

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 23 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 29 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 30 / CONVENCION DE VIENA - ARTICULO 31 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 278 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 323 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 / DECRETO 1421 DE 1993 - ARTICULO 44 / DECRETO 262 DE 2000 - ARTICULO 7 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 44 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 45 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 46 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 48 NUMERAL 31 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 48 NUMERAL 37 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 48 NUMERAL 60 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 172 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 182 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 183 / LEY 1285 DE 2009 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 137 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - TITULO V CAPITULO XI

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06871-01

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

No habiendo sido aprobado el proyecto de decisión inicialmente presentado a la Sala, se procede a la elaboración de uno nuevo, así:

Decide la Sala la impugnación interpuesta a través de apoderado, por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO contra la providencia de 17 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre, los cuales considera vulnerados por la Procuraduría General de la Nación.

Pretende que mediante la providencia que resuelva la presente acción, se deje sin efecto el acto proferido dentro del expediente disciplinario No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, por medio del cual se le sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, así como de aquel que resuelva el recurso de reposición contra el mismo, en caso de serle desfavorable.

En subsidio, solicita se le conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interpone y decide la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la suspensión tanto del acto con sanción disciplinaria como de la eventual decisión que desate el recurso de reposición, en caso de que le sea desfavorable.

Como consecuencia de lo anterior, que se le garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de elegir y ser elegido.

Las anteriores pretensiones las fundamenta en los siguientes hechos:

A GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital, la Procuraduría General de la Nación le adelantó el proceso disciplinario cuyo expediente fue radicado con el No. IUS-2012-447489 IUC-D2013-661-576188, en virtud del cual le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de quince (15) años.

En el pliego de cargos dictado en desarrollo de dicho proceso, se le formularon tres cargos, así:

1) El haber incurrido en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, a título de dolo, por:

“Haber tomado la decisión para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conlleva que el Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.

El anterior cargo, se le endilgó en calidad de determinador, es decir, que instigó o determinó al Director de la UAESP y a los Gerentes de la EAAB y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., a celebrar contratos sin el lleno de los requisitos legales.

2) El haber incurrido en la falta gravísima contemplada en el numeral 60 del artículo 48 del C.D.U., la cual se le imputa a título de dolo, por lo siguiente:

Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.

3) Incurrir en la conducta señalada en el numeral 37 del artículo 48 del Código Único Disciplinario, a título de culpa, por lo siguiente:

Haber expedido el Decreto 570 del 12 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un “riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente”.

Afirma el actor que el pliego de cargos está permeado por un fuerte y evidente prejuzgamiento que se advirtió en los descargos y se remarcó en los alegatos de conclusión, al señalarse por parte de la Procuraduría, como afirmación y de manera

absoluta, mas no en forma de hipótesis a probar, que el actor definitivamente había cometido las faltas disciplinarias.

Dentro de la investigación presentó los descargos con los que demostró la legalidad de su comportamiento, básicamente, que nunca solicitó o indujo conductas contrarias al ordenamiento legal, por el contrario, lo que pretendió con las decisiones tomadas y que en el proceso disciplinario se cuestiona, fue atender la orden de la Corte Constitucional de incluir a los recicladores en el ciclo de recolección y disposición de basuras, garantizar la prestación del servicio de aseo y propender por la protección del medio ambiente sano.

Para el efecto, aportó y solicitó pruebas, de las cuales fueron negadas varias, que afirma, son fundamentales para el pleno ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, decisión que a pesar de haber sido recurrida nunca fue corregida.

En la versión libre rindió las explicaciones sobre su conducta, presentó en tiempo los alegatos de conclusión, en los que demostró que no se encontraba dentro de las causales legales exigidas para ser sancionado.

A pesar de lo anterior, el 9 de diciembre del año 2013, los medios registraron que el Procurador General de la Nación, leyó un comunicado de prensa en el cual expresaba que esa Entidad había llegado a la certeza de la comisión de las faltas imputadas en el pliego de cargos y que por ello se había hecho acreedor a la sanción ya señalada.

Por lo expuesto, considera que existe una grave y evidente violación de sus derechos fundamentales.

Concepto de violación de los derechos fundamentales

El actor afirma vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al ejercicio de sus derechos políticos, por lo siguiente:

Derecho al debido proceso

Manifiesta que este derecho le fue vulnerado, al quebrantar la presunción de inocencia y el principio de imparcialidad, pues no se demostró violación a sus deberes funcionales esenciales, la ilicitud sustancial, la culpa grave, ni el dolo, a lo que suma el hecho de que desde el pliego de cargos, no se dan como presuntos los hechos por los que se le investiga, se les tiene como probados.

La evidente ausencia de tipicidad e inexistencia del dolo en la conducta a que se refiere el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario, pues no existe prueba con la cual demuestre que exigió, influenció, solicitó, ordenó o instruyó al Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos ni a los Gerentes de la EAAB y Aguas de Bogotá, S.A., para actuar por fuera del ordenamiento jurídico. Por el contrario, sí existe prueba de que las decisiones se adoptaron luego de varios meses de análisis y con fundamento en estudios.

El principio de descentralización administrativa fue desechado, al desconocer que tanto la UAESP, la EAAB y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. gozan de autonomía, ejercen con exclusividad sus funciones, competencias y atribuciones, por lo que pueden responder directamente por sus decisiones.

La conducta que se le atribuye en relación con el numeral 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a título de dolo, no se tipifica, pues no es cierto que se haya implementado con el Decreto 564 de 2012 un nuevo modelo de aseo para la ciudad, ni que los artículos 6, 8 y 9 vulneren el principio constitucional a la libre empresa y competencia.

Dicho decreto no fue dictado con el propósito de impedir la libre competencia, pues el único fin fue dar cumplimiento a la providencia de la Corte Constitucional que ordenó incluir a la población recicladora, acatar el protocolo de kyoto y al programa basuras cero.

En este punto, afirma, no se valoraron las pruebas aportadas sobre la prestación del servicio de aseo que requiere la ciudad de Bogotá, ni el fenómeno descreme del mercado consistente en que los operadores privados solo quieren prestar los servicios en los estratos 4, 5 y 6 por su rentabilidad, dejando sin este a la población más vulnerable.

En relación con la falta descrita en el numeral 37 del artículo 48 de la ley 734 de 2012 que se afirma cometida a título de culpa gravísima, alega falta de tipicidad y de la culpa endilgada, por cuanto el Decreto 570 de 2012, fue expedido en uso de las facultades constitucionales y legales y para adoptar medidas de mitigación de impacto ambiental. No obstante, consideró la Procuraduría que el uso de volquetas contrariaba los artículos 41 del Decreto 948 de 1995 y 49 del Decreto 1713 de 2002, normas que no contemplan ninguna prohibición respecto de los vehículos a usar para la recolección de basuras. Concluye que los únicos impactos detectados fueron el visual y los malos olores, que no generan riesgo para la salud, ni al medio ambiente, ni a los ecosistemas.

Derechos políticos

Estima quebrantados sus derechos políticos por desacato al bloque de constitucionalidad y en la falta de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior, por cuanto de conformidad con el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972, solamente las sentencias judiciales ejecutoriadas dentro de un proceso penal, pueden restringir, limitar o suspender el ejercicio de derechos políticos.

Si bien es posible que la inhabilitación permanente o transitoria de los derechos políticos provenga de una fuente diferente a la penal, ello solo puede darse dentro de un ambiente en el que exista plena vigencia del debido proceso y del derecho de defensa, garantizada por un funcionario autónomo e imparcial, características propias de la jurisdicción. En el presente asunto ni el Procurador ni los delegados ostentan jurisdicción para decidir la responsabilidad disciplinaria del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., y en consecuencia son incompetentes para imponer sanciones que limiten, restrinjan o suspendan sus derechos.

*La decisión disciplinaria contiene defectos fácticos y sustantivos. Los primeros, por cuanto desconoció pruebas obrantes en el proceso, que de haberse tenido en cuenta hubieran conducido a una decisión diferente y los segundos, por el desconocimiento del principio **pro homine**, que implicó la consecuente violación de derechos*

fundamentales puesto que existe expresa normatividad y jurisprudencia tanto nacional como internacional, que permite una interpretación más favorable al investigado.

Expresa que no dispone de otro medio de defensa eficaz de carácter ordinario para reprochar la decisión acusada, toda vez que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por carecer de informalidad y rapidez, no es efectiva, teniendo en cuenta que su periodo como alcalde termina en el año 2016.

En su caso, afirma, se evidencia un perjuicio irremediable consistente en que se le endilga un supuesto comportamiento irregular y se le impone una gravísima sanción que empaña su imagen como persona y servidor público honesto y sin tacha, cuando la presunta infracción a las normas jurídicas no existió.

Por último, afirma que de conformidad con lo señalado por el artículo 323 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002, en los casos señalados taxativamente por la Ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde Mayor cuando así lo haya solicitado el Procurador General de la Nación, disposición que fue desconocida al decidir el Procurador destituirlo sin tener en cuenta que quien tiene la competencia disciplinaria es el Presidente de la República, con lo cual se le vulneraron sus derechos al debido proceso y políticos.

Adición al escrito de acción de tutela

El 13 de enero de 2014, el apoderado del actor adicionó el escrito de acción de tutela, para afirmar que la actuación acusada quebranta el preámbulo de la Constitución Política y los artículos 1º y 3º, según los cuales, la soberanía reside en el pueblo y por tanto no es mediante una sanción administrativa que se separa del cargo a un servidor elegido popularmente, sino mediante la revocatoria del mandato.

Reitera que los tratados y convenios ratificados por Colombia en los que se reconocen derechos humanos y que prohíben la limitación en los estados de excepción, conforman con la propia Constitución un bloque, al que la legalidad no puede contrariar. De ese bloque de constitucionalidad hace parte la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 23 resultó infringido por la actuación de la Procuraduría.

INFORME DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación, por medio de su apoderado, luego de expresar que el acto administrativo que dio origen a la presente acción no se encuentra en firme, solicita se rechace por improcedente la tutela solicitada, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, pone de presente que el actor se ha dedicado en el escrito a plasmar apreciaciones que más bien constituyen un argumento de defensa al interior del proceso disciplinario y no temas que deban ser objeto de resolución por parte del juez constitucional.

El argumento de la indebida notificación no tiene fundamento, puesto que dicha actuación procesal se está surtiendo desde el momento de la expedición de la decisión disciplinaria, trámite que se encuentra en curso conforme a las reglas señaladas en el artículo 107 del Código Único Disciplinario, vencido el cual, se procederá a la fijación del edicto.

La decisión es susceptible de recurso de reposición dentro del proceso, el cual no puede desconocerse ni menospreciarse, salvo que decida no acudir a él una vez se le notifique la decisión sancionatoria, la que una vez en firme, cuenta igualmente con la garantía adicional del medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural para revisar las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, razón de más para considerar la acción de tutela como improcedente.

En relación con el perjuicio irremediable afirma que en el presente asunto no se configura, en primer lugar porque el acto administrativo no ha cobrado fuerza ejecutoria y en segundo término porque no probó la existencia de una amenaza concreta y fehaciente contra algún derecho fundamental, pues se limita a transcribir apartes jurisprudenciales que lo definen.

De otra parte, el pliego de cargos se encuentra en consonancia con la naturaleza jurídica y los elementos constitutivos de dicha decisión consagrados en el artículo 163 del Código Disciplinario Único, entre los que se encuentran que se precise la

conducta, se señalen las pruebas que la sustentan, la identificación del actor y la forma de culpabilidad, lo cual en ningún momento constituye prejuzgamiento.

Luego de efectuar un recuento de las actuaciones surtidas en el trámite del proceso disciplinario, afirma que la decisión de única instancia concluyó que las determinaciones del señor Alcalde Mayor provocaron la crisis y el caos en el mes de diciembre de 2012, la incorrecta prestación del servicio de aseo por la utilización de volquetas hasta el mes de julio de 2013 y el riesgo actual de que los vehículos compactadores que adquirió la ciudad estén a punto de perderse, todo ello atribuible a la manifiesta incapacidad del Acueducto de Bogotá y la Empresa Aguas de Bogotá. Igualmente, se probó que las decisiones del Alcalde vulneraron el principio de libertad de empresa y que pusieron en riesgo el medio ambiente y la salud humana de los habitantes de Bogotá.

Lo anterior dio lugar a que se le impusiera la sanción de destitución del cargo y la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, conforme a lo establecido en los artículos 44 a 46 y 37 del Código Único Disciplinario.

Las alegaciones sobre la manera como la Procuraduría General de la Nación resolvió declarar probados los cargos, y la adopción de la sanción disciplinaria son una serie de creaciones sin sustento, pues aún no conoce la decisión por no haberse notificado del fallo.

La actuación de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia de la Función Pública tiene fundamento en el artículo 277 de la Constitución Política y se encuentra desarrollada en el artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000 y tiene como finalidad propender por el buen ejercicio de la función pública y las garantías que debe brindar a los ciudadanos.

Sobre la alegación del actor, según la cual se le está juzgando dos veces por los mismos hechos y que se trata de un asunto de libertad de empresa y por lo tanto su estudio corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, informa la entidad demandada que tal situación fue resuelta en el trámite disciplinario, razón por la cual solicita que se dé aplicación a la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que no es posible alegar por vía constitucional situaciones que ya están resueltas y

que posteriormente serán objeto de estudio por el juez administrativo como juzgador natural de este tipo de actos.

En relación con la alegada falta de competencia por parte de la Procuraduría General de la Nación para disciplinarlo, por ser un Alcalde electo por voto popular, fundamentada en el artículo 23 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicho argumento fue presentado como solicitud de nulidad y fue resuelto por la Sala Disciplinaria, ratificando su competencia, con fundamento en que la Constitución Política de Colombia de ninguna manera se opone al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, pues el artículo 30 de éste, permite que las leyes nacionales prescriban restricciones al ejercicio de los derechos y libertades siempre que lo hagan atendiendo a razones de interés general, tal como lo reconoce la sentencia C-028 de 2006.

El 13 de enero de 2014, la Procuraduría adicionó el anterior informe en el sentido de señalar que el actor ha seguido actuando en defensa de sus intereses y para el efecto, acudió el 19 de diciembre de 2013 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitando medidas cautelares, el 31 de diciembre de 2013 recusó al Procurador General de la Nación, a la Viceprocuradora y a los miembros que componen la Sala Disciplinaria de la entidad y en la misma fecha presentó recurso de reposición con solicitud de pruebas contra el acto sancionatorio.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó por improcedente la acción de tutela, con fundamento en los siguientes argumentos:

Luego de examinar y encontrar cumplidos los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela referidos a la relevancia constitucional, el agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, el principio de inmediatez, etc., continuó con el estudio para determinar si se configuraba alguno de los defectos o fallas graves que hacen procedente la acción contra providencias judiciales, es decir, si existe alguna actuación defectuosa susceptible de ser reparada por el juez constitucional, así:

Defecto orgánico. Considera el actor que el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, radican la competencia para su destitución en un juez penal, conforme a lo aceptado por Colombia en materia de tratados.

No obstante, lo anterior, el artículo 277 de la Constitución señala que el Procurador Delegado por sí o por medio de sus agentes tiene la función de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular, adelantar las correspondientes investigaciones e imponer las respectivas sanciones conforme con la Ley.

Los alcances de la anterior disposición fueron estudiados por la Corte Constitucional y, en sentencia C-222 del 14 de abril de 1999 llegó a la conclusión de que la Carta para atribuir tales funciones acogió el criterio material, es decir, el desempeño de la función pública, independientemente de la calidad del sujeto que la ejerza, razón por la cual la función de vigilancia se extiende, incluso, a los cargos de elección popular.

A su turno, el Decreto 262 de 2000, en el artículo 7, numeral 22, establece como función del procurador la de conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten, entre otros, contra el Alcalde Mayor de Bogotá, por faltas cometidas antes o durante el ejercicio del cargo y en este último caso, aunque lo haya dejado de ejercer, función que al tenor de la misma normatividad podía ser objeto de delegación.

Dicha facultad sancionadora en relación con los cargos de elección popular, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, fue estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C-028 de 2006, en la que concluyó que la facultad otorgada por el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni al artículo 23 del pacto de San José de Costa Rica.

La anterior posición fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia SU-712 de 2013, en la que reafirmó que los servidores electos mediante voto popular son sujetos disciplinables por la Procuraduría General de la Nación.

Por las razones expuestas consideró que no se configuraba el defecto orgánico.

*En cuanto al **defecto procedimental absoluto**, luego de hacer un recuento de todas las actuaciones surtidas dentro del proceso disciplinario, concluyó que se cumplieron adecuada y cuidadosamente todas las etapas, por lo que dicho defecto no se estructura. Observó igualmente que al disciplinado se le garantizó el derecho de defensa y contradicción, del cual hizo uso ampliamente, interponiendo recursos, nulidades y solicitudes que le fueron resueltas por la Procuraduría General de la Nación.*

***Sobre el defecto fáctico**, afirma el Tribunal, no corresponde al juez de tutela contrarrestar el valor probatorio que el juez de la causa otorgue a las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, por cuanto ello corresponde al ámbito de la sana crítica.*

La intervención por vía de tutela solo puede darse en casos en que se compruebe un arbitrario desconocimiento de alguna prueba solicitada o aportada oportunamente o cuando dentro del trámite de la acción de amparo se logre demostrar la existencia de una prueba de tal trascendencia que de haber sido analizada habría cambiado el rumbo del proceso y la decisión y aunque la parte actora se refirió genéricamente a que no le fueron valoradas debidamente unas pruebas, sin desarrollo argumentativo o probatorio que evidencie la trascendencia de las mismas en la decisión, procedió a hacer una relación de las pruebas solicitadas por el actor y su apoderado y se refirió al acto de decreto de pruebas, para concluir que no se configuraba el defecto fáctico.

No basta, señala el Tribunal, con identificar el defecto, sino que es necesario ofrecer el sustento probatorio suficiente para que el juez de tutela adquiriera certeza sobre la necesidad de amparar los derechos del solicitante, supuesto que no se logró acreditar, por cuanto la inconformidad se da respecto de la valoración realizada por la demandada, con lo que a juicio del actor debe decirse de los medios que militan en el expediente, pero sin que se configure algún defecto que constituya vía de hecho.

Por último, en relación con la negativa al decreto de las pruebas solicitadas el 31 de diciembre de 2013, no se evidencia vulneración alguna, puesto que dicha decisión no fue arbitraria en consideración a que no se trataba de prueba sobreviniente y se entrevió la intención de seguir debatiendo nuevamente los mismos hechos.

En lo que tiene que ver con el **defecto material o sustantivo**, el a-quo encontró que la decisión materia de la acción de tutela se encuentra sustentada principalmente en disposiciones del Código Único Disciplinario, norma que se encuentra vigente y también se hace referencia a otro tipo de Leyes como el Estatuto de Contratación, la Ley 142 de 1994 y los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002, de los cuales no se advierte una interpretación arbitraria o caprichosa y tampoco se presenta una evidente contradicción entre los fundamentos que constituyen la parte motiva de la providencia y la decisión que finalmente tomó la Procuraduría General de la Nación.

Encontró el Tribunal que el actor fue sancionado por tres cargos, así:

El primero fue imputado, conforme al artículo 48 numeral 31 del Código Disciplinario Único que señala como falta gravísima la de “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, con detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

Correspondió la falta disciplinaria a la “determinación” que el actor hizo a los directores de las entidades del Distrito, entre ellas la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, para que estas dos últimas asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, mediante la suscripción de los contratos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre del mismo año, destacando, que si bien el Alcalde Mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los dos contratos interadministrativos, sí es cierto, que en una estructura administrativa intervienen un sinnúmero de funcionarios, todos ellos cumpliendo determinados roles que le son asignados, con la particularidad de que las funciones se ejercen en la dirección de lo ordenado por los respectivos superiores. La decisión, en este caso, estaba en cabeza del Alcalde Mayor, quien además fungía como miembro de la Junta Directiva de la EAAB.

