar al incidente- vulnere el derecho a la igualdad entre las partes, por cuanto el incidente de recusación no dirime un conflicto entre ellas sino que resuelve acerca de la situación del juez dentro del proceso, justamente para garantizar su imparcialidad. No hay, por tanto, hipótesis susceptibles de comparación que permitan suponer que se discrimina o prefiere a alguna de las parte¹².

Posteriormente, sobre la misma materia, en sentencia C-365/00 esta Corporación consideró que:

“Estas instituciones, de naturaleza eminentemente procedimental, encuentran fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes¹³.”

Debe precisarse, sin embargo, que tanto en el ámbito de los procesos judiciales, como en el de los disciplinarios, los motivos por medio de los cuales puede acudir a la recusación o al impedimento, no están abandonados al libre arbitrio del juez, del funcionario público o de las partes intervinientes en un proceso, sino que por el contrario, éstos están previamente definidos en la ley de manera taxativa. Aunque resulta evidente que, en aquellos eventos en los cuales el trámite irregular de un impedimento o una recusación, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a los principios de independencia e imparcialidad, la acción de tutela procederá para amparar las garantías constitucionales involucradas.

En una reciente decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corporación, la Corte reiteró las características esenciales del principio de legalidad, señalando al respecto lo siguiente:

“Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva¹⁴. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”¹⁵.

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”¹⁶.”¹⁷

La Corte ha aclarado que la potestad sancionadora del Estado se manifiesta a través de formas diversas, que se diferencian entre sí por i) las materias reguladas y ii) la determinación de los sujetos o las sanciones consagradas. Así, ha precisado que debido a esas particularidades, que se manifiesta tanto en su aplicación como en los efectos que tiene sobre los asociados, el principio de legalidad tiene matices diferentes de acuerdo al tipo de derecho sancionador del cual se esté hablando. De esta manera, en la sentencia C-406 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se precisó que “el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la

libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador..”

Con todo, esta Corporación ha indicado que el respeto por el principio de legalidad es una garantía fundamental del derecho al debido proceso, el cual vincula a todas las autoridades del Estado. En efecto, en la sentencia T - 433 de 2002, la Corte dijo al respecto lo siguiente:

Desde un punto de vista objetivo, el principio de legalidad constituye uno de los fundamentos bajo los cuales está organizado constitucionalmente el ejercicio del poder en un Estado social de derecho. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, el respeto por el principio de legalidad constituye una garantía fundamental del derecho al debido proceso, que vincula a todas las autoridades del Estado y que se concreta en el respeto de los derechos adquiridos, de los procedimientos, y del derecho de defensa. En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes.”

En este orden de ideas, la acción de tutela será procedente para amparar el debido proceso, por vulneración del principio de legalidad, si puede probarse que ha sido tomada una decisión dentro de un procedimiento sancionador, sin que i) exista una ley previa que prevea la situación de que se trate o que ii) parta de una inadecuada e irrazonable subsunción de los hechos del caso al tipo previsto en la ley, de forma tal que se excedan las facultades discrecionales permitidas por la norma.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala abordará el estudio del caso concreto.

7. Caso concreto.

Como ha sido señalado en la identificación de los problemas jurídicos, el actor considera que fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto el Viceprocurador General de la Nación i) no acogió una petición de recusación que el actor asegura haber

formulado, y ii) por cuanto en el pliego de cargos proferido contra el accionante por parte de la Viceprocuraduría General de la Nación, fue vulnerado el principio de legalidad. Para resolver estos puntos, la Sala abordará cada uno de los temas de forma independiente.

7.1 Inexistencia de recusación.

Curiosamente en el caso de estudio se encuentran actuaciones equivocadas tanto del accionante como del Procurador General de la Nación, también del Viceprocurador e igualmente de parte del Consejo de Estado que en su fallo de tutela desconoció la normatividad vigente para aplicar dispositivos ya derogados en orden a determinar quien debe remplazar al jefe del Ministerio Público cuando se declara impedido.