Todos los medios de prueba acreditaron que fue el Alcalde Mayor quien tomó la decisión y que este podía incidir en las actuaciones de las entidades descentralizadas, por cuanto es su función nombrar al Director o Gerente de esas entidades y ejercer sobre ellas el control de tutela.

El calificativo de determinador fue definido en el pliego de cargos. Además la conducta se encuentra tipificada como falta gravísima y el estudio de culpabilidad dio como resultado que la misma se cometió a título de dolo.

El segundo cargo fue imputado conforme al numeral 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que textualmente señala “ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.

Lo anterior, por cuanto expidió el Decreto 564 de 2012, por medio del cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiendo que otras empresas prestaran a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la capital.

Al definir el cargo, la Procuraduría acudió al artículo 333 de la Constitución Política, según el cual, el Estado debe garantizar la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado y agregó que si bien una de las finalidades del Estado es garantizar la eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, también lo es que debe respetarse el principio de libertad de empresa en la prestación de los mismos, puesto que no son excluyentes y ninguno de ellos se cumplió con la expedición del Decreto 564 de 2012.

En relación con la afirmación del actor en el sentido de que si se aplicara el régimen de libre competencia no tendría razón de ser la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, consideró la Procuraduría que no era cierta si se tiene en cuenta que dicha entidad, debía continuar con su labor de garantizar la calidad del servicio y de observar que la aplicación de tarifas y subsidios se hiciera de forma adecuada, en síntesis, tendría que cumplir funciones de inspección, vigilancia y control.

Con la entrada en vigencia del Decreto 564 de 2012, concluyó la Procuraduría, se imposibilitó la libre competencia, ya que a partir de la entrada del nuevo modelo de prestación del servicio de aseo, todo el manejo y la responsabilidad de este servicio pasó a manos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la única posibilidad para que participaran los operadores privados, fue por la vía de la

subcontratación con la UAESP y ello porque el operador público fue incapaz de asumir la operación en la ciudad ciento por ciento.

La expedición de dicho decreto no tuvo ninguna relación con el cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional a favor de la población recicladora, por cuanto ello no dependía de la adopción de un modelo diferente.

El tercer cargo fue imputado conforme al numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volqueta, con el fin de garantizar la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar los eventuales impactos ambientales sanitarios, pues dicha autorización violó disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente y originó un grave riesgo para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.

Al momento de resolver el referido cargo, la Procuraduría General de la Nación indicó que el ejercicio de las funciones y la adopción de las medidas de protección del medio ambiente por parte del Alcalde, tienen que cumplirse dentro del marco legal y reglamentario y al momento de expedir el Decreto 570 de 2012, que permitió la utilización de volquetas en reemplazo de vehículos compactadores, generó una situación que no se encontraba dentro del mismo, en virtud a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 948 de 1995 y 49 del Decreto 1713 de 2002.

Lo anterior por cuanto se generó un grave riesgo para la salud humana y para el medio ambiente, toda vez que autorizó la utilización de vehículos volquetas, para la prestación del servicio de aseo, desconociendo las normas reglamentarias sobre la materia, al dejar de recogerse los días 18 a 20 de diciembre entre 6000 y 9000 toneladas de residuos sólidos.

La conducta investigada, afirma el Tribunal, fue claramente definida en el pliego de cargos y compromete la responsabilidad del actor, además de que se encuentra tipificada como falta disciplinaria gravísima y el análisis de culpabilidad dio como resultado que la misma se cometió a título de culpa gravísima.

Si bien las conductas constitutivas de falta disciplinaria se refieren a la implementación de una política pública por parte del Alcalde Mayor, la cual en principio no puede ser objeto de investigación por ningún órgano de control, consideró el Tribunal que lo que se cuestionó dentro del proceso fue la forma o manera como se ejecutó dicha política, cuyos resultados, sin lugar a dudas, pueden ser constitutivos de falta disciplinaria.

Es una de las funciones del Alcalde expedir los actos administrativos que considere necesarios para llevar a cabo su plan de gobierno, pero si con ellos atenta contra bienes jurídicos protegidos es posible que se configure una conducta cuestionable susceptible de ser investigada por la Procuraduría General de la Nación.

A continuación se refiere el Tribunal al principio pro homine, el cual impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos, para advertir que cuando los mismos hechos están regulados en dos tipos disciplinarios, se debe preferir el menos gravoso, siempre que la conducta encuadre perfectamente en cualquiera de las dos faltas. Lo anterior, también se desprende del principio constitucional de favorabilidad.

En el presente asunto, al actor se le sancionó por la comisión de tres faltas calificadas como gravísimas, sin que ninguna de ellas coincida de manera exacta con alguna de las causales constitutivas de incumplimiento de los deberes o violación al régimen de inhabilidades, razón por la cual no hay lugar a la aplicación del principio mencionado.

Concluye que no se observa que el acto sancionatorio haya incurrido en un defecto sustantivo.

Los cargos de error inducido, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente, no los encontró demostrados.

*En lo que tiene que ver con el cargo de **violación directa de la Constitución**, examinó el Tribunal si la decisión de la Procuraduría resultaba violatoria del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual en todas las actuaciones se deben*

respetar las garantías propias del derecho al debido proceso, las cuales deben ser observadas tanto en los procesos judiciales como en las actuaciones administrativas.

El apoderado del actor sostuvo que no es posible considerar que el funcionario público que diera una orden o una instrucción hubiera incurrido en falta disciplinaria, puesto que la orden estaba dada dentro del marco legal.

La Procuraduría, en relación con este punto, señaló en su decisión que lo que el actor denominó como fijar políticas, directrices u orientaciones es lo que conforme a las pruebas obrantes en la actuación corresponde a la decisión del alcalde mayor de Bogotá, de que las empresas del Distrito, debían asumir la prestación del servicio de aseo y de implementar un nuevo modelo de aseo en la ciudad de Bogotá, la cual obviamente se materializó con la suscripción de los convenios interadministrativos celebrados entre las entidades del Distrito Capital.

Afirma la Procuraduría que el reproche realizado contra el actor, consiste en que con operador nuevo o uno ya creado, se haya asignado el manejo y la prestación del servicio de aseo en una ciudad como la capital de la república a una entidad carente de la experiencia y capacidad para asumir dicha responsabilidad.

No consideró de recibo el argumento de que la única finalidad era dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional de garantizar los derechos de la población recicladora, por cuanto la implementación de un nuevo modelo no era la única manera de cumplir lo ordenado, dicha orden no estaba sujeta a la adopción de uno u otro esquema y la posibilidad de incluir a personas dedicadas al reciclaje no es excluyente con ningún modelo de prestación de servicio.

Las noticias registradas en los medios de comunicación, afirma el actor, no son medios de prueba idóneos, sin embargo, la Procuraduría General de la Nación consideró que ellas fueron un elemento adicional.

Las manifestaciones hechas por la Procuraduría General en el pliego de cargos, las considera el actor como una intrusión en la autonomía de la entidad territorial, tema sobre el cual dicha entidad arguyó que el funcionario administrativo tiene un margen de interpretación razonable conforme a lo establecido en la Constitución y en la Ley, lo cual no significa que se puedan desconocer cuestiones básicas de la función

administrativa, en especial, tratándose de reglas contractuales, constitucionales y de medio ambiente.

Consideró el Ministerio Público igualmente, que los asuntos relacionados con la presente actuación disciplinaria, no tienen regulación precisa y concreta, pues los contratos interadministrativos los deben suscribir las autoridades con entidades que tengan la experiencia y capacidad mínima requerida para cumplir con las obligaciones derivadas con dicho acuerdo de voluntades como lo dispone el estatuto de contratación. Por su parte, el principio de libertad de empresa es de orden constitucional y de ineludible cumplimiento.

Analizó igualmente la decisión de la procuraduría, las causales de exclusión de la responsabilidad, sin embargo, con la decisión de asignar el servicio de aseo a unas entidades del Distrito sin experiencia y sin capacidad no se garantizó su correcta prestación, sino que se generó una grave crisis y en los meses posteriores se mantuvo una deficiente prestación del servicio, mientras el operador se vio obligado a seguir utilizando vehículos tipo volqueta.

No encontró tampoco relación entre las órdenes dadas por la Corte Constitucional y las decisiones tomadas por el Alcalde mayor.

Sobre el error invencible alegado, consideró la Procuraduría que no puede mediar en el proceder de un servidor público a quien durante todo el segundo semestre del año 2012, por escrito, en reuniones y en virtud de diferentes controles políticos, se le prevenía directamente, a través de sus funcionarios directivos, que sería irregular asignar la prestación a un operador público sin experiencia y capacidad mínima y que la exclusividad podía afectar principios como el de la libertad de empresa.

Es cierto, afirmó la procuraduría, que la propia Constitución permite la prestación de los servicios públicos por parte de entidades del Estado, así como por parte de comunidades organizadas o particulares, pero deben tener idoneidad y solvencia financiera, capacidad técnica y experiencia.

Sobre el argumento relacionado con las Áreas de Servicio Exclusivo, como modelo más conveniente para Bogotá y que un contrato de concesión tenía un ingrediente

fundamental, cual es la cláusula de reversión, consideró el Ministerio Público que la misma no garantizaba la continuidad del servicio ni fue la causa de la crisis.

De otro lado, el recurso de reposición no aportó elementos nuevos, sin embargo la Procuraduría argumentó extensamente las razones por las cuales confirmaba la decisión.

Examinado lo anterior, concluyó el Tribunal que la Procuraduría General de la Nación respetó las formas propias de cada juicio, sin violación alguna del derecho fundamental al debido proceso, en cuanto se resolvieron uno a uno los argumentos expuestos por la defensa con la correspondiente relación normativa y probatoria. Cada una de las conductas descritas en el pliego de cargos y desarrolladas a lo largo del documento objeto de revisión, fueron estudiadas desde la conducta cometida, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Tampoco observó desconocimiento del derecho de defensa del acusado, se observaron celosamente las etapas del proceso, dentro de las cuales tuvo la oportunidad de defenderse, conocer las pruebas y solicitar las que considerara pertinentes.

Por tanto, afirma el Tribunal, no es misión del juez constitucional entrar a valorar los hechos o acontecimientos relacionados con las quejas disciplinarias presentadas en contra del actor, ni con lo probado dentro del trámite ante el Ministerio Público. No le corresponde entrar a verificar si los hechos ocurrieron como lo expone una parte o la otra, pues al margen de esta discusión, lo cierto es que la interpretación contenida en el fallo disciplinario que presuntamente violó los derechos fundamentales no corresponde a la arbitrariedad ni es producto de un evidente e incuestionable desconocimiento de la ley y de la jurisprudencia.

Ahora bien, las faltas son susceptibles de imposición de sanción de destitución e inhabilidad general, en consideración a que la Procuraduría General de la Nación sancionó al actor por la comisión de tres faltas gravísimas, las dos primeras a título de dolo y la tercera de culpa gravísima.

La inhabilidad fue dosificada de conformidad con la Ley y explicada detalladamente por la Procuraduría.

El derecho constitucional a ser elegido, lo consideró cimentado en el principio de soberanía popular, razón por la cual su protección se garantiza con la posibilidad de que los elegidos ejerzan materialmente el cargo y se les permita desarrollar el programa político que presentaron sus electores y así ejercer su representación, pero no por ello son inamovibles y así lo ha señalado la Corte Constitucional y la propia Constitución.

Concluye en consecuencia, que no existe violación del derecho del actor a ser elegido y la inhabilidad no vulnera derechos políticos, en la medida en que la actuación disciplinaria está dirigida a salvaguardar bienes jurídicos de relevancia constitucional que legitima el ejercicio de empleos públicos, incluso los de elección popular.

Por último, en relación con la afirmación de la parte actora, según la cual la Ley 1551 de 2012 prohíbe la sanción de destitución de un burgomaestre a menos que provenga de un juez penal y que la demandada por ser autoridad administrativa no podía haberla decretado, consideró el Tribunal que dicha norma no establece que la sanción de destitución solo puede proferirse dentro de un proceso penal, ni que deroga el Código Único Disciplinario, en este aspecto, lo que determina es el trámite a seguir cuando se impone la destitución en un juicio penal y en consecuencia, dicha interpretación es inadmisibile.

Al establecerse que no se incurrió en vía de hecho en la decisión disciplinaria y no estar probado que hubo violación de algún derecho fundamental, no es procedente que el juez de tutela intervenga en controversias que deben ser debatidas ante la autoridad judicial competente, mediante las acciones ordinarias pertinentes.

A juicio del Tribunal, el actor cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para ventilar sus pretensiones, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, vía idónea para reclamar y dejar sin efectos o declarar nulo un acto administrativo, lo que hace improcedente la acción y además, están previstos mecanismos cautelares que permiten, desde el comienzo de la actuación, sortear de manera efectiva la violación de derechos fundamentales y evitar la permanencia de los efectos de actos contrarios al orden jurídico.

LA IMPUGNACIÓN

A folio 708 obra el escrito de impugnación presentado por el apoderado del actor, con fundamento en lo siguiente:

Es cierto que los servidores públicos deben obrar con probidad y responsabilidad en el desempeño de sus cargos, pero también lo es que deben ser juzgados por autoridades competentes, en forma imparcial, respetando su dignidad y los principios que cobijan el derecho administrativo sancionatorio, con fundamento en la Constitución y en la Ley.

El ejercicio de la potestad disciplinaria, como una expresión del IUS PUNIENDI, debe ceñirse a los postulados constitucionales del debido proceso, la presunción de inocencia, de imparcialidad, respeto a la dignidad humana, entre otros principios, que también están consagrados en la Ley 734 de 2002. Dicha potestad no ha sido ejercida de conformidad con los principios constitucionales y la regulación establecida en la Ley 734 de 2002 y la Ley 1551 de 2012.

Fundamentado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la contenida en la sentencia T-1048 de 2008 y T-1062 de 2010, afirma que la acción de tutela es procedente contra actos administrativos sancionatorios y si bien no es la regla general, es posible acudir a este mecanismo constitucional cuando los recursos ordinarios no son suficientes para la efectiva protección de derechos fundamentales vulnerados, especialmente, para recuperar los derechos perdidos.

La acción de tutela, afirma el recurrente, procede contra la decisión de 9 de diciembre de 2013 proferida por la Procuraduría General de la Nación, por cuanto se ha producido una verdadera violación a los derechos fundamentales del actor, al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos y a la honra y buen nombre.

Por el contrario, el medio de control judicial denominado nulidad y restablecimiento del derecho, ni aun con la posibilidad de ejercer la medida de suspensión provisional es suficiente para proteger los derechos fundamentales vulnerados, entre otras razones, porque se debe agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial ante la misma entidad que profirió el acto, su conocimiento corresponde al Consejo de

Estado en única instancia, no es usual que se decrete la medida de suspensión provisional, a lo que se agrega la congestión existente en la rama judicial.

Si queda en firme la decisión disciplinaria, se deberán celebrar elecciones atípicas y una vez ello ocurra será imposible que el actor, ya sea por una medida cautelar o por una decisión judicial, pueda recuperar el ejercicio del cargo de alcalde Mayor y por ende terminar su mandato.

Considera en consecuencia, dadas las condiciones para la procedencia de la acción.

La vulneración del derecho al debido proceso del actor, lo fundamenta en que no se concedió mayor importancia a los principios de presunción de inocencia y de imparcialidad que deben regir el proceso disciplinario, conforme lo consagra la Constitución Política en sus artículos 29 y 83, los artículos 8-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14-2 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 6, 9 y 14 de la Ley 734 de 2002.

Lo anterior por cuanto desde la formulación del pliego de cargos, se dieron por probados los hechos, calificados de tal manera como irregulares o violatorios del ordenamiento jurídico, que dieron lugar a los cargos imputados y luego, a lo largo del proceso, la Procuraduría se dedicó a sustentar su propio pliego de cargos, haciendo caso omiso a los argumentos expuestos por la defensa y a las pruebas practicadas que fueron favorables al actor.

La Procuraduría ha cumplido con adelantar todas las etapas del proceso disciplinario, que formalmente contempla la Ley 734 de 2002, pero en todas ellas ha mostrado una conducta cuya finalidad o propósito no es la de revelar la verdad de los hechos, sino de sustentar la posición que asumió desde el inicio del proceso y en particular al emitir el pliego de cargos.

La entidad no analizó real y seriamente los argumentos de la defensa ni sopesó los mismos bajo los postulados de imparcialidad, objetividad y favorabilidad, entre otros principios que rigen su actuación y además dio más valor a los documentos presentados por los operadores privados, frente a los aportados por la defensa y en los testimonios solo tuvo en cuenta lo desfavorable al actor.

A continuación se refiere a una **evidente ausencia de tipicidad en la conducta irregular endilgada** y por la ausencia de dolo, concretamente la señalada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

En relación con este punto, en el fallo de tutela se expresó que lo que se cuestionó en el proceso disciplinario fue la forma o manera como se ejecutó la política, cuyos resultados, sin lugar a dudas, pueden ser constitutivos de falta disciplinaria, afirmación que no concuerda con lo que finalmente concluyó la Procuraduría General de la Nación frente a la imputación del primer cargo, pues para esta Entidad el simple hecho de contratar a un operador público en la prestación del servicio de aseo, era suficiente para que la ejecución de la política fuera considerada por fuera del ordenamiento jurídico, sin importar que todas las actuaciones se hicieran con fundamento en los estudios jurídicos, técnicos y financieros, como lo señalaron los testigos.

La Procuraduría tampoco probó la calidad de determinador del actor, pues no demostró que con pleno conocimiento y conciencia hubiera desplegado actuaciones para inducir o instigar a los funcionarios de la UAESP o de la EAAB a realizar conductas por fuera del ordenamiento jurídico, simplemente asume que por ser el nominador y ejercer el control de tutela, los representantes indefectiblemente van a obrar para complacer a su nominador.

La Procuraduría General de la Nación reconoce que el señor Alcalde Mayor no participó en la etapa precontractual ni contractual, pero ese es precisamente el elemento más importante en la descripción de la falta contenida en el numeral 31 ya referido.

Las políticas no pueden ser objeto de sanción disciplinaria y no hay duda que fijar la prestación del servicio público de aseo a través de un operador privado no es un hecho contrario al ordenamiento jurídico, política que si bien fue fijada por el Alcalde no fue ejecutada directamente por él, en lo que se refiere al primer cargo, pese a lo cual fue sancionado disciplinariamente.

El acto sancionatorio echa de menos otras posibles faltas menos gravosas y basta con dar lectura armónica a los artículos 34, 35 y 50 de la Ley 734 de 2002, en los cuales se podía ubicar el primer cargo en la categoría de grave o leve.

En síntesis, se violó el debido proceso, pues la falta imputada en el primer cargo no se tipificó debidamente ni se probó que el alcalde participó en la elaboración de estudios previos, máxime que no tiene esa competencia, ni dicha función o responsabilidad es parte de ellas. Tampoco se probó la calidad de determinador.

En todo caso, la prestación del servicio de aseo por un operador público se encontraba justificada y acorde con el artículo 365 de la Constitución Política, el Decreto 1421 de 1993 y la Ley 142 de 1994.

El dolo también se dio por acreditado, lo que igualmente vulnera el debido proceso, pues las comunicaciones de la Procuradora Delegada para la Vigilancia preventiva de la función pública, en que se fundamentó, según las cuales se le hacía saber al Alcalde Mayor de la ilegalidad de sus actuaciones, fueron remitidas a los funcionarios competentes, pues al no tener ninguna atribución ni funciones asignadas respecto de la contratación a cargo de la UAESP y de la EAAB, correspondía a estas evaluar los argumentos de la Procuradora y adoptar conforme a sus competencias, las decisiones pertinentes.

A juicio del recurrente, estas comunicaciones no pueden ser prueba suficiente y eficiente del dolo atribuido y por ello, ante la ausencia de prueba real, acude a esas comunicaciones que por su contenido y naturaleza no vinculante ni obligatoria, no pueden ser el sustento de una sanción que conlleva la muerte política.

El segundo cargo, *adolece de tipicidad e igualmente de prueba del dolo, por lo cual igualmente considera vulnerado el debido proceso.*

Reitera el recurrente que no es cierto que la expedición del Decreto 564 de 2012, tuvo como fundamento vulnerar la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, ni ocurrió en la práctica, pues los operadores privados han continuado prestando el servicio en la ciudad, bajo las mismas condiciones que lo hace la EAAB y con fundamento en un contrato con la UAESP.

Sobre este aspecto, considera que la Procuraduría General de la Nación asume una posición ideológica, en el sentido de que la política implementada por el Alcalde para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, quebranta los principios

constitucionales de libertad de empresa y libre competencia, con desconocimiento de la cláusula según el cual, los servicios públicos domiciliarios deberán ser prestados directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y la conveniencia general lo permitan y aconsejen (artículo 367 de la C.P.), por su idea de la subordinación de este componente social a los elementos libre competencia y libertad de empresa.

Además, tratándose de la implementación de una política pública, soportada en un plan de desarrollo, en decisiones de la Corte Constitucional y dentro del ámbito de competencias del Distrito y sus entidades, no es posible tipificar un reproche disciplinario.

No tuvo en cuenta la Procuraduría General de la Nación, los argumentos expuestos por la defensa, ni las pruebas, ni el contenido de los considerandos del Decreto 564 de 2012 que develan su verdadero propósito, cual era dar cumplimiento al Auto 275 de 2012 y garantizar la prestación del servicio de aseo en Bogotá y sin tener en cuenta que los jueces negaron la suspensión provisional de este acto.

La violación al debido proceso, derecho de defensa y la imparcialidad es evidente por parte de la Procuraduría General de la Nación, al simplemente ignorar cualquier interpretación favorable al actor. Tampoco se probó el dolo, pues el hecho de que jueces administrativos hayan encontrado que el Decreto 564 no se observa violatorio a la libre empresa, descarta la intención de expedir un acto violatorio del ordenamiento jurídico.

El dolo debe estar debidamente demostrado, no basta afirmarlo.

Con la decisión de la Procuraduría no solo se vulnera el derecho al debido proceso, sino también el principio del non bis in ídem, pues la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia prevalente y está adelantando un proceso en el que se cuestiona la legalidad del Decreto 564 de 2012 y al mismo tiempo se juzga la conducta administrativa de los servidores de la administración distrital, incluso la del Alcalde.

Por último, afirma que si se aceptara la tipificación de una falta disciplinaria, esta podía ser calificada como falta grave o leve al tenor del artículo 50 de la Ley 734 de

2002 en concordancia con los numerales 1 y 2 del artículo 34 ibídem, el numeral 1º del artículo 35 ib.

En la formulación del tercer cargo también se vulneró el debido proceso, igualmente por ausencia de tipicidad y de la culpa gravísima endilgada, al dar al Decreto 570 de 2012, una interpretación y alcance que no tiene.

En el pliego de cargos, la Procuraduría aduce que el Decreto 1713 de 2002 prohíbe el uso de volquetas, pero luego, en el fallo de 9 de diciembre de 2013, señala que es un mandato que no podía ser desconocido, cuando tanto dicho decreto como el 948 de 1995 e incluso el reglamento del sector agua potable y saneamiento básico, sí permiten el uso excepcional de volquetas y máxime que en este evento era algo temporal.

Al tenor de algunos declarantes, excepcionalmente se puede hacer uso de volquetas en la prestación del servicio de aseo, sin embargo, por ser declaraciones favorables al actor, no fueron acogidas.

Tampoco se causó daño ambiental alguno ni se puso en grave riesgo la salud o el medio ambiente como se demostró en el proceso, sin embargo, la Procuraduría dio prevalencia a argumentos o soportes que fueran desfavorables al actor, con lo que queda demostrada la falta de imparcialidad en el proceso.

El argumento de la Procuraduría según el cual el uso de volquetas se extendió por más de los 4 meses previstos en el Decreto 570 de 2012, asunto que no era de su resorte y pese a ser una circunstancia que no le es atribuible la usa en su contra.

Se concluye que el Alcalde obró dentro de sus competencias y la expedición del Decreto 570 de 2012 no fue la causa de las dificultades en la prestación del servicio de aseo, ni generó grave riesgo para la salud o el medio ambiente, por lo que la falta imputada no se tipifica.

La culpa gravísima no fue acreditada, pues las medidas adoptadas en el Decreto 570 de 2012, solo tuvieron como propósito evitar daños al medio ambiente y a la salud pública.

En el proceso disciplinario quedó demostrada igualmente la conducta de los operadores privados previa al 18 de diciembre de 2012 y las fallas en la prestación del servicio de aseo incluso reportadas por la Defensoría del Pueblo, e igualmente con el testimonio de Emilio Tapia quedó confirmada la intención de terceros de obstaculizar el programa basura cero y de generar el caos, lo que implica que dicho caos se dio por el complot y por tal razón no podría ser sancionado el Alcalde.

Si bien no se configura la falta, bien podría haberse tipificado la conducta como grave o leve, sin embargo, no se analizaron estos hechos en el marco del debido proceso y del principio de imparcialidad.

La violación al debido proceso por indebida valoración probatoria, la hace consistir en que las pruebas solicitadas y no decretadas sí son relevantes para el caso y ello está debidamente acreditado, pues la sanción disciplinaria se sustenta en que las decisiones adoptadas por el Alcalde son en contrarias al ordenamiento jurídico y que se puso en grave riesgo el medio ambiente y la salud pública.

Las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas estaban destinadas a demostrar los argumentos de la defensa y eran necesarias para tal fin, pues las existentes resultaron insuficientes, tanto así que el Alcalde fue de todas formas sancionado.

Entre dichas pruebas se solicitaron las confesiones de algunos miembros del denominado "cartel de la contratación", cuya importancia radicó en que allí se demostraron las fallas existentes en el modelo del servicio de aseo, las cuales se intentaron corregir con las medidas adoptadas en el 2012. También se solicitó requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que remitiera copia de la totalidad de pronunciamientos que ha efectuado sobre la aplicación del numeral 2º del artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de septiembre 1º de 2011 sobre el caso López Mendoza contra Venezuela.

Las anteriores pruebas guardan relación directa con los argumentos de la defensa y permitían tener una visión clara sobre un asunto vital para garantizar el debido proceso y que aún es objeto de debate. Por su parte las pruebas testimoniales de testigos expertos en contratación, libre competencia y servicios públicos domiciliarios, eran importantes para demostrar diferentes posturas ideológicas y de interpretación

normativa en la materia. Tampoco se decretó la prueba pericial para que expertos de la Universidad Nacional determinaran si existió impacto ambiental.

En síntesis, la Procuraduría General de la Nación, asumió una posición que limitó el derecho de defensa, al negar el decreto y práctica de pruebas que eran valiosas para la defensa.

De otro lado, rechazó por extemporánea una prueba, decisión con la cual vulneró debido proceso y dio prevalencia a lo formal sobre la búsqueda de la justicia, la verdad material y el respeto por los derechos y la dignidad humana del actor.

En el proceso se practicaron pruebas documentales y testimonios favorables al actor pero que no fueron tenidos en cuenta, tales como los testimonios y las actas de la junta directiva de la EAAB que muestran que el Alcalde no había tomado una decisión que obligatoriamente se tuviera que cumplir, la misma estaba sujeta a la elaboración de estudios, así como que se discutieron varias opciones, a saber, constituir una nueva empresa o actuar a través de las ya existentes, como lo ratifica el testimonio de Carlos Alberto Acero, quien afirma que siempre el Alcalde expresó que se debía hacer todo bien, jurídicamente bien.

A continuación se refiere a las declaraciones de Samuel Prada, Carlos Alberto Atehortúa, Julio César Pulido, los que afirma, muestran el contexto fáctico en el que se hallaba la ciudad de Bogotá y el deber de Distrito, en cabeza del Alcalde, de adoptar las medidas necesarias para garantizar tanto la prestación del servicio de aseo como la inclusión de la población recicladora, según lo dispuesto por la Corte Constitucional, pero lo único que entendió la Procuraduría es que Bogotá podía prestar el servicio de aseo como se hace en Bucaramanga, sin tener en cuenta que allá existe un operador público con posición dominante y sólo 555 familias dedicadas al reciclaje, mientras en Bogotá, son 13500.

En relación con el dictamen pericial practicado por funcionarios de la Procuraduría, afirma que hace deducciones sin prueba real, interpreta normas con solo una lectura parcial de las mismas, llega a conclusiones sobre la base de lo dicho por los medios de comunicación y fotos de las que no se verifica su autenticidad, concluye por mera inferencia los problemas que pudo tener el personal en la recolección de basuras, se refiere a los efectos negativos de la descarga de residuos sólidos a las aguas sin

prueba de que ello ocurrió entre el 18 y el 20 de diciembre y evalúa el impacto basado en suposiciones.

Visto lo anterior, afirma, la prueba pericial es deleznable y no podía darle pleno valor, no está debidamente fundamentada, sus explicaciones son deficientes y ha sido desvirtuada por la Secretaría Distrital de Ambiente, que a diferencia del peritaje, se soporta en hechos verificados y no en inferencias carentes de soporte fáctico real y concreto.

Negativa en la aplicación del principio pro homine y violación de sus derechos políticos a partir del quebranto del bloque de constitucionalidad.

En relación con el primero, afirma que la Procuraduría escogió las faltas disciplinarias más graves, cuando podía haber efectuado la imputación por las faltas graves o leves y en general dicha Entidad, siempre optó por la posición más desfavorable-

En cuanto a sus derechos políticos, no comparte la visión expresada respecto de la aplicación del artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, ni la interpretación extensiva que se hace de incluir a las autoridades administrativas como competentes para coartar derechos políticos sobre pretexto de la lucha contra la corrupción.

Advierte que el artículo 33 de la Ley 1551 de 2012 modificó el artículo 104 de la Ley 136 de 1994, que resulta ser la incorporación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y limita la destitución del Alcalde a la competencia del juez penal.

La discusión en el fondo no es si el Procurador puede ejercer la vigilancia oficial de los servidores públicos de elección popular, sino el tipo de sanción que puede aplicar, que no puede ser la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos.

En todo caso, de conformidad con el Acto Legislativo No. 2 de 2002, en armonía con el inciso 3º del artículo 314 de la Carta y en el artículo 44 del Decreto 1421 de 1993, es el Presidente quien puede ejercer la competencia constitucional, es decir, quien puede imponer la sanción de destitución.

Por último, considera que existió una indebida delegación de la función en la Sala Disciplinaria, puesto que de conformidad con el artículo 278 de la Constitución Política, el Procurador debió conocer de modo directo y exclusivo de esta causa disciplinaria, por tratarse, como lo ha dicho la Procuraduría General de la Nación, de manifiestas infracciones a la Constitución y a la Ley.

Para resolver, se

CONSIDERA

Antes de abordar el examen del asunto sometido a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se deja constancia en esta providencia, pese a que obra en autos que, los Magistrados que enseguida se relacionan manifestaron su impedimento para conocer del sub-lite y la Sala, en decisión mayoritaria, los declaró infundados, como obra en cada una de las providencias que los resolvió. Fueron ellos: en auto de 4 de febrero del año en curso, se decidió el impedimento manifestado por Jaime Orlando Santofimio Gamboa (fls. 877 a 885), Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (fls. 886 a 894), María Elizabeth García González (fls. 895 a 903), Luis Rafael Vergara Quintero (fls. 904 a 912), Bertha Lucía Ramírez de Páez (fls. 913 a 921), Enrique Gil Botero (fls. 922 a 930), María Claudia Rojas Lasso (fls. 931 a 939), Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (fls. 940 a 946) y al doctor Mauricio Fajardo Gómez, se le resolvió mediante auto de 11 de febrero de 2014 (fls. 947 a 955).

*Se registra también que, a folio 844 obra un memorial suscrito por Roberto Hermida Izquierdo, quien afirma ser accionante en la tutela No. 2013-02236, en el cual expresa que recusa al magistrado Alfonso Vargas Rincón, porque en su sentir entre el magistrado y el Procurador General de la Nación “**existe una amistad estrecha que afecta su imparcialidad**”. Fundamenta su apreciación en que el magistrado Vargas Rincón fue magistrado auxiliar del Procurador cuando este fue consejero de Estado y esa nominación se hace en personas de absoluta confianza.*

Tal recusación no se atendió, no solo en consideración a que, por disposición expresa del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 en materia de tutela no es procedente, sino porque además, el magistrado recusado considera que la razón de la cual deduce la recusación es inexacta. Cuando el señor Procurador General llegó

al Consejo de Estado a desempeñarse como Magistrado (marzo de 2000), ya llevaba vinculado a la Corporación desde hacía más de 20 años.

El Procurador General de la Nación no hizo la nominación, lo ratificó en el empleo. El haber observado una conducta de trato cortés y respetuoso y un permanente compromiso en el cumplimiento de las responsabilidades asignadas al cargo, no se traduce en "...estrecha amistad..." o amistad íntima, que exige la Ley. Esta es una categoría especial en las relaciones humanas que implica otra serie de comportamientos distintos de las relaciones laborales.

En cuanto al objeto de la presente acción de tutela, se observa:

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación contra la sentencia de 17 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", de conformidad con lo previsto en los artículos 31 del Decreto 2591 de 1991, 4º del Decreto 306 de 1992 y 1º del Decreto 1382 de 2000, en armonía con el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1999 y el Acuerdo 55 de 2003 –Reglamento de la Corporación–.

Se anota también que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sesión de 28 de enero de 2014, decidió asumir el conocimiento del asunto por trascendencia social, por autorizarlo así el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Pretensiones del actor

Las concretó así:

1. *Que se declare la prosperidad de la acción y, en consecuencia, se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria, en contra de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso de que aquella sea desfavorable a mi representado.*

2. *En subsidio, se solicita se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa del acto bajo*

reproche, se suspenda la providencia con sanción disciplinaria, en contra de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual revisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso de que aquella sea desfavorable a mi representado.

3. En consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las anteriores pretensiones, se garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, especialmente los políticos de elegir y ser elegido, y en ese desarrollo, su desempeño como Alcalde Mayor de Bogotá D.C. elegido para el período 2012-2016.

*Se observa de la transcripción que el actor en la primera petición hace uso de la acción de tutela como mecanismo de protección **inmediato y definitivo**, y en subsidio pretende que se resuelva como mecanismo **transitorio** para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interpone y decide la correspondiente acción contenciosa administrativa.*

El planteamiento del actor en esas condiciones, lleva a la Sala a la necesidad de examinar dos aspectos: 1) eficacia del otro medio de defensa judicial y 2) procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Este razonamiento lo impone el mismo actor, pues, se insiste, en la petición primera aspira a que "... se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria", y en el punto segundo pide que en subsidio se conceda como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Eficacia del otro medio de defensa

El otro medio de defensa judicial al que alude el actor cuando señala en el escrito que contiene la acción de tutela que "... mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa ...", es, o bien, el contencioso de nulidad, en los términos del inciso cuarto numeral 1º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 ibidem.

En ambos casos el actor está habilitado para acudir en demanda ante esta jurisdicción y hacer valer los derechos que sostiene quebrantados.

El Decreto 2591 de 1992, al enunciar las causales de improcedencia de la acción de

tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, **en cuanto a su eficacia**, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6º, numeral 1º).

Atendiendo el mandato legal antes citado, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la **tutela judicial efectiva** de los derechos.

A ellas se refiere la ley en mención, en el título V DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – CAPÍTULO XI – “Medidas cautelares”, cuyos antecedentes y motivaciones en el trámite surtido ante el Congreso, resulta pertinente destacar:

En la Exposición de Motivos al proyecto del ley que se convirtió en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (**Proyecto de ley No. 315 de 2010 -Cámara- y 198 de 2009 -Senado-**, publicado con la exposición de motivos en la Gaceta 1173 de 2009) se estableció entre sus finalidades fortalecer los poderes del juez contencioso, lo que se reflejó, entre otros aspectos, en las medidas cautelares rediseñadas para una nueva justicia. En este orden se declaró categóricamente que su finalidad era garantizar la “tutela judicial efectiva” de los derechos fundamentales, razón por la que, incluso, podrían decretarse de oficio:

Las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.

Es esta oportunidad no se hizo referencia expresa a la medida de “suspensión provisional” de los actos administrativos, no obstante es claro que la incluía.

*En el **informe de ponencia para primer debate –Senado-**, en la Gaceta No. 1210 de 2009, se aludió al fortalecimiento de los poderes del juez, derivados de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los mismos términos en los cuales quedó consignado la Exposición de Motivos. El ponente expresó:*

Las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.

La ponencia no estableció ninguna otra razón, diferente de lo señalado en la Exposición de Motivos. Se destaca sí, que se creó una relación entre las medidas cautelares y la noción de una tutela judicial efectiva, buscó redimensionar y rediseñar los poderes del juez de la acción contenciosa para que con ellos dé respuesta efectiva a la problemática de la protección oportuna de los derechos.

*En el **informe de ponencia para segundo debate –Senado-** (Gaceta No. 264 de 2010) se reiteró la exposición de motivos al proyecto de ley, y se propusieron las modificaciones presentadas por académicos, universitarios y por la Comisión Preparatoria del Proyecto de Código después del primer debate. En consecuencia, se presentó un pliego de modificaciones que se refirió a las medidas cautelares – dentro de las que se encuentra la suspensión provisional- que entre, otras cosas, precisó:*

“En el artículo doscientos treinta (230) sobre medidas cautelares, se amplía el universo de las mismas a todos los procesos que se adelantan en la jurisdicción contencioso administrativa sin cambiar la esencia de lo aprobado en primer debate

se reformula el contenido y el trámite del recurso de apelación en los artículos doscientos cuarenta y cuatro (244), doscientos cuarenta y cinco (245) y doscientos cuarenta y seis (246).

En el **informe de ponencia para primer debate –Cámara-** (Gaceta No. 683 del 23 de septiembre de 2010), se consignó el informe de ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara, y consecutivamente se establecieron las modificaciones que el Consejo de Estado sugirió al proyecto. Con relación a las medidas cautelares señaló:

Capítulo XI, Medidas cautelares

Artículo 233 (Ahora artículo 231) Requisitos para decretar las medidas cautelares. Se suprime el párrafo que se le introdujo a este artículo durante el trámite legislativo hasta ahora surtido a cuyo tenor ‘También procederá la suspensión provisional en prevención contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto administrativo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso; contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente. Cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.’

Además de que se observa que temáticamente el párrafo no se encuentra debidamente ubicado en el texto del proyecto y que carece de claridad, se considera inconveniente introducir la suspensión provisional en prevención en términos similares al antiguo artículo 153 del Decreto 01 de 1984, abolido primero en virtud de una sentencia de inexequibilidad parcial declarada mediante Sentencia número 48 del 10 de agosto de 1989, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, proferida dentro del Expediente 1922 y, posteriormente, derogada expresamente por el artículo 68 del Decreto Extraordinario 2304 del 7 de octubre de 1989.