En efecto, en el proceso disciplinario que se adelanta contra varios oficiales del ejército que intervinieron en el operativo militar en cuyo desarrollo perdió la vida la Exministra Consuelo Araujo Noguera, el Procurador General doctor Edgardo Maya Villazón se declaró impedido, habiendo asumido el conocimiento el Viceprocurador Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Durante la versión libre que rindió el Coronel Luis María Acosta Oyuela, este optó por “invitar” al funcionario últimamente citado, para que igualmente se declarara impedido. Y el Viceprocurador, no obstante argumentar la ausencia de formal recusación en su contra, consignó que no existía razón impeditiva de su parte, ordenando remitir las diligencias al Procurador Auxiliar; finalmente fue el propio Procurador General quien, por auto de 5 de marzo del 2003, decidió “pronunciarse” sobre el punto tratado, en el sentido de que si por razón del impedimento que le fue aceptado su inmediato colaborador actuaba en su reemplazo, “Su negativa a aceptar la recusación o a declararse impedido es una decisión que pone punto final al incidente”, puesto que el Procurador General de la Nación no tiene superior jerárquico.

El proceso disciplinario prosiguió bajo el conocimiento del Viceprocurador y cuando seis meses más tarde, el 18 de septiembre del 2003, el funcionario dictó auto de cargos contra los implicados, incluido el Coronel Luis María Acosta Oyuela, éste, con fecha 17 de octubre presentó demanda de tutela argumentando “violación al debido proceso y al principio de legalidad” en virtud del rechazo del Viceprocurador respecto de la “recusación”, y porque además el auto de cargo acusa errores sustanciales según el accionante.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la tutela mediante fallo de 10 de noviembre de 2003, pero el Consejo de Estado por vía de apelación decidió concederla, reconociendo que efectivamente en el proceso disciplinario se había producido violación del debido proceso, y dispuso que el Senado de la República era el llamado a designar Procurador Ad-hoc a fin de que decida “respecto de la recusación allí formulada”, contra el Viceprocurador.

Lo primero que se observa es que no existió recusación jurídicamente válida en cuanto al Viceprocurador doctor Gómez Pavajeau. Así corresponde afirmar en consideración a que la recusación no es una cuestión accesoria, tratable al capricho de quien quiera servirse de ella, sino que se trata de un incidente procesal de valor sustancial, como quiera que representa la neutralización del régimen legal de competencias para arrebatarle al funcionario, en determinado caso, el conocimiento que le corresponde, según la distribución del legislador. De ahí que los estatutos procedimentales señalen de manera expresa, el marco legal dentro del cual debe proponerse y decidirse la recusación.

El artículo 105 del Código de Procedimiento Penal se refiere de manera expresa a los “Requisitos y formas de la recusación”, para señalar que “se propondrá por escrito ante el funcionario judicial que conoce del asunto, acompañando las pruebas, cuando fuere posible, y exponiendo lo motivos en que se funde”. Igualmente conforme al Código Contencioso Administrativo “la recusación se propondrá por escrito ante el Juez, Magistrado o Consejero a quien se trate de separar del conocimiento del proceso con expresión de la causal legal y de los hechos en que se fundamente, acompañando las pruebas que se pretendan hacer valer”. (art, 1660-B. ART 52, Ley 446/98.); de acuerdo con el artículo 152 del C. de P. C., el incidente debe proponerse “ante el Juez de conocimiento o el Magistrado ponente”. Y de manera particular el Código Disciplinario Único vigente, Ley 734 del 2002, en su artículo 86 exige que “al escrito de recusación se acompañará la prueba en que funde”.

Bien se aprecia que en las diversas áreas del procedimiento, el legislador ha diseñado normas expresas y específicas, que con criterio de imperatividad contemplan el procedimiento que se debe cumplir, tanto por parte de quien formula la recusación, como en lo que respecta del funcionario recusado.