El texto definitivo y en especial sobre requisitos para decretar las medidas cautelares y procedimiento para su adopción quedo redactado así en los artículos 231 y 233 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

Si el demandante pretende el restablecimiento del derechos subjetivos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada y sustentada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, en escrito con el cual se formará cuaderno separado.

Cuando la solicitud se presente antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, se correrá traslado de tal solicitud simultáneamente con la notificación de aquel auto, para que en escrito independiente de la contestación de la demanda se pronuncie sobre ella dentro del término de cinco (5) días siguientes. Si la solicitud se presenta en el curso del proceso, se dará traslado de ella a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

La decisión de las medidas cautelares deberá adoptarse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez podrá ser decretada en la misma audiencia, salvo que estime que no sea posible su decisión, caso en el cual se seguirá lo previsto en los incisos precedentes.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto.

(...)

Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de “perjuicio irremediable”, también contemplado para la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos se debe poner de relieve que el legislador

dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden.

Desde este punto de vista, la decisión de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual impuso la sanción disciplinaria al actor, no solo es susceptible de control a través del proceso de nulidad en los términos del numeral 1º del inciso cuarto del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o de nulidad y restablecimiento del derecho según las reglas del artículo 138 ibídem, e igualmente puede impetrar la medida cautelar, si llegara a cumplir con los presupuestos de ley.

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un “perjuicio irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

En el **informe de ponencia para segundo debate –Cámara-**, en la Gaceta No. 951 del 23 de noviembre de 2010, se explicó mejor la filosofía que se viene comentando, lo que confirma la lectura que proponemos, es decir, que con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales.

En el capítulo XI de medidas cautelares (artículos 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, **sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva.** Así, en el artículo 229 se aclara que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten en la Jurisdicción, con lo cual queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos,

cuyo procedimiento y adopción de medidas cautelares se remite al Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía (artículo 299). Igualmente, se modifica el inciso primero de la norma para enfatizar que la tutela judicial efectiva a obtener con una medida cautelar está circunscrita al objeto del proceso y a la efectividad de la sentencia y que por naturaleza es provisional, esto es, mientras se emite la sentencia. Y, por último, se agrega un párrafo en el que se dispone que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por las normas del Capítulo XI en comento y podrán ser decretadas de oficio.

A su turno, el artículo 230, sobre el contenido y alcance de las medidas cautelares, se puntualiza en el inciso primero que éstas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y se elimina la expresión 'entre otras' para dejar en claro, en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, que las allí enumeradas y tipificadas son de carácter taxativo. Además, se introducen modificaciones en el contenido de los respectivos numerales tendientes a precisar cada una de las hipótesis de las medidas que se pueden adoptar; así, por vía de ejemplo, merece destacarse que el supuesto del numeral 2, que permite decretar la medida cautelar de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, se condiciona a que a esta medida sólo podrá acudir el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.

Así mismo, se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares. En efecto, no sobra recordar que los requisitos previstos para las demás medidas cautelares – diferentes a la suspensión provisional de los actos- en los numerales subsiguientes tiene por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo; por eso, proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (bonus fonus iuri), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar; y la irremediabilidad de los dañoso el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso

(periculum mora). De esta manera, para otorgar o denegar alguna medida cautelar –se reitera diferente a la suspensión provisional de los actos-, el juez o magistrado ponente deberá considerar los supuestos establecidos en la citada norma bajo el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, no se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros, así como también, por ejemplo, tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financiera y presupuestales que la administración deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar. Ello implica, que la medida cautelar pueda denegarse cuando se esta pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o magistrado ponente ponderará en forma circunstanciada, como se anotó, de conformidad con los requisitos previstos en la aludida disposición.

(...)

En el artículo 235, se realizan varios ajustes a su texto tendientes a diferenciar el levantamiento de la medida cautelar de la modificación o revocatoria de la misma, hipótesis que no ofrecían completa distinción en la norma propuesta.

En el artículo 236, se añade un inciso en el que se indica que las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno.

*Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar **previamente** al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar”.*

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos.

Lo anterior no significa que la medida cautelar desplace el adelantamiento de la conciliación extrajudicial, pues la Ley 1285 de 2009, lo exige "cuando los asuntos sean conciliables", sino que desde un inicio es factible proteger los derechos de los ciudadanos bajo el uso de medidas cautelares, aun cuando haya que agotar el requisito de procedibilidad, toda vez que entre la medida cautelar y la conciliación prejudicial, ciertamente no hay incompatibilidad procesal, lo que asegura una protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos a instancias del juez de lo contencioso administrativo.

Por lo expuesto, los argumentos del actor en el sentido de que el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni aun con la posibilidad de ejercer la medida de suspensión provisional es suficiente para proteger los derechos fundamentales vulnerados, entre otras razones, porque se debe agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial ante la misma entidad que profirió el acto, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado en única instancia, no es usual que se decrete la medida de suspensión provisional, a lo que se agrega la congestión existente en la rama judicial.

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos.

La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable.

*Expuestas las razones que evidencian la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo **inmediato y definitivo de protección de derechos fundamentales**, por cuanto el actor dispone de otro medio de defensa judicial, con medidas cautelares en los términos indicados, a través de los cuales puede acceder a una **tutela judicial efectiva de sus derechos**, y como quiera que en la petición subsidiaria la impetró como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a continuación la Sala se ocupa de este aspecto.*

El artículo 86 de la Constitución Nacional prevé que esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al paso que, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela, al señalar las causales de improcedencia, reitera la existencia de otros recursos o medios de defensa y que la existencia de ellos, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

El precepto citado, en un comienzo, había delimitado los alcances de la expresión “...irremediable...” previsto en la carta política, así:

Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. *La acción de tutela no procederá:*

1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

La Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 1993 declaró inexecutable la parte destacada de la anterior transcripción, entre otras argumentaciones, porque:

La conservación de la definición legal y su exequibilidad tendrían el efecto de modificar la naturaleza abierta de la norma constitucional. Se produciría de hecho una reforma constitucional a través de un procedimiento no permitido, lo que demuestra que el poder interpretativo propio del Legislador ha trascendido la actividad puramente legislativa. El Legislador extraordinario en este caso no ha

obrado dentro del marco fijado por la Constitución y dentro del cual puede libremente adoptar políticas. La definición legal pretende ocupar el lugar de un concepto constitucional abierto de importancia sustancial sin el cual la figura de la tutela quedaría desconectada de la realidad y perdería su virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales. Este concepto abierto es columna de la estructura portante del edificio constitucional y no puede, en consecuencia, ser sustituido o suplantado por el Legislador.

*Declarada la inexecutable de la definición de irremediabilidad del perjuicio contenida en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, para efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, corresponde al juez en cada caso particular, no solo apreciar la eficacia del otro medio de defensa, sino que igualmente, como mínimo, debe aparecer visualizada la **"irremediabilidad"** que se pretende precaver o evitar con el mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales.*

*Se dirá igualmente que no todo perjuicio irremediable, por el mero hecho de serlo, de manera inexorable conduce o abre paso a la procedencia y prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues se requiere, no solo que tenga esa entidad, sino que además **sea injustificado, que no provenga de una acción legítima.***

La jurisprudencia, tanto de esta Corporación, como de la Corte Constitucional, se ha ocupado del tema. Basta con citar y transcribir los partes pertinentes de lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-570 de 2007, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que dijo:

"5.- El perjuicio irremediable y sus alcances

"La Carta Política (art. 86 inc. 3o.) establece como requisito sine qua non para que proceda la acción de tutela, el que no exista otro medio de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. Visto está que en el presente caso -al tener que protegerse un derecho que ha sido vulnerado por la actividad de una autoridad pública-, no procede la acción popular como "otro medio de defensa judicial". Con todo, esta Sala estima indispensable analizar brevemente el tema del perjuicio irremediable.

"(...)

"El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el "efecto de perjudicar o perjudicarse", y perjudicar significa -según el mismo Diccionario- "ocasionar daño o menoscabo material o moral". Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

“La diferencia específica la encontramos en la voz “irremediable”. La primera noción que nos da el Diccionario es “que no se puede remediar”, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”. (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

En párrafos anteriores se precisó que para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no basta la mera presencia de un perjuicio irremediable, es indispensable además, que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, **que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima** de la autoridad contra quien se interpone, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad.

Ese actuar “injustificado y carente de legitimidad” se presenta por falta absoluta de competencia, actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la Constitución, que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia¹.

¹ Ver, entre otras, sentencia T-350 de 2011.

Competencia de la Procuraduría General de la Nación

El proyecto inicialmente presentado a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, traía resuelto el aspecto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación, en los términos que a continuación se resumen:

Tal como es destacado por la parte demandada, el argumento de la falta de competencia de la Procuraduría para imponer sanciones que afectan los derechos políticos de las personas no puede ser de recibo por cuanto ya ha sido valorado y desestimado por la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la facultad de la Procuraduría para imponer sanciones restrictivas de los derechos políticos de los sujetos de control disciplinario fue encontrada acorde al artículo 23.2 CADH por la Corte Constitucional al realizar el control de convencionalidad que le fue propuesto en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, decidida en la sentencia C-028 de 2006, al definir la constitucionalidad de los artículos 44 numeral 1, 45 literal d) y 46 inciso 1 de la Ley 734 de 2002, para establecer si vulneraban el bloque de constitucionalidad al consagrar como posibles consecuencias del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría, la destitución e imposición de inhabilidades para el ejercicio de las funciones públicas.

El cargo consistió en que tales previsiones resultaban contrarias a lo dispuesto por el artículo 23 de la CADH, en virtud de la cual la Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, circunstancia esta última que en criterio de los demandantes se infringía en los preceptos acusados.

Consideró la Corte Constitucional que no se presentaba la infracción denunciada, por lo siguiente:

*(...) es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las **interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales**, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios*

históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.

Ahora bien, en caso de que frente a un determinado problema jurídico concreto la interpretación armónica de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no acuerde una respuesta satisfactoria, con fundamento en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, será necesario acudir a otros tratados internacionales relevantes.

Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

En tal sentido, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, aprobada por el seno de esta última el 26 de marzo de 1996, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el propósito de combatir dicho flagelo.

De igual manera, más recientemente, en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en su artículo 8.6. alude expresamente a la imposición de medidas disciplinarias contra la corrupción:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, **medidas disciplinarias** o de otra

índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador” (negrillas fuera de texto).

Concluyó la Corte Constitucional, a partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por ello no es de recibo considerar que en virtud de la aplicación directa de este precepto convencional el ente de control carece de facultades sancionatorias como las ejercidas en los actos controvertidos en este juicio de amparo.

Así las cosas, no es posible considerar que se está frente a una afectación ilegítima de los derechos políticos del peticionario.

Se suma a lo anterior, el margen de apreciación que la CIDH ha reconocido a los Estados miembros en desarrollo y aplicación de las disposiciones de la CADH, que para el presente asunto se traduce en la legitimidad de la formulación de un sistema de control disciplinario de los servidores públicos que aun cuando prima facie podría generar dudas sobre su compatibilidad con el artículo 23.2 CADH, por habilitar la imposición de sanciones restrictivas de los derechos políticos por un órgano al que formalmente no le asiste la calidad de autoridad jurisdiccional, y a partir de la valoración concreta del diseño institucional de la Procuraduría en el orden constitucional nacional, se muestra conforme a las exigencias mínimas del sistema interamericano.

El artículo 30 CADH brinda cobertura suficiente a esta prerrogativa, que en últimas busca armonizar los derechos garantizados en la esfera internacional con los intereses y circunstancias propias de cada Derecho interno.

La discrecionalidad en materia de regulación o configuración de los derechos políticos fue reconocida por la CIDH en el caso CASTAÑEDA GUTMAN VS. MÉXICO, en el cual se controvertió una limitación al derecho a participar en política contemplada por el sistema electoral mexicano, en el que se esclarecieron importantes elementos para la comprensión del régimen jurídico del artículo 23, entre ellos que debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica con el resto de los preceptos de la Convención o sus principios, que la Ley puede reglamentar el ejercicio de tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”, que los límites no se traduzcan en medidas desproporcionadas o irrazonables, que no establezcan en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la CADH².

Lo anterior, no solo porque el sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado, sino también porque establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales³.

*Siendo esto así, y teniendo en cuenta las especificidades del diseño institucional de la Constitución Colombiana, **para la Sala no hay duda que el régimen disciplinario perfilado por la Carta en sus artículos 4, 6, 113, 117, 124, 125, 209, 210 y 275 a 278, concretado por la Ley 734 de 2002, constituye un desarrollo legítimo del referido margen de apreciación;** razón por la cual en manera alguna atenta contra el citado artículo 23.2 CADH, posición que encuentra su respaldo en la autonomía funcional e independencia orgánica que hoy se le concede a la Procuraduría General de la Nación y en la valoración de los contenidos mínimos en los cuales la jurisprudencia de la CIDH ha cimentado la idea de la garantía de la protección judicial que se debe observar en los eventos de restricción de los derechos políticos de las personas.*

² Consideración jurídica No. 161.

³ Consideración jurídica No. 166.

El primer aspecto, es expresión del empeño del Constituyente en la definición de un esquema robusto de controles sobre los poderes públicos capaz de hacer frente a consabidos problemas institucionales como la corrupción, la ineficiencia o la indisciplina del funcionario público, lo que se puede apreciar en la proliferación de disposiciones puntuales que pretenden el control específico de los distintos niveles de la Administración Pública⁴ y de otro, en el sometimiento de las instancias más elevadas del poder público a una pluralidad de fórmulas de responsabilidad que se concretan en instituciones tan diversas como los controles político, disciplinario o fiscal, en la declaratoria de pérdida de investidura o en el juzgamiento penal de su conducta y el contencioso administrativo frente a los actos electorales y de todas sus decisiones como autoridad del Estado, así como del control que se deriva del ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado, así como de los jueces de tutela, habeas corpus, acciones populares y de cumplimiento.

En este orden, y tomando en cuenta las consideraciones de la CIDH sobre la interpretación del artículo 23 CADH y el margen de apreciación que le es dado a los Estados para la regulación de los derechos políticos de sus ciudadanos, la Sala concluye que la Procuraduría tiene competencia para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado sin que ello resulte contrario a la norma convencional en cita.

En relación con el segundo aspecto, garantías mínimas que se deben observar en eventos de restricción de derechos políticos, el párrafo 2 del artículo 23 CADH no puede ser objeto de una interpretación aislada ni literal, pues no se debe ignorar el conjunto de la Convención ni los principios básicos que la inspiran⁵, pues la CADH establece “lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas,

⁴ Así, por ejemplo, la cláusula general contenida en el artículo 6º, según la cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley “y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, es claramente ilustrativa de esta tendencia. De forma más concreta se observa una alusión al control disciplinario en disposiciones como el artículo 209 y su referencia a que “[l]a administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley”. O también en el artículo 210 que encomienda al legislador definir “el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. La trascendencia de esta función se hace igualmente manifiesta en el artículo 125, según el cual en virtud de su estabilidad reforzada el retiro de los funcionarios de carrera administrativa procede solo “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley”. La amplitud con la cual el artículo 277 configura la competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar servidores públicos, inclusive a los de elección popular, es otra evidencia de ello.

⁵ Consideración jurídica No. 153.

*políticas, sociales y culturales*⁶. Por ende, conforme se concluyó de manera precedente, las potestades que legalmente asisten a la Procuraduría para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado no atentan o infringen dicha previsión de la Convención.

Ahora bien, en relación con el precedente *LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA*, que también menciona el actor para cuestionar la conformidad de las facultades sancionatorias de la Procuraduría con el artículo 23.2 CADH, por cuanto en dicho pronunciamiento la CIDH encontró vulnerado dicho artículo, por el hecho de haber recibido esta persona una sanción de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por parte de una autoridad administrativa, se tiene lo siguiente:

La Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, realizó el examen detallado de dicho pronunciamiento con fundamento en el cual es posible afirmar que esa conclusión no es trasladable al caso sub examine.

En efecto, según lo manifestado por la CIDH en dicho asunto:

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

Son pues, tan significativas las diferencias entre uno y otro supuesto, que permiten afirmar con suficiencia una distinción capaz de justificar de forma razonada una conclusión divergente.

Además, no puede perderse de vista el hecho que en el orden jurídico nacional las decisiones sancionatorias de la Procuraduría son pasibles del control jurisdiccional del contencioso administrativo, lo cual refuerza aún más las garantías procesales y

⁶ Consideración jurídica No. 166.

asegura la tutela judicial de las personas afectadas por esta clase de determinaciones.

Para la Sala, la vigencia de estas garantías en el derecho nacional no solo permite fundamentar razonadamente una conclusión divergente a la alcanzada por la CIDH en el precitado caso LÓPEZ MENDOZA, sino que además hacen posible constatar la compatibilidad sustancial del sistema de control disciplinario diseñado por el Constituyente y desarrollado por el legislador nacional con la exigencia convencional, según la cual solo una autoridad que atienda los mínimos que impone la garantía de la protección jurisdiccional (rectius independencia y apego a los principios de legalidad y debido proceso) pueda adoptar medidas restrictivas o limitativas de los derechos políticos de las personas.

Con base en los razonamientos anteriores, es claro para la Sala que examinada la convencionalidad del sistema de control disciplinario diseñado por la Constitución Política de Colombia y desarrollado por la Ley 734 de 2002 la Procuraduría tiene plenas facultades para investigar a los funcionarios públicos del Estado colombiano y, de ser el caso, imponerles sanciones como la destitución o inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos. En estas condiciones no hay duda que las determinaciones adoptadas por el órgano de control sobre los derechos políticos del peticionario no representan de por sí un desconocimiento de los derechos garantizados por los artículos 23 de la CADH y 40 de la Ley Fundamental colombiana.

Un segundo cuestionamiento del demandante a la competencia de la Procuraduría para adoptar la sanción de destitución impuesta se relaciona con la facultad exclusiva que en su sentir, reconoce el artículo 323 de la Constitución al Presidente de la República para tomar esta determinación, y que en su criterio desarrolla el artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993. Según lo expresado en la demanda estas disposiciones fueron ignoradas por el ente de control, pues solo el Presidente de la República podría tomar la decisión de separar de su cargo al Alcalde Mayor de Bogotá⁷.

Dicho cargo, no encuentra fundamento en la Constitución ni en la Ley, por cuanto si bien, el inciso 6º del artículo 323 de la Carta dispone que “en los casos

⁷ Folio 65.

taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde⁸, tal disposición está lejos de tener el alcance que se le da en la demanda. En efecto, dicha facultad solo opera en los eventos que señale la Ley, es decir, que es al legislador a quien corresponde determinar los casos en que el Presidente de la República puede o debe destituir o suspender al Alcalde Mayor de Bogotá. Es, pues, como ha sido sostenido por la Corte Constitucional, “una facultad excepcional que requiere causales específicas”⁹ definidas por la Ley, sin que ello implique que el Ministerio Público carezca de facultades para imponer directamente las sanciones que estime del caso en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Así, tal como es explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-229 de 1995, lo previsto en estas disposiciones se debe entender de manera armónica con la facultad constitucional reconocida a la Procuraduría para imponer las sanciones derivadas del ejercicio de la potestad disciplinaria externa que con exclusividad le confía la Carta.

Dicha atribución excepcional y su ejercicio será procedente solo en los eventos en los que así lo disponga la Ley y que en absoluto resulta incompatible con el poder general que la propia Constitución atribuye al ente de control para instruir procesos disciplinarios y adoptar las medidas sancionatorias, incluida la destitución de alcaldes de elección popular, que juzgue del caso.

Visto lo anterior debe señalarse que la referida prerrogativa presidencial fue regulada por el artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993, así:

ARTICULO 44 . Destitución. El Presidente de la República destituirá al alcalde mayor:

- 1. Cuando contra él se haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal.**
 - 2. Cuando así lo haya solicitado el Procurador General de la Nación, y**
 - 3. En los demás casos previstos por la Constitución y la ley.**
- (Se resalta).*

En consecuencia, para la Sala no hay duda de que lo dispuesto por el numeral 2º del referido artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993 en manera alguna excluye la

⁸ Esta disposición tiene un contenido análogo al del inciso 4º del artículo 314 de la Carta (modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2002), que prevé una facultad semejante en cabeza del Presidente y de los Gobernadores para suspender o destituir alcaldes municipales.

competencia sancionatoria del Procurador General de la Nación, pues el artículo 172 CDU, al definir las reglas correspondientes a la ejecución de las sanciones, dispone lo siguiente:

Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones.
La sanción impuesta se hará efectiva por:

- 1. El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.**
2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.

...

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación (negrillas fuera de texto).

En este orden, para la Sala Plena es claro, en virtud de lo dispuesto por la legislación disciplinaria, que para efecto de la ejecución de la sanción disciplinaria, una vez en firme, debe ser cumplida por el funcionario legalmente designado como el competente para ese fin, el cual variará según el cargo ocupado por el sancionado. Para el caso de los Alcaldes de Distrito es el Presidente de la República.

Visto lo anterior se muestra evidente para la Sala no solo que la Ley ha habilitado a la Procuraduría para imponer la sanción de destitución al Alcalde Mayor de Bogotá, sino que una vez en firme la decisión ésta deberá ser **comunicada al Presidente de la República**, a quien el CDU confía su ejecución y la de cualquier otra sanción que se le imponga a este servidor público.

En consecuencia no puede prosperar el cargo elevado, ya que la responsabilidad del Jefe de Estado frente a la ejecución de la sanción no resulta incompatible con la facultad decisoria y sancionatoria que en materia disciplinaria otorgaron la Constitución y Ley a la Procuraduría.

Una última censura que efectúa el demandante, consiste en la supuesta imposibilidad de delegar la función sancionatoria pues se trata de un asunto privativo del Procurador General de la Nación en virtud de lo previsto por el

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 1995.

artículo 278 de la Carta, que en su numeral 1º establece que estos supuestos sean de conocimiento directo y exclusivo del jefe del Ministerio Público¹⁰.

Toda vez que se trata de un cargo que no fue expresado en la demanda de tutela sino en el recurso interpuesto contra la sentencia impugnada la Sala considera procedente, antes de abordar su examen de fondo, determinar si hay lugar o no a ocuparse de él, por su condición de extemporáneo.

Basta con señalar, para determinar la procedencia del cargo, de un lado el carácter informal de la acción de tutela y de otro, que sobre este punto en particular, la Procuraduría General de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al decidir el recurso de reposición dentro del proceso disciplinario y en consecuencia, la circunstancia de haber ejercido una defensa material frente al cargo elevado hace posible valorar el argumento planteado por el actor en el escrito de impugnación.

En estas condiciones, la Sala concluye que tampoco este cargo es de recibo. Varias razones sustentan esta consideración. La primera, de índole sustancial, consiste en valorar la cualificación de la gravedad de la falta que exige la Constitución para que se configure el supuesto en cuestión: el artículo 278.1 de la Carta no alude de manera genérica a cualquier violación a la Constitución o la Ley, precisa que se debe tratar de una infracción “manifiesta”. En este orden, para la Sala la intensa y compleja discusión jurídica que subyace a la controversia que ahora se ventila en sede de tutela desdice de dicha condición frente al caso que se debate, pues difícilmente un juicio adelantado sobre la base del desconocimiento de manera manifiesta de la Constitución y la Ley puede tener tantas aristas, complicaciones técnicas y jurídicas y opiniones divergentes como las que se observan en el sub iudice.

De otro lado, debe considerarse que a la luz de las previsiones contenidas en el Capítulo II del Título XI del Libro IV del CDU, referente a los procedimientos especiales que se adelantan ante el Procurador General de la Nación, las investigaciones que se adelanten en ejercicio de la competencia exclusiva e indelegable del Procurador General de la Nación deben someterse a un rito procesal especial. Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 182 CDU,

¹⁰ Folios 750-755.

“cuando la conducta por la cual se procede sea alguna de las previstas en el artículo 278, numeral 1, de la Constitución Política, el procedimiento aplicable será el previsto en este capítulo”. Lo cual, según lo establece el artículo 183 de dicho estatuto, supone que “conocida la naturaleza de la falta disciplinaria, el Procurador General de la Nación declarará la procedencia del procedimiento especial y citará a audiencia al servidor público investigado, mediante decisión motivada”. En el presente caso, entonces, de la forma como se adelantó el procedimiento se puede inferir que no se atribuyó dicha naturaleza especial a las faltas investigadas, toda vez que (i) no se produjo la declaración prevista por el artículo 183 CDU, y por lo mismo (ii) no se sometió la investigación al procedimiento especial conforme a lo ordenado por el artículo 182 idem, sino al trámite ordinario.

En estas condiciones, es claro que contrario a lo afirmado por el demandante, no se está ante una investigación adelantada por una infracción manifiesta de la Constitución y la Ley a la que resulte aplicable el régimen contemplado por el artículo 278.1 de la Carta. Por ende, como fue indicado por la Procuraduría en el acto administrativo por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto, la investigación adelantada y la sanción impuesta se fundamentan en la competencia general prevista por el artículo 277.6 de la Carta, en relación con el cual no hay lugar a predicar una imposibilidad de delegación siempre que se observen los requisitos que al efecto define la Ley.

En este orden, concluye la Sala que al tratarse de una investigación que no se sometió al régimen especial del artículo 278 numeral 1º de la Carta, se adelantó en ejercicio de las facultades generales que la Constitución en su artículo 277.6 y el Decreto Ley 262 de 2000 le otorgan al Procurador. Por esta razón aun cuando se trata de un procedimiento que se debía adelantar en única instancia en consideración al sujeto investigado, el mismo podía ser objeto de delegación siempre que se atendiera la exigencia fijada por el inciso 3º del párrafo del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2002, esto es, que dicha encomienda se efectuara al Viceprocurador General de la Nación o a la Sala Disciplinaria del ente de control. Toda vez que en el sub examine se confió la instrucción y resolución del asunto a este último organismo, no se evidencia irregularidad alguna en la delegación.

No se configura en consecuencia, el cargo de incompetencia.

*En suma, no es procedente la acción de tutela como mecanismo de protección **inmediata y definitivo** de protección de derechos fundamentales en razón de que el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, que, junto con las medidas cautelares en los términos que antes quedaron consignados, constituye un medio de defensa que garantiza una tutela efectiva de sus derechos. Por este aspecto la acción instaurada es improcedente.*

*Tampoco se presentan los elementos que llevan a su procedencia, como mecanismo **transitorio** para evitar un perjuicio irremediable, puesto que además de las consecuencias que acarrea la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, no obra de manera ostensible, un actuar injustificado y carente de legitimidad, pues el ente a cuyo cargo se encuentra la potestad disciplinaria, tiene competencia en los términos indicados, no actuó al margen del procedimiento establecido puesto que observó el previsto en la Ley 734 de 2002 o Estatuto Único Disciplinario, la decisión disciplinaria no registra ausencia de respaldo probatorio, no se fundamentó en normas inexistentes, ni se basó en un engaño, no se observa ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos, ni desatendió algún precedente jurisprudencial con fuerza vinculante.*

Estos serían los aspectos cardinales alrededor de los cuales gira la responsabilidad del juez para resolver la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que repite la Sala, en el sub-lite no se presentan y la hacen improcedente.

Por lo expuesto en esta providencia, se confirmará la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 17 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual, rechazó por improcedente la

acción de tutela interpuesta por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARTHA TERESA BRICEÑO
Vicepresidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS B. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARMEN TERESA ORTIZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ GUILLERMO VARGAS AYALA

ALFONSO VARGAS RINCÓN MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS -
ARTICULO 23 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y
POLITICOS - ARTICULO 5 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / CONSTITUCION POLITICA -
ARTICULO 238 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 277 / CONSTITUCION
POLITICA - ARTICULO 278 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 314 /
DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 8 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO
9 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 10 / DECRETO 2591 DE 1991 -
ARTICULO 38 / DECRETO 262 DE 2000 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO -
ARTICULO 44 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 48 / CODIGO
DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 50 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO -

ARTICULO 107 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 140 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 182 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 183 / LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 19 / LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 35 / LEY 1475 DE 2011 / DECRETO 1716 DE 2009 - ARTICULO 2 / LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 13 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 13 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 52 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 161 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 199 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 210 / LEY 1437 DE 2011 - TITULO V CAPITULO XI / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 306 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 590 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE GERARDO ARENAS MONSALVE Y OTROS

Nueve (9) de los once (11) Consejeros que no compartimos la decisión mayoritariamente adoptada dentro del asunto de la referencia procedemos a exponer a continuación las razones de nuestro disenso, previa presentación literal de los antecedentes contenidos en la ponencia derrotada y de la precisión de algunos asuntos que de manera conjunta son compartidos por los firmantes, para luego, a renglón seguido presentar los argumentos por los que de manera particular, cada uno discrepa del fallo.

1. ANTECEDENTES

1.1. La Procuraduría General de la Nación (en adelante la Procuraduría), abrió investigación disciplinaria contra el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO¹¹, imputándole en el pliego de cargos haber incurrido en tres (3) **faltas gravísimas**.

- i) En primer lugar, en calidad de **determinador** y a título de **dolo**, se le imputó el desconocimiento del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002¹². Esto, como consecuencia de la **celebración del Convenio Interadministrativo No. 017 de 2012** (11 de octubre) entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de

¹¹ Expediente No. IUS 2012 -447489.

¹² **Artículo 48.- Faltas gravísimas:** Son faltas gravísimas las siguientes:

(...) **31.** Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la

Bogotá (en adelante EAAB), y **del Contrato Interadministrativo No. 809 de 2012** (4 de diciembre) entre la EAAB y la Empresa Aguas de Bogotá (en adelante EAB), en virtud de los cuales se hizo posible que estas empresas pudieran asumir la responsabilidad de la gestión del servicio de aseo de la ciudad, sin contar con la experiencia mínima ni la capacidad requerida.

- ii) En segundo lugar, le fue imputada a título de **dolo** la violación del numeral 60 del artículo 48¹³ del Código Disciplinario Único (en adelante CDU). Este cargo se funda en haber **expedido el Decreto 564 de 2012** (10 de diciembre), por medio del cual se adoptó un esquema de prestación de servicio público de aseo para la ciudad de Bogotá, en contravía de las disposiciones del ordenamiento jurídico, **por resultar violatorio del principio constitucional de la libertad de empresa**, al impedir que empresas distintas a las entidades del Distrito Capital prestarán el servicio a partir del 18 de diciembre de 2012.
- iii) El tercer cargo imputado, a título de **culpa gravísima**, consiste en la vulneración del numeral 37 del artículo 48 del CDU¹⁴. Para la Procuraduría esta falta se imputa por haber expedido el **Decreto 570 de 2012** (14 de diciembre), por medio del cual se **autorizó el uso de vehículos tipo volqueta** con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo y como medida para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios, por cuanto, con ello, **se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de Bogotá y para el medio ambiente**.

1.2. Surtidas las diferentes etapas procesales previstas en el CDU, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, por decisión fechada el nueve (9) de diciembre de 2013, leída ante los medios de comunicación, declaró responsable al Alcalde de las tres (3) faltas disciplinarias gravísimas que le había imputado en el pliego de cargos y en consecuencia, le impuso sanción de destitución del cargo y de

contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

¹³ **Artículo 48.- Faltas gravísimas:** Son faltas gravísimas las siguientes: (...) **60.** Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

¹⁴ **Artículo 48.- Faltas gravísimas:** Son faltas gravísimas las siguientes: (...) **37.** Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un

inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de quince (15) años.

1.3. El Alcalde considera que la decisión de imponerle sanción de destitución e inhabilidad por los cargos que le fueron imputados en el proceso disciplinario,¹⁵ vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, los derechos políticos y a la honra y buen nombre, y buscando su amparo, el 12 de diciembre de 2013, interpuso esta acción de tutela.

1.4. Con posterioridad a la solicitud de tutela, el 31 de diciembre de 2013, el disciplinado interpuso recurso de reposición ante la Procuraduría contra la decisión de destitución e inhabilidad adoptada en única instancia.

1.5. Adicionalmente, en escrito separado, el mismo día y pocos minutos después de radicado el recurso, el Alcalde presentó solicitud escrita de práctica de pruebas documental, pericial y testimonial por considerarlas importantes para resolver la impugnación. De los medios probatorios requeridos, la defensa dio la calidad de “pruebas sobrevinientes” a los testimonios solicitados, esto es, a las declaraciones de los señores MANUEL SÁNCHEZ, “por su conocimiento del denominado complot de las basuras”¹⁶, y DIEGO ROJAS y otros ex trabajadores de operadores privados, “quienes dieron entrevista en Canal Capital sobre las actuaciones de algunos operadores privados durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012”¹⁷.

1.6. La Procuraduría mediante decisión de 13 de enero de 2014, (i) rechazó de plano la solicitud de práctica de pruebas, (ii) decidió no reponer y confirmó la decisión de única instancia y, entre otras cosas, ordenó (iii) comunicar la decisión al Presidente de la República para que ejecute la sanción impuesta¹⁸. (Texto tomado del proyecto presentado inicialmente por el Consejero Guillermo Vargas Ayala)

riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

¹⁵ Con radicación No. IUS 2012-447489.

¹⁶ Folio 183.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993 y del artículo 172 C.D.U.

Las pretensiones que bajo el título de “petición” fueron formuladas en la presente acción son las que a continuación se transcriben:

1. “Se declare la prosperidad de la acción y, en consecuencia, se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria, en contra de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso que aquella sea desfavorable a mi representado.
2. En subsidio, se solicita se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa del acto bajo reproche, se suspenda la providencia con sanción disciplinaria, en contra de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso que aquella sea desfavorable a mi representado.
3. En consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las anteriores pretensiones alternativas, se garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, especialmente los políticos de elegir y ser elegido, y en ese desarrollo, su desempeño como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., elegido para el periodo 2012-2016¹⁹”.

Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, frente a la necesaria y urgente protección de los derechos fundamentales del sancionado “ante la posible ejecución inmediata de la decisión en cuestión”²⁰, como medida cautelar la parte actora solicitó la suspensión de la providencia que impuso las sanciones disciplinarias de destitución e inhabilidad al señor Alcalde Mayor de Bogotá.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Aunque en la sentencia de la que discrepamos no se dedicó expresamente un acápite a la procedencia de la acción de tutela, consideramos que tal temática resulta de obligado estudio pues sólo luego de superado éste y dependiendo de la conclusión a la que se arribe podrá o no pasarse al análisis de las peticiones del tutelante.

¹⁹ Folio 64 de la demanda

Así, siendo evidente que el acto administrativo de sanción que le impusiera destitución e inhabilidad general por 15 años al actual Alcalde del Distrito Capital, es, a no dudarlo, pasible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que en éste es procedente acudir a las medidas cautelares y concretamente a la que desde antaño se halla prevista para los procesos contencioso administrativos, como es la de suspensión provisional de los efectos del acto²¹, para poder determinar si la subsidiaria y residual acción de tutela es procedente o no, es menester determinar *prima facie* en el caso concreto, si ese otro medio de defensa judicial es lo “suficientemente idóneo y eficaz para otorgar una protección integral y además establecer si éstos fueron utilizados en término para hacer prevalecer los derechos supuestamente vulnerados”²².

Por ello, como lo señalara el magistrado sustanciador inicialmente, doctor Guillermo Vargas Ayala, es imperioso determinar si en el caso concreto la solicitud de amparo elevada es o no procedente, para lo cual es necesario determinar (i) el régimen general de procedibilidad de la acción de tutela; y, (ii) la regla particular acuñada por la jurisprudencia constitucional en casos en los cuales están en juego derechos políticos amenazados por una sanción disciplinaria, para con base en estas consideraciones (iii) definir si es o no procedente la solicitud de amparo; abordando tal temática que con su anuencia y como corresponde a la votación efectuada sobre ella hacemos nuestra.

2.1. El régimen general de procedibilidad de la acción de tutela.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política:

"[T]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos

²⁰ Folio 65 ídem

²¹ Esta medida cautelar tiene raigambre constitucional, pues el artículo 238 de nuestra Carta Política señala que: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

²² Tales han sido las exigencias que para la Corte Constitucional, deben determinarse siempre que se trate de considerar la procedencia de la acción de tutela contra acto sancionatorio, el cual “por sí mismo” no puede ser considerado como generador de un perjuicio irremediable”. Sobre el particular véanse entre otras las sentencias SU-111 de 1997; T-262 de 1998; T-533 de 1998; T-215 de 2000; T-127 de 2001; SU-544 de 2001; T-

constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991.

Y añade que, “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La acción de tutela es, entonces, una acción judicial especial, creada directamente por la Constitución como un procedimiento preferente, sumario, subsidiario o de carácter residual, dirigido específicamente a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 86 de la Constitución señala que este mecanismo de amparo de los derechos fundamentales solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio efectivo de defensa judicial, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia ha entendido que la procedencia de esta vía procesal excepcional está condicionada a, (i) que no existan mecanismos de defensa del derecho vulnerado o amenazado; o a (ii) que a pesar de estar previstos estos mecanismos no ofrezcan una protección eficaz o adecuada al derecho; o, por último, a (iii) que no obstante existir instrumentos procesales idóneos se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Con estos requisitos no se busca nada diferente a asegurar que esta acción, por las anotadas características de preferencia, sumariedad y subsidiariedad o residualidad (según el caso), no sustituya los recursos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho²³. Por esta causa resulta imperativo para el Juez de tutela verificar que las personas hagan uso oportuno y adecuado de los medios ordinarios de defensa puestos a su disposición, cuando ellos ofrezcan una eficaz protección a sus derechos constitucionales fundamentales.

743 de 2002; T-193 de 2007; T-161 de 2009; T-629 de 2009; SU-037 de 2009, T-451 de 2010.

²³ Así, entre numerosa jurisprudencia, la Sentencia T-890 de 2011 de la Corte Constitucional.

Aun cuando por regla general la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio judicial para la defensa de su derecho, en casos en los que se acude a la solicitud de amparo antes que al recurso de reposición que cabe contra la decisión controvertida, el Juez Constitucional debe tomar en consideración lo previsto por el artículo 9º del Decreto Ley 2591 de 1991 y valorar la idoneidad del mecanismo disponible para obtener la protección que se pretende.

En virtud de esta disposición “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”; enunciado que debe interpretarse armónicamente con el conjunto de las disposiciones de dicho estatuto para concluir que antes que habilitar un desplazamiento total de los mecanismos ordinarios de protección del derecho en sede administrativa, la acción de tutela será procedente solo en aquellos eventos en los cuales se esté ante una amenaza seria y cierta de afectación de un derecho fundamental frente a la cual las posibilidades de guarda que ofrecen los recursos administrativos sean reducidas. Lo anterior, claro está, sin que ello obste para que en todo caso, en aras de obtener una protección definitiva, el particular tenga que verse obligado a acudir al Juez Administrativo por las vías ordinarias²⁴.