El accionante parece entender que el debido proceso es de obligada observancia únicamente

en relación con el funcionario que conoce del diligenciamiento, y alega que a los particulares no se les puede imponer la obligación de “utilizar de manera correcta los términos jurídicos apropiados”, en su propósito de “proteger nuestros derechos”; es decir, que se puede actuar conforme al personal criterio de cada cual, con menosprecio del orden jurídico.

El planteamiento no es correcto, porque no se trata de la selección de una expresión o de un vocablo, sino del acatamiento de normas que describen un procedimiento de obligada observancia por parte de quienes decidan acudir al mecanismo procesal de la recusación. Sin que pueda perderse de vista que en el caso particular del Coronel Acosta Oyuela, según se anota en el auto de cargos, ha contado con la permanente asistencia de la defensa técnica.

Inmodificable se ha mantenido la jurisprudencia de mucho tiempo atrás, en punto a precisar que la ley procedimental tiene previsto el fenómeno de la recusación, diseñado como el rechazo frontal y directo hacía el funcionario en los términos expresamente previstos, dentro de los cuales no se encuentra el mecanismo subsidiario de la “invitación” para que se declare impedido. Se trata es de que el sujeto procesal afirme la existencia del impedimento y exija en consecuencia la separación del funcionario frente al caso concreto.

En ese orden, tampoco al servidor público le está dado allanar el desconocimiento de la ley cuando, no obstante por no haber sido recusado en la forma correcta desde el punto de vista jurídico procesal, opta por pronunciarse sin estar obligado a ello.

Por lo demás, todos los textos legales reseñados dejan muy en claro que la recusación debe dirigirse de manera directa al funcionario que se recusa y por escrito, y en ningún caso en el curso de la diligencia de versión libre practicada por un comisionado. Lo anterior tiene por objeto asegurar la lealtad procesal de las partes, quienes asumen la responsabilidad por la iniciación del incidente de recusación, sin que sea admisible evadir esa responsabilidad por la vía de la invitación al funcionario investigador, a declararse impedido¹⁸.

Si como bien se ha visto no fue debidamente recusado el Viceprocurador, es decir sino existe recusación en estricto rigor jurídico, tampoco surge la necesidad de definir incidente sobre el particular, lo que significa que las diligencias deben continuar bajo el conocimiento del doctor Gómez Pavajeau, sin necesidad de que se decida sobre esa cuestión procedimental.

7.1.1. La causal de la recusación.

Con acierto la Sala del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se abstuvo de otorgar valor jurídico a los argumentos del accionante orientados a sustentar la recusación del Viceprocurador en el caso presente.

No basta la existencia de la relación de amistad para efectos del impedimento, sino que es necesario demostrar que dicho vínculo afectivo tiene tal fortaleza, como para desequilibrar la estabilidad emocional del juez al punto de neutralizar la garantía de su imparcialidad.

El Procurador General de la Nación estaba llamado a ser juez del proceso en ejercicio de las funciones propias de su cargo. Y si bien se declaró impedido por la atendible razón de haber sido el esposo de la señora Exministra Consuelo Araujo Noguera, quien falleció por motivo del operativo militar, en razón de esa situación no se le puede atribuir al alto funcionario interés inconfesable por una decisión contraria a la realidad procesal y al derecho.