Algo similar ocurre con la existencia de vías judiciales de defensa del derecho amenazado. En efecto, pese a que por las razones antes expuestas la disponibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el contencioso administrativo y la protección previa que ofrece la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los actos demandados, suponen *prima facie* una objeción a la procedencia de la presente acción de tutela, no puede pasarse por alto que este sólo hecho no excluye *per se* la intervención del Juez Constitucional. Esta puede tener lugar de manera excepcional bien porque se constatan los elementos de un perjuicio irremediable, bien porque se acredita que la vía ordinaria no ofrece una garantía adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales del actor.

²⁴ No otra conclusión se puede obtener de las demás reglas contenidas en el precitado artículo 9º del Decreto Ley 2591 de 1991, de conformidad con las cuales la solicitud de amparo (i) ni excluye la posibilidad de hacer uso concomitante o posterior de los recursos en vía administrativa, (ii) ni releva al particular del deber legal de agotar el requisito de procedibilidad consistente en el agotamiento de estos recursos como condición de acceso al contencioso administrativo.

En este orden, es claro que la simple constatación de la existencia de una vía judicial procesal ordinaria de defensa de los derechos fundamentales invocados no conlleva forzosamente la improcedencia del amparo constitucional. Dadas las particularidades del caso, le corresponde al Juez de tutela valorar las razones que alega la parte solicitante para justificar la eventual procedencia excepcional de este mecanismo.

2.2. La procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se impone a un funcionario en ejercicio una sanción disciplinaria que pone en riesgo la efectividad de derechos políticos y da lugar a que se configure un perjuicio irremediable.

Visto lo anterior, debe manifestarse que el asunto bajo revisión, por encerrar una controversia relativa a derechos políticos amenazados por una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario de elección popular en funciones, remite no solo a la jurisprudencia general decantada por la justicia constitucional en materia de protección de derechos fundamentales frente a la existencia de un perjuicio irremediable, sino además, de forma específica, a la línea jurisprudencial que se ha ocupado en particular de esta clase de asuntos.

En efecto, dado el contenido específico de la controversia que se debate, no puede desconocerse la regla jurisprudencial recientemente reiterada en torno a la procedencia excepcional del mecanismo de amparo en eventos en los cuales una sanción disciplinaria amenaza o atenta contra la efectividad de los derechos políticos de un funcionario elegido para un periodo determinado. Lo anterior, puesto que en la sentencia SU-712 de 2013 la Corte Constitucional, luego de poner de manifiesto que “la sanción disciplinaria no implica en sí misma la existencia de un perjuicio irremediable”, reconoce, tras una completa reconstrucción de la línea jurisprudencial decantada en los últimos años sobre esta clase de controversias, que dadas las particularidades que ofrecen, en estos supuestos la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así, toda vez que los derechos políticos no pueden ser sustituidos o postergados, ya que se ejercen en los momentos constitucionalmente establecidos y en ese orden su disfrute se materializa concretamente durante el lapso comprendido por

el periodo institucional respectivo, en virtud de este condicionante temporal, “[c]ada día que pasa equivale a la imposibilidad de ejercer la representación de quienes votaron”²⁵ y una correlativa barrera para el ejercicio del cargo y la realización del proyecto político avalado por el electorado. Con todo, somete la procedibilidad del recurso –lo cual no significa que necesariamente se conceda el amparo o la protección de fondo requerida- a **un test más estricto**.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente deben acreditarse los elementos característicos del perjuicio irremediable, que para estos eventos pueden reseñarse en los siguientes términos²⁶:

(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso”²⁷.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos”²⁸. En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable²⁹.

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia, pues la ejecución de la sanción implica el abandono de la representación que sus electores le han

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

²⁶ *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencias T-1093 de 2004, T-1137 de 2004, T-1039 de 2006 y T-778 de 2005, entre otras.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1093 de 2004.

²⁸ Sentencias T-1039 de 2006, T-143 de 2003 y T-1093 de 2004.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1993 y T-1316 de 2001.

encargado³⁰. Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”³¹.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.

En el caso *sub judice* consideramos que la demanda cumple con estos requisitos. Veamos:

- En cuanto al primero de ellos, esto es, que existan motivos serios y razonables que permitan fundamentar una posible infracción *ius* fundamental por parte de la providencia disciplinaria, se observa que en el caso concreto la solicitud de amparo expone con suficiencia y claridad los argumentos por los cuales considera afectados sus derechos al debido proceso, al ejercicio de los cargos públicos y a la honra y buen nombre. Se trata, además, de motivos serios, razonables y razonados, que esencialmente persiguen controvertir a la luz de las garantías que conlleva el debido proceso la constitucionalidad de la interpretación que hizo la Procuraduría tanto de las normas del Código Único Disciplinario con base en las cuales se cimentaron los cargos y la sanción impuesta, como del procedimiento y del razonamiento plasmado en el acto sancionatorio y su confirmación. Por ende se atiende esta primera exigencia.
- En lo referente al segundo requerimiento, a saber: que el perjuicio que se deriva de la sanción amenace con anular el ejercicio de uno o más derechos fundamentales del sujeto disciplinado, encontramos que también se cumple. La clara amenaza que para el ejercicio del derecho a ejercer el cargo para el cual fue elegido el señor PETRO URREGO representa la sanción de destitución impuesta, que lo obliga a abandonar la Alcaldía Mayor de Bogotá, lo mismo que para su derecho a ser elegido conlleva la inhabilidad de quince años establecida, acreditan sobradamente el lleno de este requisito.

³⁰ Sentencia T-778 de 2005.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

- La tercera exigencia obliga a verificar que la sanción ocasione un perjuicio irremediable, lo cual hace forzoso examinar su certeza, inminencia, gravedad y urgencia. En criterio de la Procuraduría el referido perjuicio irremediable es inexistente tal como lo evidencia el hecho que la solicitud de amparo sea interpuesta en calidad (todavía) de Alcalde Mayor de Bogotá. Para los aquí suscribientes esta línea de argumentación no es de recibo, pues es claro que aún cuando es cierto lo manifestado, ello no obedece a la falta de inminencia del perjuicio al que se expone el burgomaestre, sino a la falta de ejecutoria de los actos administrativos sancionatorios.

Para nosotros, lo antes expresado acredita la certeza, inminencia, gravedad y urgencia del perjuicio invocado por el actor. Ciertamente, no requiere de mayor esfuerzo considerar que la ejecución efectiva de la sanción conllevaría la afectación seria, cierta y prácticamente irreversible de los derechos políticos del actor, pues, como se mencionó con anterioridad, el condicionamiento temporal del derecho al ejercicio de los cargos públicos supone indefectiblemente que conforme pasa el tiempo expira el periodo institucional dentro del que se debería materializar su ejercicio, con lo cual se allana el camino para la intervención excepcional del Juez de Amparo por vislumbrarse una situación constitutiva de un perjuicio irremediable.

En efecto, un análisis detallado del asunto permite apreciar que (i) no se trata de una afectación hipotética o eventual, (ii) cuyo acaecimiento se observa próximo en el tiempo dado el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos que cobran firmeza, (iii) cuya cristalización abocaría al actor a una situación en la que la restitución *in natura* de su derecho sería imposible, toda vez que la separación del cargo a esta altura del periodo implicaría la realización de elecciones atípicas, de modo que a la par que se defraudaría al electorado que lo eligió se frustraría también su proyecto político³²; y que (iv) dado el régimen al que está sometido el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, su interposición necesariamente supondría que el acto sancionatorio cobrara firmeza y, por ende, se ejecutara la medida de destitución

³² Es decir, se llenan las exigencias de la gravedad de la afectación.

con las consecuencias ya anotadas, motivo por el cual se hace impostergable la intervención del juez de tutela³³.

- El cuarto requisito tiene una estrecha relación con el tercero, toda vez que reenvía a la constatación de los elementos particulares que originan el perjuicio irremediable, pero busca centrar su atención en las consecuencias directas que debe tener este invocado sobre los derechos políticos del actor. Así, se pide la verificación de que en virtud de los ya referidos requisitos de certeza e inminencia “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”³⁴. E igualmente se pide que la gravedad del perjuicio irremediable constatado consista en involucrar “derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”³⁵.

Como se puede anticipar, dada la naturaleza política y con periodo institucional del cargo para el cual fue elegido el peticionario, así como el origen popular de su designación y las drásticas consecuencias que tiene la medida sancionatoria adoptada para los derechos políticos del actor al ejercicio de la calidad de Alcalde Mayor de Bogotá y la representación política de su electorado, no hay dudas que también se cumple con este requerimiento.

- Finalmente, indica la jurisprudencia constitucional, es preciso que los medios ordinarios de defensa del derecho no resulten lo suficientemente eficaces para realizar un control oportuno de la legalidad y constitucionalidad de las sanciones cuestionadas. Al respecto debe mencionarse que aún cuando los distintos medios de control procedentes ante el contencioso administrativo históricamente han demostrado su idoneidad para asegurar la vigencia del Estado de Derecho en Colombia y la realización efectiva del orden constitucional, por lo cual no es viable cuestionar su aptitud global para cumplir con dicho cometido, para el caso concreto su efectividad resulta dudosa. El motivo: el régimen jurídico al que está sometido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no solo obliga a que de manera previa se deba agotar el requisito de procedibilidad

³³ En otras palabras, cumple el requisito de la urgencia.

³⁴ Sentencia T-778 de 2005.

consistente en la solicitud de conciliación prejudicial, sino que, además, presupone que el acto cuestionado haya cobrado firmeza y sea, por lo tanto, ejecutivo y ejecutorio. Circunstancia que, como ya fue mencionado, para el actor representa el forzoso acatamiento de la sanción de destitución acusada en el *sub judice* de atentar contra sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los cargos públicos y a la honra y al buen nombre y, lo que es lo mismo, equivale a la consumación del perjuicio irremediable identificado *ut supra*.

En este orden, y en línea con el carácter impostergable de la intervención del Juez de tutela referido anteriormente, consideramos que solo la mediación del amparo constitucional resultaba idónea para prevenir la ocurrencia del perjuicio irremediable invocado; por lo que también debería darse por satisfecho este último requerimiento.

2.3. La procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

Visto lo anterior, contrario a lo afirmado por el *a quo* en la sentencia recurrida, donde además confundió el análisis con el propio de tutela contra providencia judicial, y por la mayoría de la Sala, en el *sub judice* **la acción de tutela sería procedente**. Esto, por encontrarnos ante una solicitud de amparo que pese a recaer sobre una decisión administrativa sancionatoria susceptible de ser atacada ante el contencioso administrativo, como quedó evidenciado, reúne los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para que la acción de tutela sea procedente en esta clase de asuntos.

Bajo el anterior supuesto general de haberse cumplido con las exigencias que jurisprudencialmente se han trazado desde esta Corporación y desde la Corte Constitucional es que los suscritos disidentes consideramos que debía haberse proseguido con el estudio de la solicitud de amparo, advirtiendo cada uno de nosotros argumentaciones diversas para adentrarse en él.

3. DE LA AUSENCIA DE TEMERIDAD

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

Aunque en la decisión adoptada por mayoría nada se dice a este respecto y durante los debates se advirtió que se daba por descontado e implícito que se había superado esta discusión desde el momento mismo en que se estudiaron algunos de los argumentos planteados por el tutelante en torno a la competencia de la Procuraduría para imponer sanción de destitución a un funcionario de elección popular y el examen de tal potestad de cara a las Convenciones que en materia de derechos humanos ha suscrito Colombia, consideramos que tal supuesto debió haber sido expresado de manera manifiesta por cuanto sólo a partir de allí es que la Sala pudo continuar con el estudio de fondo, porque de lo contrario se habría tenido que rechazar o decidir desfavorablemente todas las solicitudes, como lo dispone el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, tal como se dispuso en la Sala Plena, al proceso fue incorporado informe al que se adjuntó la copia de las demandas que se habían recibido en el Consejo de Estado para la fecha en la que se presentó el primer proyecto de fallo, documentos a partir de los cuales se hizo la comparación a fin de establecer si se daban o no los presupuestos para colegir la existencia de temeridad, fenómeno regulado por el referido artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 en el que se dispone que para que se pueda concluir su existencia es necesario que se establezca que: (i) no hubo justificación para que (ii) se presente la misma acción de tutela, (iii) por la misma persona o su representante (iv) ante varios jueces o tribunales.

En estas condiciones frente a las acciones de tutela que habían arribado a la Corporación en algunas de las cuales se había aducido por los actores la condición de agentes oficiosos del señor PETRO URREGO, mientras que en otra se lo vinculó como “directo interesado”, se hizo el siguiente cuadro comparativo por parte del entonces ponente a fin de determinar si existía identidad de partes, hechos y pretensiones, para de ser ello el caso, enseguida verificar si se adujo o no una justificación razonable y objetiva que permita descartar o colegir mala fe:

Radi cado	Actor	Derechos invocados	Decisión Tribunal	Intervención de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
1. 2013 -	GUSTAVO FRANCISCO PETRO	I) Debido proceso, II) honra y buen nombre; y III)	Rechazó	A nombre propio a través de apoderado

Radicado	Actor	Derechos invocados	Decisión Tribunal	Intervención de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
0687 1	URREGO	derechos políticos		
2. 2013 - 0705 2	JOSÉ GOTARDO PÉREZ LOTO Y OTROS	I) Elegir y ser elegido; y II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	Aunque estado en curso el trámite de la segunda instancia allegó poder, en la sentencia de primera instancia no se aceptó la agencia oficiosa.
3. 2013 - 0223 4	MARI SOL GAMBOA LEÓN	I) Elegir y Ser Elegido; y II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	Desde el auto admisorio se negó la agencia oficiosa.
4. 2013 - 0702 3	JOSÉ SEBASTIÁN CALDERÓN PEDRAZA	Elegir y ser elegido	Amparó de manera transitoria	Se adujo agencia oficiosa. El señor PETRO URREGO la aceptó y manifestó que ya había presentado acción de tutela, que “aceptaba la agencia” pero que “no estaba formulando tutela” pidiendo el amparo del mismo derecho. En el auto admisorio ordena vincular a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO como “directo interesado” y en el fallo ampara los derechos del actor en su calidad de ciudadano y como agente oficioso.
5. 2013 - 0223 9	CAMILO ANDRÉS GUIO RODRÍGUEZ	I) Elegir y ser elegido y II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	Desde el auto admisorio y luego en la sentencia, negó la agencia oficiosa.
6. 2013 - 0222 1	MERY JANETH GUTIÉRREZ CABEZAS	I) Elegir y ser elegido, II) ser representado de forma colectiva; y III) participación ciudadana	Amparó de manera transitoria	No

Radicado	Actor	Derechos invocados	Decisión Tribunal	Intervención de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
7. 2013 - 0705 4	GERARDO ALEXIS GONZÁLEZ ARANGO	I) Elegir y ser elegido y II) participación en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	A pesar de que el señor PETRO URREGO dijo aceptar la agencia oficiosa, el Tribunal en la sentencia declaró que no habría de tenérselo como agenciado.
8. 2013 - 0221 9	ÓSCAR AUGUSTO VERANO MUÑOZ	I) Debido proceso, II) elegir y ser elegido; y III) participación en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	No
9. 2014 - 0000 9	CARLOS ALBERTO MAYA RESTREPO	I) Elegir y ser elegido y II) art. 23 Pacto San José	Falta de legitimación	En el auto admisorio se dispuso su vinculación como "tercero", y en oficio de la Alcaldía Mayor se señala que el alcalde se abstiene de pronunciarse.
10. 2013 - 0223 3	MARIBEL ESCOBAR CARDENAL	I) Elegir y Ser Elegido; y II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	En el auto admisorio se negó la agencia oficiosa.
11. 2013 - 0223 5	ALEJANDRA DEL PILAR CÉSPEDES GARCÍA	I) Libertad política, II) participar en el ejercicio y control del poder político; y II) Pacto de San José	Amparó de manera transitoria	No
12. 2013 - 0223 6	ROBERTO HERMIDA IZQUIERDO	I) Elegir y Ser Elegido; y II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó de manera transitoria	Se negó la agencia oficiosa
13. 2013 - 0702 2	DIEGO RAMOS DÍAZ	I) Derecho al voto, II) democracia, III) petición, IV) debido proceso; y V) libre elección por voto popular	Falta de legitimación	No
14. 2013 - 0703	SERGIO ERICK LIZARAZO ORTEGA	I) Elegir y ser elegido; y II) participar en el ejercicio y control	Negó	No hubo intervención. Se negó la agencia oficiosa

Radicado	Actor	Derechos invocados	Decisión Tribunal	Intervención de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
4		del poder político		
15. 2013 - 0705 3	NATALIA DE LA VEGA SINISTERRA	I) Elegir y ser elegido; II) participar en el ejercicio y control del poder político	Falta de legitimación	No hubo intervención. Se negó la agencia oficiosa
16. 2013 - 0284 4	EDISON SABI ANTURI	I) Derecho al voto; y II) a la democracia	Declaró improcedente	NO
17. 2013 - 0284 3	FLORESMIR O SUÁREZ LEÓN	I) Derecho al voto; y II) a la democracia	Declaró improcedente	NO
18. 2013 - 0158 2	JUAN MANUEL GUIO RODRÍGUEZ	I) elegir y ser elegido; II) participar en el ejercicio y control del poder político	Declaró improcedente	No hubo intervención. Se negó la agencia oficiosa y dispuso vincularlo como tercero
19. 2014 - 0002 4	JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA	I) Elegir y ser elegido; II) participar en el ejercicio y control del poder político	Amparó ordenó estarse a lo resuelto en los procesos 2013-02233, 2013-02221 y 2013-02239	NO
20. 2014 - 0003 5	ALFONSO ROMERO PÉREZ	I) Elegir; II) debido proceso	Amparó ordenó estarse a lo resuelto en los procesos 2013-02233, 2013-02221 y 2013-02239	En el auto admisorio se negó la agencia oficiosa.

De la anterior comparación la Sala, por mayoría, concluyó que no existía temeridad por cuanto los accionantes si bien adujeron la condición de agentes oficiosos del señor PETRO URREGO, en los cuatro (4) expedientes en que actuó, la situación fue la siguiente:

En la acción de tutela 2013-07023-01 instaurada por José Sebastián Calderón Pedraza en su propio nombre y actuando como agente oficioso de GUSTAVO

FRANCISCO PETRO URREGO, éste manifestó aceptar tal representación, pero el Tribunal al admitir la tutela dispuso vincularlo como “directo interesado”, para finalmente disponer que el amparo cobijaba al actor como ciudadano y como agente oficioso, pero allí los derechos amparados fueron los de elegir y ser elegido y a participar en el ejercicio y control del poder político, bajo el supuesto de que en virtud a lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos la limitación de tales derechos sólo puede provenir de condena ejecutoriada proferida por juez penal.

Mientras que en la resuelta a través de la sentencia de la que hoy nos apartamos, la pretensión fue la de recibir el amparo de los derechos al debido proceso, y a los derechos políticos por falta de aplicación del bloque de constitucionalidad respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, coincidiendo entonces la solicitud de protección frente a estos últimos bajo una óptica y razón distinta, lo cual podría considerarse temerario de no ser porque se descarta, no sólo por el factor estrictamente objetivo de que en el caso de la tutela instaurada por el señor Calderón Pedraza los derechos políticos son precisos: elegir y ser elegido, mientras que en el del señor PETRO URREGO hace referencia a la posibilidad de mantenerse en el cargo para el que fue elegido hasta tanto un juez penal lo condene y le limite tal derecho, sino también porque según el punto de vista subjetivo desde la primera intervención el señor PETRO advirtió de la existencia de la acción instaurada a instancia suya por violación al debido proceso, por lo que en manera alguna podría advertirse ánimo de esconder, soslayar, omitir o engañar sobre ella para lograr más de una decisión sobre el punto.

En las acciones de tutela instauradas por José Gotardo Pérez Soto y Gerardo Alexis González Arango, como se indica en el cuadro, no se aceptó la agencia oficiosa, por lo que frente a ellas ningún análisis de temeridad puede hacerse por cuanto se carece de punto de comparación, porque la intervención de PETRO URREGO que es la que permite el parangón, sencillamente no existe o de existir no fue admitida.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional³⁶, antes de la admisión de la demanda el Juez debe verificar

²⁶. Sentencia T-109 de 2011

que se cumplan los requisitos de la agencia oficiosa (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991):

- i) Que exista una manifestación del agente oficioso en el sentido de que actúa como tal;
- ii) Que efectivamente el titular del derecho fundamental no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.
- iii) Que siempre que sea posible, exista una ratificación oportuna por parte del titular del derecho respecto a los hechos y pretensiones de la acción.

Y, si no se cumple alguno de los requisitos, el juez deberá, según el caso, rechazar de plano o negar el amparo deprecado, incumplimiento que en este caso era palmario y de dominio público habida cuenta de ser objeto de permanente despliegue periodístico que el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. se hallaba en pleno uso y goce de sus facultades físicas y mentales al punto de hacer constantes manifestaciones respecto al fallo disciplinario en su contra, por lo que en todos los casos la agencia oficiosa, si no fue rechazada de plano, debió –como se hizo en algunos eventos- conducir a negar el amparo deprecado a nombre del agenciado por falta de legitimación en la causa por activa.

Presentados así los razonamientos por los que de manera conjunta disentimos de la decisión tomada por mayoría, a continuación cada uno de los firmantes expondrá las consideraciones adicionales en que fundan su discrepancia.

4. CONSIDERACIONES ADICIONALES DE DISENSO

4.1. GERARDO ARENAS MONSALVE

4.1.1. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO EN EL CASO CONCRETO

- a) En nuestro criterio, la tutela era procedente en el caso de autos, como mecanismo transitorio, frente al eventual perjuicio irremediable por tratarse de un cargo de representación política, conforme lo ha dicho la Corte Constitucional. En este

sentido son relevantes los criterios expresados en la ponencia inicial en la que, partiendo de los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, se indica que dadas las particularidades de esta clase de controversias, la acción de tutela es procedente toda vez que los derechos políticos no pueden ser sustituidos o postergados en la medida en que se ejercen en los momentos constitucionalmente establecidos, lo que significa que el goce del derecho se materializa durante el lapso que comprende el respectivo período institucional.

En relación con la verificación, en el caso particular, de los presupuestos necesarios para que proceda de manera excepcional la acción de tutela, compartí en su integridad, los argumentos expuestos en la ponencia inicial, en la cual se consideraron uno a uno los mismos y se justificó el agotamiento de los mencionados requisitos de procedibilidad de la acción.

La intervención excepcional del Juez de Amparo, en el caso particular, es ineludible ante la evidencia de un perjuicio irremediable, pues, como se dijo inicialmente, la materialización de los derechos políticos del actor está condicionada al período institucional para el cual fue elegido, pues una vez aquél ha expirado se limita el ejercicio del derecho político del elegido e impide continuar la representación de quienes confirieron el mandato.

De otra parte, debo señalar que, la efectividad del mecanismo transitorio, conforme también lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, debe examinarse “en concreto” por el juez de tutela para el caso que se estudia en cada oportunidad.

- b) El suscrito no comparte los argumentos del proyecto aprobado, que se centran en destacar la importancia de las medidas cautelares en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (contenidas extensamente en las páginas 49 a 62), que por supuesto son relevantes y valiosas para el ciudadano, como acertadamente se destaca en la sentencia mayoritaria. Pero de allí no puede concluirse, como lo hace la sentencia de la que me aparto, que las medidas cautelares tienen la misma “prontitud y eficacia” de la tutela. Aquí hay un doble error: de una parte, se magnifica la efectividad de las medidas cautelares al punto de concluir, sin una reflexión de fondo por parte de la

Sala Plena Contenciosa, que éstas proceden aún antes de la admisión de la demanda y sin recurrir a la conciliación, para equipararlas a la eficacia de la tutela; y, de otra parte, acudir a la evolución legislativa de las medidas cautelares para considerar “meramente residual” la acción de tutela, con lo cual se desconoce su lugar destacado en la protección de los derechos fundamentales.

- c) Ahora bien, aunque estimo que es procedente el estudio de la tutela interpuesta, tengo la convicción de que ello no significa que pueda abordarse el análisis de fondo del trámite disciplinario, porque ese proceder invalidaría la competencia del juez natural que es el contencioso administrativo.

- d) La tutela sólo puede abordarse, en consecuencia, respecto de problemas competenciales, de rango constitucional, uno de los cuales salta a la vista, y se aborda en el punto 3 de este escrito, como es el de la delegación de la decisión del Procurador en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría.

4.1.2. SOBRE LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

- a) Estimo muy importante que el Consejo de Estado haya abordado los cargos competenciales propuestos por el demandante, pese a que ese análisis contraría la lógica que anima la sentencia aprobada, que declaró la improcedencia por la existencia de otro medio de defensa judicial.

- b) Aquí se comparte plenamente lo señalado en el texto de la ponencia aprobada, en el sentido de que el diseño institucional de la Carta de 1991 está acorde con la Convención Americana de derechos Humanos, como lo ha señalado también la Corte Constitucional. Igualmente se comparten las consideraciones relativas a la presunta incompetencia de la Procuraduría con respecto a la facultad de ejecución de la destitución del Alcalde Mayor del Distrito capital por parte del Presidente de la República. La Procuraduría General de la Nación, tiene plenas facultades para

investigar y sancionar a los servidores públicos, y bajo el ejercicio de dichas facultades está investida de la competencia para suspender o destituir al Alcalde Mayor de Bogotá. De acuerdo con la legislación disciplinaria, una vez en firme el acto que impone la sanción, debe ser ejecutado por el funcionario legalmente competente para ello, según el cargo que ocupara el disciplinado. Como se indicó en la ponencia aprobada, la responsabilidad del Jefe de Estado frente a la ejecución de la sanción no resulta incompatible con la facultad decisoria y sancionatoria que en materia disciplinaria la Constitución y la Ley confieren a la Procuraduría General de la Nación.

4.1.3. SOBRE LA COMPETENCIA PRIVATIVA DEL PROCURADOR GENERAL PARA IMPONER LA SANCIÓN DISCIPLINARIA AL ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- a) Pese a las consideraciones que anteceden sobre las competencias disciplinarias de la Procuraduría, el suscrito estima que sí hay en la decisión sancionatoria un vicio de competencia, consistente en que se trata de un asunto privativo del Procurador General.

Para ello hay varios argumentos, como a continuación expreso:

i) En primer término, tal como se planteó el proceso disciplinario, el asunto sí era de “infracción manifiesta” de la Constitución y la ley, por lo cual la emisión de la decisión era función directa del Procurador, conforme al artículo 278-1 de la Carta. Considero que las faltas imputadas al actor estuvieron sustentadas en el supuesto contenido en el numeral 1 del artículo 278 de la CP., como se deduce de la formulación de los cargos imputados. La conducta objetivamente fue descrita como violación y desconocimiento manifiesto de la Constitución y la ley. La prestación del servicio público de aseo, a voces de la Procuraduría, es un “asunto reglado”, supuesto a partir del cual, la conducta atribuida al Alcalde Mayor de Bogotá, previa verificación y comprobación de los hechos notoria y públicamente conocidos a partir de los cuales se dio inicio a la investigación, desconoció “manifiestamente” el marco normativo al que debía someter su gestión.

ii) En el fallo de la mayoría se acoge el argumento de la Procuraduría cuando se dice que el procedimiento acogido de resolver el proceso por la Sala Disciplinaria

fue correcto a la luz del CDU porque “de la forma como se adelantó el procedimiento se puede inferir que no se atribuyó dicha naturaleza especial” para aplicar el artículo 278-1 de la CP, como si el procedimiento acogido determinara el tipo de competencia, cuando es a la inversa: del tipo de competencia se sigue el procedimiento respectivo (con otras palabras, el procedimiento es efecto y no causa del trámite que se establece según la competencia).

iii) Hay un argumento adicional para considerar que el asunto sí es de competencia privativa del Procurador General. Se trata del sentido de la intervención del Presidente en la ejecución de la sanción: dicha sanción debe provenir directamente del Procurador General y debe ser comunicada al Presidente para su ejecución; en cambio, si la competencia fuera del delegatario, el Procurador sería sólo un “emisario” entre su subalterno y el Presidente, lo que no se compadece con la trascendental función constitucional del Procurador.

b) Por este motivo, la tutela debió amparar de manera transitoria los derechos del Alcalde Mayor, mientras el juez natural, es decir, la jurisdicción contencioso administrativa tomaba una decisión, ahora sí aplicando los instrumentos protectores del nuevo Código.

4.1.4. CONCLUSIONES GENERALES:

Recapitulando brevemente lo dicho, manifiesto que:

- i) La tutela era procedente como mecanismo transitorio, frente al eventual perjuicio irremediable por tratarse de un cargo de representación política.
- ii) La intervención excepcional del Juez de Tutela, en este caso, es incuestionable ante la evidencia de un perjuicio irremediable, pues en el caso del Alcalde Mayor de Bogotá, como en todo cargo de elección popular, la materialización de los derechos políticos están condicionados al período institucional para el cual fue elegido.
- iii) No puede concluirse que las medidas cautelares previstas en el CPACA tienen la misma “prontitud y eficacia” de la tutela. No puede en este caso concreto atribuirse

un carácter “meramente residual” a la acción de tutela, con lo cual se desconoce su lugar destacado en la protección de los derechos fundamentales.

- iv) En el presente caso, la tutela sólo puede abordarse, respecto de problemas competenciales, de rango constitucional, como es el de la delegación de la decisión del procurador en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría.
- v) La Procuraduría General de la Nación, tiene plenas facultades para investigar y sancionar a los servidores públicos, y bajo el ejercicio de dichas facultades está investida de la competencia para suspender o destituir al Alcalde Mayor de Bogotá.
- vi) En la decisión de la Procuraduría existe un vicio de competencia, consistente en que se trata de un asunto privativo del Procurador General.
- vii) El asunto sí era de “infracción manifiesta” de la Constitución y la ley, por lo cual era función directa del Procurador, conforme al 278-1 de la Carta. Las faltas imputadas al actor estuvieron sustentadas en el supuesto contenido en el numeral 1 del artículo 278 de la CP.
- viii) La competencia no podía recaer en el delegatario, bajo ese supuesto, el Procurador sería sólo un “emisario” entre su subalterno y el presidente, lo que no se compadece con la trascendental función constitucional del Procurador.

4.2. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Habiendo dejado constancia de mi discrepancia frente a la decisión tomada mayoritariamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tanto en las actas como en el texto del fallo y compartiendo *in integrum* los planteamientos inicialmente consagrados en este salvamento de voto en torno a la procedencia de la acción de tutela y la temeridad, a continuación paso a sustentar las otras razones de mi disenso.

4.2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Además de los argumentos ya invocados, considero que si bien las medidas cautelares existentes en materia no sólo contencioso administrativa, sino en cualquier clase de procesos en virtud a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil y por el Código General del Proceso tienen innegable eficacia, éste precisamente es el argumento inicial que debió servir de base a la Mayoría para colegir la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, tal como pasa a demostrarse:

4.2.1.1. De la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios

Retomando lo expresado en el acápite 2 del apartado inicial que se ocupa de este tema, dable es colegir que la tutela no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias, pues ella procederá de manera definitiva cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial³⁷, y por regla general, es improcedente cuando se dirige contra actos administrativos que imponen una sanción disciplinaria³⁸; sin embargo, se ha aceptado su procedencia excepcional, cuando se causa un perjuicio irremediable al actor³⁹; advirtiéndose, en todo caso, que la sola sanción, en sí misma, no puede considerarse como un perjuicio irremediable, por lo que en cada caso concreto que se presente, se deberá analizar la presencia de tal perjuicio y a partir de allí, de hallarse procedente, se deberá estudiar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales reclamados.

Tal postura no ha sido solamente la planteada por la Corte Constitucional, sino también la prolijada por esta Corporación, entre otras, en sentencia de 4 de septiembre de 2003, proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda⁴⁰.

Teniendo claro que hasta ahora se había aceptado pacíficamente por la Corte Constitucional y por esta Corporación la procedencia excepcional y como

³⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-451 de 2010.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-262 de 1998.

mecanismo transitorio de la acción de tutela contra actos administrativos que imponen una sanción disciplinaria⁴¹, lo que correspondería, en mi opinión, era efectuar un breve análisis de la configuración del perjuicio irremediable, el cual ha sido entendido por la Corte Constitucional como una situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental que puede actualizarse y progresar hasta hacerse irreversible⁴².

La Sección Quinta del Consejo de Estado, de la que hago parte, en sentencia de 9 de marzo de 2012⁴³, reiteró la línea jurisprudencial de la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio por la posible existencia de un perjuicio irremediable, que se sujeta a la valoración de criterios tales como la **inminencia** de la amenaza o lesión del derecho fundamental, la **urgencia** de implementar medidas correctivas, la **gravedad** o gran intensidad del daño sobre los bienes jurídicos tutelados y la **impostergabilidad** de la intervención del juez constitucional, posición acorde con lo dicho por la Corte Constitucional⁴⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia T-634 de 2006 lo conceptualizó como el que se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por lo tanto, medidas impostergables que lo neutralicen; decisión en la que señaló que el perjuicio debe ser: i) inminente: que esté próximo a suceder; ii) grave: que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica; iii) que se requieran medidas urgentes para superar el daño; y iv) que las medidas sean impostergables; esto es, que respondan a criterios de **oportunidad** y **eficiencia** con el fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

⁴⁰ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente No. AC-1355, radicado 2003-01355-01..

⁴¹ Situación que en adelante no ocurrirá ni respecto de éstos, ni de otros actos administrativos por cuanto la mayoría de la Sala ha considerado que ello es improcedente cuando el perjuicio además de ser irremediable, “sea injustificado” y “no provenga de una acción legítima” (fl. 64, segundo párrafo de la sentencia), y como lo expondré más adelante qué más legítimo que un acto administrativo; y tal postura resulta –a partir de ahora-, de obligatorio acatamiento por la suscrita y por todos los demás jueces de la República.

⁴² Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencia judicial. Fl. 83.

⁴³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 2011-01371-01 M.P. Susana Buitrago Valencia.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993.

Ha indicado además que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es, en el caso que nos ocupa, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se podrán pedir medidas cautelares como la suspensión provisional del acto demandado, resulta determinante el ejercicio de la acción de tutela por sujetos de características particulares, como los de especial protección constitucional o la protección de ciertos derechos como el derecho al buen nombre o **al ejercicio de cargos y funciones públicas** o el derecho a la libertad personal⁴⁵, casos en los que afirmó que las medidas a tomar deben ser **urgentes e impostergables dado el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales**, so pena de hacer nugatorio su ejercicio por estar condicionados a términos constitucionales o legales.

Como requisitos específicos para la configuración de un perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de una sanción disciplinaria para ser dirimida vía acción de tutela, como se señaló en el primer apartado de este salvamento conjunto, se ha indicado que: i) existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia en materia disciplinaria pueda haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes, y por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, particularmente, al debido proceso; ii) el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados; iii) que el perjuicio llene los requisitos de ser cierto, inminente, grave y de urgente atención y iv) los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean suficientemente expeditos, como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la afectación irremediable del derecho fundamental⁴⁶.

Se reitera que, la imposición de una sanción disciplinaria no configura un perjuicio irremediable **siempre que se hayan llevado a cabo las actuaciones procesales prescritas por la ley con el lleno de las garantías y requisitos constitucionales y legales.**

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-191 de 2010.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1093 de 2004.

No obstante el anterior recorrido jurisprudencial, la mayoría de la Sala Plena consideró en el fallo del que ahora disiento, que el perjuicio por el que procede la tutela como mecanismo transitorio no sólo debe ser **irremediable**, sino **“injustificado”** y **no provenir “de una acción legítima”** (fl. 64, segundo párrafo de la sentencia), innovando en la exigencia de cualificaciones que, por supuesto, no resultan predicables de ningún acto administrativo (sancionatorio o no), por cuanto **siempre**, su proferimiento deviene del actuar legítimo del Estado, como que es una de las maneras de expresión de su voluntad, respaldada en todo el ordenamiento legal y constitucional (incluyendo todo el bloque de constitucionalidad); con lo cual –entiendo- se ha dejado sentado en una sentencia de Sala Plena que **NUNCA MÁS** podrá entrar a considerarse la procedencia de esta acción constitucional –la de tutela- cuando medie un acto administrativo, so pena de incurrir en un eventual prevaricato⁴⁷.

Pero, además de establecer una cualificación especial –extraña a la que tradicionalmente venía considerando-, a ésta se le ha agregado una serie de

⁴⁷ En la sentencia **C-335 de 2008**: “(...) A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida como norma jurídica aplicable al caso concreto, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución.”; en la **T-656 de 2011** se señaló: “Las autoridades judiciales pueden apartarse del precedente en algunas circunstancias en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política, empero tal alternativa siempre estará sometida a requisitos estrictos, como: i) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de como se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el *stare decisis*. Sin embargo, lo anterior no habilita a las autoridades judiciales para el ejercicio indiscriminado de su autonomía y, por ende, al desconocimiento injustificado del precedente. En esa medida, no podrán admitirse las posturas que nieguen la fuerza vinculante *prima facie* del precedente o sustenten un cambio jurisprudencial en el entendimiento particular que el juez o tribunal tenga de las normas aplicables al caso. En efecto, esta Corporación ha reconocido que las decisiones arbitrarias que desconocen de manera injustificada el contenido y alcance de una regla jurídica establecida por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, ya que en esos casos el operador no solo se aparta del precedente judicial sino también del ordenamiento jurídico, pues, en los términos del artículo 230 de la Constitución, esos pronunciamientos hacen parte del concepto de ley en sentido material.”; e igualmente ver sentencias **T-123 de 1995**, **SU-049 de 1997**; **C-836 de 2001**; **SU-120 de 2003** y **C-539 de 2011**, también de la Corte Constitucional; y la proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

motivos o hipótesis, para colegir que ese perjuicio irremediable que además debe ser “injustificado” y no provenir “de una acción legítima”, puede ocurrir cuando exista: (1) “falta absoluta de competencia”; (2) “actuación al margen del procedimiento establecido”; (3) “ausencia de apoyo probatorio”; (4) decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño”; (5) “ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos”; (6) “desconocimiento del precedente con fuerza vinculante”; (7) “evidencia de una violación directa de la Constitución”⁴⁸;

Justicia con ponencia del Magistrado José luís Barceló Camacho el 10 de abril de 2013 dentro de la segunda instancia **No. 39456**.