El hecho de que sea el Procurador quien designa al Viceprocurador no constituye por si solo motivo de impedimento de éste último. Si se pretendiera que el nominado hipoteca su conciencia y decoro de funcionario público en favor del nominador, el esquema de la administración pública se desestabilizaría por completo, porque en todas las ramas del poder público se presentan situaciones como la que cuestiona el proponente de la tutela. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia eligen a los de los Tribunales Superiores y estos últimos a la vez a los jueces; los Magistrados del Consejo de Estado eligen a los de los Tribunales Administrativos Seccionales; el Consejo Superior de la Judicatura a los integrantes de los Consejos Seccionales, el Contralor al Subcontralor y demás servidores de la entidad, etc. En ese orden cabría la sospecha de ausencia de imparcialidad cuando alguna de esas corporaciones debe conocer de las decisiones de sus nominados porque bien puede especularse vínculo de amistad entre los Magistrados, compromiso por la designación y por lo tanto poca disposición para revisar imparcialmente lo resuelto por el amigo de la instancia superior o inferior.

No presenta el proponente de la acción hechos antecedentes llamados a demostrar sometimiento del juicio del Viceprocurador ante el del jefe del Ministerio Público y mucho menos razones que pudieran indicar comunidad de propósito para orientar el fallo hacía una conclusión determinada.

En cuanto al parentesco lejano del señor Viceprocurador con familiares de la víctima señora

Consuelo Araujo Noguera, el grado del mismo no corresponde al que la ley tiene señalado como determinante de causal de impedimento.

7.1.2. Procurador Ad-hoc.

La ley 2000 de 1995 en su inciso 4º tenía previsto que en caso de impedimento del Procurador General debía solicitarse al Senado la designación de Procurador Ad-hoc.

El Decreto legislativo 262 del 2000 que corresponde a la organización estructural del Procuraduría, en el artículo 17 contempla las funciones del Viceprocurador General y en el numeral 3º dispone “Reemplazar al Procurador General en todos los casos de impedimentos”. El artículo 88 del Código Disciplinario Único vigente (ley 734 del 2002) se refiere de manera específica a los casos de “Impedimento y recusación del Procurador General de la Nación”, y dispone: “Si el Procurador General de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria”.

Los dos textos legales tienen el valor de la especialidad, porque se refieren de manera específica a la forma como debe ser reemplazado el Procurador en casos de impedimento o recusación. De manera que la previsión de la Ley 200 de 1995 fue derogada de manera expresa tanto por el ejecutivo legislador, al definir la nueva estructura de la Procuraduría, como por parte del Congreso, con motivo de la aprobación de la nueva ley configurativa del Código Disciplinario Único, actualmente vigente.

La Corte Constitucional, frente al impedimento del Procurador para emitir conceptos de constitucionalidad, asigna el conocimiento al Viceprocurador. Resulta totalmente incoherente que una sea la forma de reemplazar al Procurador cuando se impide para conceptuar y otra en los procesos disciplinarios, cuando la ley no hace distinción alguna al respecto.

Los dos dispositivos, el de la Ley 262 del 2000 y la 734 del 2002 concurren en el propósito de que el impedimento del Procurador, se defina en todos los casos al interior de la misma institución, entre otras cosas, por la ingrata experiencia de varios procuradores Ad-hoc designados por el Congreso para cada caso de impedimento del jefe del Ministerio Público.

La adecuada interpretación de ese propósito del legislador, impone la conveniencia de que,

para evitar confusiones y especulaciones al declarar su impedimento, el Procurador designe coetáneamente al funcionario que habría de actuar como Viceprocurador si el titular de ésta oficina acepta su impedimento, en previsión de cualquier contingencia procesal que pudiera presentarse. Porque se debe tener en cuenta que impedido el jefe del Ministerio Público, el Viceprocurador asume las funciones de aquél y es necesario que para los fines del proceso respectivo, se mantenga la figura de un Viceprocurador designado provisionalmente.

En conclusión, no existió recusación jurídicamente procedente como para obligar al Viceprocurador a pronunciarse al respecto, por lo cual la actuación de este último no tiene valor procesal alguno; Si el impedimento del Procurador ya había sido aceptado, no podía emitir “pronunciamiento” alguno frente a lo resuelto por el Viceprocurador; los motivos esgrimidos para “invitar” al Viceprocurador a declararse impedido no constituyen causal atendible de impedimento; y, la decisión del Consejo de Estado en cuanto a la designación de Procurador Ad-hoc del caso desconoce la normatividad vigente sobre la materia, pretendiendo en cambio la aplicación de una disposición expresamente derogada por otras vigentes.

7.2. Inexistencia de vulneración al principio de legalidad.

Finalmente, para la Sala no pasa desapercibido, que el actor también reprocha que en el pliego de cargos existió una vulneración del principio de legalidad. Aduce que el Viceprocurador modificó la norma para adaptarla a los cuestionamientos que se le hacen, desviando su criterio como juzgador al quitarle al artículo 58 de la ley 836 de 2003, la expresión “preventivas”. Sin embargo, estas consideraciones no son tampoco de recibo por esta Sala.

En efecto, el numeral sexto del pliego de cargos proferido por el Despacho del Viceprocurador General de la Nación el 18 de septiembre de 2003, señala lo siguiente:

“Sexto: FORMULAR CARGOS contra el Coronel del Ejército Nacional LUIS MARÍA ACOSTA OYUELA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.181.590 de Suba (Cundinamarca), y demás condiciones civiles, personales y militares conocidas en el proceso, al haber sido encontrado presunto autor responsable de la falta GRAVÍSIMA descrita en el art. 56, numeral 19, del Decreto 1797 de 2000, y que actualmente contempla el art. 58, numeral 16, de la ley 836 de 2003 - Nuevo Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares-

referida a la conducta de NO ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PAR DESPLAZAMIENTOS DE TROPA BAJO SU MANDO, imputada a título de CULPA, de conformidad con lo expuesto en la motiva.”.

Sin embargo, esa omisión no afecta sustancialmente el pliego de cargos formulado al demandante, por cuanto de lo señalado en la parte motiva de la providencia, puede inferirse que la adecuación típica realizada en el pliego de cargos, tuvo como referencia el contenido normativo señalado en el Decreto 1797 de 2000, vigente para la época de los hechos, como lo ha precisado el Viceprocurador General de la Nación¹⁹.

En efecto, puede observarse que, luego de una pormenorizada descripción de los hechos ocurridos en la operación iniciada por el Ejército Nacional para rescatar a varios ciudadanos secuestrados, dentro de los que se encontraba la Exministra Consuelo Araujo Noguera, en la página 38 del citado pliego de cargos el Viceprocurador señala lo siguiente:

“Debe insistirse en que era total para el desarrollo conveniente y prudente de la misión, el que se hubieran previsto estas circunstancias y adoptado las medidas correspondientes tendientes a proveer a la tropa de las mejores condiciones para su avanzada, no empece (sic) lo cual se careció de tales elementos mínimos, sin que exista en este momento justificación atendible que desvirtúe la ilicitud sustancial de la infracción sopesada”.

Así mismo, en la página 47, se señaló también lo siguiente:

“Acorde con el análisis jurídico probatorio efectuado, la falta GRAVÍSIMA que establecía el art 56, numeral 19 del Decreto 1797 de 2000, y que actualmente contempla el art 58, numeral 16, de la Ley 836 de 2003, Nuevo Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares- referida en este caso a la conducta de no adoptar las medidas necesarias para desplazamientos de tropa bajo su mando, es atribuible al General GABRIEL EDUARDO CONTRERAS OCHOA, y a los Coroneles JOSÉ ELIAS MAHECHA CÁRDENAS y LUIS MARÍA ACOSTA OYUELA, a título de CULPA, pues se habrían omitido implementar todas las precauciones necesarias para el correcto desempeño de la misión y la adecuada movilidad de las tropas –elementos de protección contra el frío y buenas raciones-, no de manera deliberada sino por imprevisión de las circunstancias precisas en que ésta debió cumplirse” (Énfasis y negrillas originales. Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, de los documentos obrantes en el proceso, puede constatarse que el actor elevó incidente de nulidad contra el pliego de cargos, por las mismas razones aludidas en la acción de tutela. Dicho incidente fue denegado por el Viceprocurador General de la Nación, por cuanto consideró que, en efecto, esa omisión no tenía el carácter de sustancial exigido por el numeral 3 del artículo 143 del Código Disciplinario Único. A pesar de lo anterior, la Viceprocuraduría subsanó la omisión, corrigiendo el pliego de cargos proferido el 18 de septiembre, de la siguiente manera:

“segundo. CORREGIR el pliego de cargos del 18 de septiembre de 2003, en lo que se refiere al General GABRIEL EDUARDO CONTRERAS OCHOA, al Coronel JOSÉ ELIAS MAHECHA CARDENAS y al Coronel LUIS MARÍA ACOSTA OYUELA, aclarando que formalmente se les imputa la incursión en la falta disciplinaria consignada en el artículo 56, numeral 19 del Decreto 1797 de 2000, actualmente recogida en el artículo 58, numeral 16 de la ley 836 de 2003, consistente en “no adoptar las medidas preventivas necesarias para desplazamiento de tropa bajo su mando”

Bajo estas circunstancias, la Sala estima que tampoco existió en este punto, una vulneración al derecho al debido proceso del actor. En consecuencia, se procederá a revocar la decisión tomada en segunda instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado el doce (12) de febrero de dos mil cuatro. En su lugar, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del diez (10) de noviembre de dos mil tres (2003), que decidió denegar el amparo impetrado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR los términos suspendidos dentro del trámite de la presente acción de tutela

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004) que tuteló el derecho al debido proceso del

señor Luis María Acosta Oyuela. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del diez (10) de noviembre de dos mil tres (2003), que decidió DENEGAR el amparo impetrado.

Tercero. Por Secretaría, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 21591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME ARAUJO RENTERIA, no firma la presente sentencia, por haber sido aceptado su impedimento para intervenir en esta decisión.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

SECRETARIA GENERAL

1 T - 550 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la sentencia T-484 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 Al respecto puede consultarse la sentencia C - 597 de 2003

3 En la SU-544 de 2001, esta Corporación indicó: “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho”

4 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-045 de 1993, T-480 de 1993, T-554 de 1993, T-142 de 1995

5 Pueden Consultarse, entre otras, las sentencias T-468 de 1992, T-145 de 1993, T-225 de 1993, SU- 1193 de 2000, T-751 de 2001.

6 Cf. Sentencia T-433 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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

8 Sentencia T-594 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

9 Ver, entre otras, las sentencias las sentencias T-590 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-086 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). La Sentencia T-662 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre otras, negó una tutela en la cual se alegaba la existencia de una vía de hecho en un proceso disciplinario.

10 En esta oportunidad, la Corte examinó la constitucionalidad del numeral 32 parcial del artículo 34 y contra el párrafo 3° del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, que disponían lo

siguiente: “”Art. 76 Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una entidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados. En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo la disposición legal contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servicio público de primera instancia.

Parágrafo 1o. La oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Parágrafo 3°. Donde no se hayan implementado oficinas de control intemo disciplinario, el competente será el superior del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél”.

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: (...)

32. Implementar el control interno disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.”

11 Artículo 88 de la ley 734 de 2002: “Si el Procurador General de la Nación se declara

impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria.”

12 Corte Constitucional, sentencia del 14 de Octubre de 1998, C-573/98, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 110 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal). Actor: Henry Chingate Hernandez. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Corte Constitucional, sentencia del 29 de marzo de 2000. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 149, 150 (parcial) y 151 del Código de Procedimiento Civil y 22 de la Ley 446 de 1998, C-365/00. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

14 Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003

15 C-597 de 1996

16 Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

17 Sentencia C - 406 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

19 Este contenido normativo sería igualmente contemplado en la ley 836 de 2003 -Nuevo Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.