⁴⁸ Se advierte que en la decisión de la Sala Plena de la que me aparto, a folio 68, en el pie de página No. 1, se cita la Sentencia T-350 de 2011, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia de la Doctora María Victoria Calle, para referir que el carácter que se exige del acto, de “injustificado y carente de legitimidad”, se presenta por “falta absoluta de competencia”, “actuación al margen del procedimiento establecido”, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la Constitución, **“que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia”**; al respecto, una vez consultada la referida sentencia, se observa que en la misma, pese a que se dirige contra la Procuraduría General de la Nación, el análisis de procedencia que se desarrolla es el correspondiente a una acción de tutela contra providencia judicial y en ella se señala que “Las causales de procedibilidad generales o requisitos de procedibilidad, han sido presentados en los siguientes términos: (a) Que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez. (d) En el evento de hacer referencia a una irregularidad procesal, debe haber claridad que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y qué hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. (f) Que no se trate de sentencias de tutela. En varios casos ha aplicado la Corte estos criterios” y señaló que “Las causales de procedibilidad especiales, específicas o propiamente dichas, (...), se refieren a los defectos específicos en los cuales puede incurrir una providencia judicial y que pueden conllevar la violación de los derechos fundamentales de una persona. De acuerdo con la Sala Plena de la Corporación (Corte Constitucional) (C-590 de 2005), los defectos en los que el funcionario judicial puede incurrir son los siguientes: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material y sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución. Son varios los casos en los que se ha desarrollado esta jurisprudencia, así como los casos en los que se ha reiterado recientemente”. Al respecto encuentro que, por un lado, no coinciden los requisitos expuestos en la decisión con los contenidos en la cita correspondiente y, por otro, que en la decisión de la Corte Constitucional el estudio que se adelanta es contra providencias judiciales y en este caso se censura es una actuación de la Procuraduría como autoridad disciplinaria, que en desarrollo de esa facultad profiere decisiones administrativas y no judiciales en tanto no es juez; y así se ha sostenido, entre otras, en sentencias de 11 de julio de 2013 de la Sección Segunda de esta Corporación, en las que se dijo que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional, pues si bien se trata de la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo del ejercicio de la potestad disciplinaria, no es un juez y, en consecuencia, no juzga ni sentencia, pues sus actuaciones constituyen ejercicio de función administrativa y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

argumento que le permite a la sentencia despachar el primer supuesto: “No existió falta absoluta de competencia” por parte de la Procuraduría General de la Nación, para imponerle la sanción de destitución al Alcalde Mayor de Bogotá D.C., arribando a tal conclusión bajo una interpretación del principio de convencionalidad, de los artículos 277 y 278 de la Carta y del Decreto 262 de 2000; dejando –inexplicablemente- de lado el estudio de las otras seis (6) hipótesis⁴⁹, por lo que el asunto quedó sin decisión sobre la totalidad de los supuestos, pues no se analizó si existió “ausencia de apoyo probatorio”, respecto de lo cual el actor formuló censuras al acto disciplinario; si la decisión se fundamentó “en normas inexistentes o en un engaño”; si la misma se produjo en “ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos”; si se incurrió en “desconocimiento del precedente con fuerza vinculante”; o si en ella se “evidencia de una violación directa de la Constitución”.

Retomando, en mi opinión, sí procedía en este caso la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, dado que el medio judicial de defensa con que cuenta el actor, no es lo suficientemente expedito como para permitir que se realice un control judicial efectivo de la medida disciplinaria objeto de la presente tutela, sobre la base de las graves acusaciones invocadas en la demanda, antes de que suceda el perjuicio irremediable; en consecuencia, se debió proceder a examinar por vía de tutela los problemas jurídicos planteados, teniendo de presente siempre el respeto por la autonomía e independencia constitucional de la Procuraduría General de la Nación en tanto autoridad disciplinaria; con un estudio que se debió haber realizado, restringido a verificar si, en relación con los argumentos de la tutela, la Procuraduría desconoció los derechos fundamentales del actor al adelantarle el proceso disciplinario y al imponerle la referida sanción⁵⁰.

Así entonces, pese a la existencia del referido medio judicial de defensa para cuestionar la validez legal y constitucional de las providencias disciplinarias en que se impuso la sanción, dadas las demoras propias de los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concurrieron todos los elementos

⁴⁹ A no ser que se entienda que el juez de tutela sólo debe referirse *strictu sensu* a lo alegado por el accionante, lo cual resulta contrario a lo previsto por el Constituyente y el legislador como esencia misma de esta acción que lo que busca es proteger los derechos fundamentales sin formalidad alguna, lo que le impone al juez la carga de examinar cualquier vulneración derivada de los hechos que se ponen en su conocimiento.

constitutivos del perjuicio irremediable; esto es, el peligro inminente, la gravedad del perjuicio, y el carácter urgente de las medidas requeridas para salvaguardar sus derechos fundamentales vulnerados. Pues de ejecutarse la sanción, el actor deberá afrontar de modo grave e inminente un daño ostensible en el ejercicio de su actividad política.

No niego con mi posición que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es una medida válida y eficaz, para realizar un juicio de legalidad del acto acusado, pues advierto que sí lo es, no obstante, la eficacia y oportunidad no se puede generalizar, ya que estas se deben analizar en cada caso concreto, como reiteradamente lo ha manifestado el Máximo Tribunal Constitucional, el cual ha precisado que la procedencia en casos como el que se refiere, se debe interpretar en el sentido de que **los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso**⁵¹. La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela, o si ella encaja dentro de la excepción prevista en el artículo 86 Constitucional, según la cual, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, valoración que se extraña en el fallo adoptado por la Sala.

En un caso similar al que ocupó el estudio de la Sala, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1093 de 2004, invocó la existencia de un perjuicio irremediable para justificar la procedencia de la acción de tutela interpuesta por los Diputados de la Asamblea de Nariño que fueron sancionados por la Procuraduría General de la Nación con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos. En ella se argumentó que, si bien existen medios judiciales ordinarios para controvertir la validez legal y constitucional de las providencias disciplinarias en que se impusieron las sanciones referidas, **dadas las ya referidas demoras propias de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo** que exponen de manera grave e inminente a **un daño ostensible en el ejercicio de su actividad política.**

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1093 de 2004.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Se observó allí que los accionantes contaban con medios ordinarios de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación. Por lo tanto, pese a que en principio la acción de tutela no era procedente por ser las acciones contenciosas de nulidad la vía procesal apropiada para impugnar la legalidad de las providencias en cuestión, se halló que el caso encajaba en la excepción prevista por el artículo 86 Constitucional.

Por otro lado, esa misma Corte, en sentencia T-143 de 2003⁵², al estudiar la posible configuración de un perjuicio irremediable por la imposición de una sanción disciplinaria, consideró que en ese caso particular no estaban dadas las condiciones para que se configurara un daño de tales características, en atención a que la sanción que se impuso a la peticionaria, no consistió en una sanción de inhabilidad para acceder a cargos públicos⁵³.

Por lo que en este último no se hizo expresa la regla según la cual, cuando la imposición de una sanción disciplinaria conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede llegar a configurarse en casos concretos un perjuicio de carácter irremediable. Es claro que la decisión finalmente adoptada que desestimó la existencia de un perjuicio irremediable en ese caso concreto, lo fue en atención a que la sanción impuesta había sido únicamente de carácter pecuniario, de allí que no encontró una afectación a los derechos fundamentales de la accionante que ameritaran un amparo transitorio.

En el primer caso referido, la Corte Constitucional afirmó que la configuración de un perjuicio irremediable ha de ser prevenido por vía de la acción de tutela y surge cuando se presentan circunstancias excepcionales como i) que existan motivos

⁵² Corte Constitucional. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Concluyó la Corte: “La Corte también desestima el argumento según el cual la actora no puede acceder a cargos públicos. **En el expediente se observa que la actora no fue sancionada con una inhabilidad para acceder a cargos públicos. En efecto, la resolución mediante la cual se “desata el grado jurisdiccional de consulta”, sanciona a la actora exclusivamente con una “multa equivalente a 80 días del salario devengado al momento de la comisión de la falta” y se abstiene de imponer la sanción de inhabilidad. Adicionalmente la Corte constata que no obran en el expediente pruebas que permitan corroborar que sus posibilidades de acceder a cargos públicos están siendo limitadas. (...) la única consecuencia directa del fallo controvertido es la multa de 80 salarios mínimos.** Sin embargo, la Corte reitera que un detrimento económico como el descrito no representa una vulneración a un derecho fundamental ni un perjuicio irremediable. Se observa que el detrimento económico ha sido considerado como reparable y por lo tanto remediable.”

serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la afectación irremediable del derecho fundamental invocado.

Del análisis de los requisitos anotados, encontró que se hallaban cumplidos los cuatro primeros, pues se enumeraron las razones por las cuales se consideraba que los derechos fundamentales de los Diputados fueron desconocidos durante el trámite procesal que culminó con la imposición de las sanciones disciplinarias controvertidas y señaló que, como consecuencia de tal desconocimiento de las normas constitucionales y legales aplicables, se configuró la amenaza cierta de un perjuicio irremediable consistente en la imposibilidad para los Diputados de ejercer su derecho fundamental a acceder a cargos públicos de elección popular, puesto que se avecinaba en pocos meses nuevas elecciones para corporaciones públicas territoriales, en las que no podrían participar al hallarse inhabilitados para ejercer cargos estatales.

Analizadas las pruebas aportadas al expediente, la Corte Constitucional concluyó que en tal caso era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, dado que los medios judiciales de defensa con los que contaban los accionantes no eran lo suficientemente expeditos como para permitir que se realizara un control judicial efectivo de las medidas disciplinarias objeto de la tutela, sobre la base de las graves acusaciones de inconstitucionalidad invocadas en la demanda antes de que transcurriera el momento durante el cual se podrían ejercer los derechos políticos fundamentales de los Diputados accionantes, por lo que procedió a examinar por vía de tutela los problemas jurídicos planteados.

Finalmente, resaltó que la perspectiva desde la cual se habrían de resolver los problemas jurídicos anteriormente enunciados era la del respeto por la autonomía e independencia constitucional de la Procuraduría en tanto "*juez disciplinario*"; por lo que no realizó una segunda valoración de los hechos respecto de los cuales se adoptaron las medidas disciplinarias sancionatorias que se controvierten en la demanda de tutela, ni determinó la corrección del contenido mismo de las decisiones. Sino que su estudio, se limitó a verificar a la luz de las alegaciones plasmadas en la demanda de tutela, la Procuraduría desconoció los límites constitucionales propios de sus funciones al adelantar el proceso disciplinario contra los Diputados y al imponerles las sanciones de destitución del cargo e inhabilidad para ocupar cargos públicos durante tres años. En suma no hizo un juicio de corrección, sino de validez.

Considero que un análisis similar al anteriormente plasmado, debió realizarse en la acción de tutela presentada por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, de donde claramente se habría obtenido un resultado distinto al plasmado en el fallo acogido por la mayoría de los integrantes de la Sala, pues al analizarse uno a uno estos requisitos específicos para la configuración de un perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de la sanción disciplinaria para ser dirimida vía acción de tutela, es evidente que los mismos se hallaban presentes; pues la tutela enumera en detalle una serie de razones por las cuales se considera que los derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos y a la honra y buen nombre del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO fueron desconocidos por la Procuraduría General de la Nación durante el trámite procesal que desembocó en la imposición de una sanción disciplinaria con destitución e inhabilidad general por el término de quince años, y señala que, como consecuencia de tal desconocimiento de sus derechos, se ha configurado la amenaza cierta de un perjuicio irremediable consistente en la imposibilidad de ejercer sus derechos fundamentales.

Al respecto, tal como lo exige la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la tutela en casos como el presente, se observa que en la demanda de tutela, se han puesto de presente motivos serios, razonables y fundamentados para controvertir la legalidad de la providencia sancionatoria de la Procuraduría, que de verificarse, habría desconocido sus derechos fundamentales, en especial al debido proceso; y de la medida sancionatoria

controvertida se desprende un perjuicio consistente en que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO no podrá ejercer sus derechos políticos fundamentales desde el momento en que se ejecute la decisión de la sanción.

Así mismo, se observa del escrito de la solicitud de amparo que existen serios motivos que llevan a poner en tela de juicio la constitucionalidad y legalidad del procedimiento disciplinario seguido para imponer dicha sanción, por lo que resulta claro que si no se obtenía un pronunciamiento judicial de fondo sobre la constitucionalidad y legalidad de las medidas disciplinarias en cuestión de forma pronta, se podría llegar a hacer nugatorio el ejercicio de los derechos fundamentales del actor, puesto que fue electo para ejercer como Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá D.C. desde el año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, lo que conllevaría a que no pudiera culminar este periodo y que más adelante, de encontrar la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo irregularidades en la imposición de la sanción y en consecuencia que lo que corresponde fuera declarar nulo el acto administrativo, las cosas no podrían devolverse al estado anterior; siempre que efectivamente se haya verificado la violación de las garantías constitucionales invocadas por el demandante, caso en el cual la medida disciplinaria impuesta carecería de legitimidad. Por otro lado, de encontrarse que no existieron dichas violaciones de los derechos fundamentales, las sanciones serían constitucionalmente válidas, por lo cual no habría lugar a declarar la violación de los derechos fundamentales del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, pues resultarían legítimamente afectados, pues la sanción sería entonces, jurídica.

El perjuicio que se señaló, cumple las condiciones de ser cierto e inminente toda vez que se discute el resultado de una sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría, consistente en destitución e inhabilidad general del actor por un término de quince años; grave porque lesionaría los derechos fundamentales del actor al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre, derechos que son trascendentales para el cargo que ocupa; y es de urgente atención por cuanto es necesario e inaplazable prevenir o mitigar su ocurrencia, en caso de haber sido sancionado con violación de las garantías constitucionales.

Ahora, en cuanto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial ordinario ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contenido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., es evidente que no podrá ser adelantado en la forma pronta y expedita que se requiere para permitirle al actor controvertir efectivamente la legalidad de la sanción impuesta. Lo anterior por cuanto la misma estructura del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que podría ser iniciado por el accionante, incluye varios términos procesales de obligatorio cumplimiento. La prevención de la ocurrencia de este perjuicio irremediable exige que se realice un control judicial efectivo y expedito de la sanción impuesta por la Procuraduría, pese a la existencia de las medidas cautelares, de las que me ocuparé en seguida, pues tal tema amerita un propio acápite.

4.2.2. MEDIDAS CAUTELARES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo-⁵⁴ y luego en la Carta de 1886⁵⁵, a la que

⁵⁴**La Ley 130 de 1913**, en el artículo 59 señaló:

“Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:

(...)

d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”.

Posteriormente, el **artículo 94 de la Ley 167 de 1941** – Segundo Código Contencioso Administrativo – dispuso:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:

1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.

2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley”.

Así mismo. El Código Contencioso Administrativo -**Decreto 01 de 1984-**, en su **artículo 152**, estableció:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “*Suspensión Provisional*”⁵⁶, las cuales se clasificaron según su naturaleza preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama⁵⁷. Medidas éstas que operan no solo para los procesos ordinarios, sino que además, se hicieron extensibles para la protección de derechos colectivos a través de acciones populares⁵⁸ y de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela⁵⁹.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

⁵⁵**Artículo 193:** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

⁵⁶ “La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero).

⁵⁷ El Artículo 230 del C.P.A.C.A., establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

⁵⁸ Se advierte que su procedencia ya se había establecido desde la Ley 472 de 1998, normativa que confirió al juez la potestad de decretar, de oficio o a solicitud de parte debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (art. 25).

⁵⁹ Procedencia reconocida desde el Decreto – Ley 2591 de 1991, que en su artículo 7° estableció la adopción de “MEDIDAS PROVISIONALES”, cuando el “juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho”, caso en el cual “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”. Así mismo, el juez podrá de oficio o a petición de parte: “dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a

Se encuentra entonces, que la Ley 1437 de 2011 estableció una amplia gama de medidas cautelares, que pueden ser aplicadas de oficio o a solicitud de parte con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Así las cosas, el C.P.A.C.A. en su artículo 231 estableció los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en general y, en forma separada, de la suspensión provisional. Frente a ésta, indicó que es procedente decretarla cuando se abierta la violación de las normas invocadas sea a partir del análisis de su confrontación con el acto demandado, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y también señaló que en caso de pretenderse el restablecimiento de algún derecho e indemnización de perjuicios, éstos deberán probarse al menos sumariamente.

En cuanto a las medidas restantes, dicha Ley estableció que deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la demanda esté fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho invocado; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: *“a) que al no otorgarse, se cause un perjuicio irremediable; y b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia sean nugatorios”*; y, por regla general se exige prestar caución para el decreto de estas medidas⁶⁰, salvo que se trate de la de suspensión provisional, en procesos que tengan por finalidad la protección de derechos e intereses colectivos y cuando el solicitante sea una entidad pública.

proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”. Dicha normativa en su artículo 8°, determinó la posibilidad de ejercer simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio y las acciones contencioso administrativas a que hubiere lugar, permitiendo además, que el juez constitucional, de estimarlo procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo, respecto de la situación jurídica concreta cuyo amparo se solicita.

⁶⁰ Artículo 232 C.P.A.C.A.

Ahora bien, la solicitud de las medidas cautelares, en general, puede hacerse desde la presentación de la demanda en cualquier estado del proceso y deberán ser tramitadas de la siguiente manera⁶¹:

- a. Si se acompaña con la demanda, se correrá traslado en forma simultánea con el auto que la admite, y se concederá un término de 5 días a la parte demandada, para que se pronuncie. Su notificación se realizará en la forma dispuesta en el artículo 199 del C.P.A.C.A. y vencido el término anterior, la medida se resolverá dentro de los 10 días siguientes. En caso de que se conceda se deberá fijar la caución en el mismo auto y la decisión que la fije, o la que la niegue, será susceptible de recurso de apelación de conformidad con el artículo 232 del C.P.A.C.A. Prestada la caución, el juez deberá expedir una providencia en que la acepte, y la efectividad de la medida será a partir de la ejecutoria de dicho auto. Si no es necesaria prestar la caución, la medida será efectiva con la ejecutoria de la providencia que la decretó.

- b. Por su parte, cuando la solicitud de la medida se presente dentro del proceso, la Secretaría dará traslado al Despacho en los términos del artículo 108 del C.P.C., y el traslado a la contraparte se hará por el término de 5 días vencidos los cuales, se decidirá dentro de los 10 días siguientes⁶².

Es admitido además, que en aquellos casos en que la medida ha sido negada, se solicite nuevamente o se pida una diferente a la inicial, siempre que existan hechos sobrevinientes con los que se cumplan las condiciones requeridas para su decreto.

Sumado a lo anterior, la Ley 1437 de 2011 habilitó al juez o magistrado ponente para adoptar *medidas cautelares de urgencia*⁶³ cuando, cumplidos los requisitos para su adopción se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite indicado, por lo que deberá cumplirse inmediatamente, previa constitución de caución si hubiere lugar.

⁶¹ Artículo 233 C.P.A.C.A.

⁶² Si se llegare a realizar alguna audiencia dentro del proceso, antes de vencerse el referido plazo, se dictará en ella, la medida cautelar y durante la misma se correrá traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre ella. Una vez evaluada por el juez o magistrado ponente podrá ser decretada en la misma diligencia.

Del mismo modo, se estableció, a favor de la parte afectada con la medida, la posibilidad de solicitar el levantamiento de la medida⁶⁴, prestando caución con el fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se puedan causar, así como su modificación o revocación en cualquier estado del proceso, cuando se advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos cesaron y que fueron superados o que se hace necesario modificarla para que se cumpla⁶⁵.

De manera garantista, la Ley 1437 de 2011 estableció un incidente de desacato en caso de que se incumpliere la medida cautelar para el responsable de su cumplimiento⁶⁶, consistente en la imposición de multas que podrán ser sucesivas por cada día de retardo, hasta un monto diario de dos s.m.m.l.v., sin superar los 50⁶⁷.

Se advierte entonces que el legislador reguló de manera íntegra, el instrumento de las medidas cautelares, *“con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos”*, disposiciones que me permiten hacer las siguientes precisiones frente a la sentencia proferida por la Sala Plena:

En primer lugar, las medidas de cautela no desplazan el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues el inciso final del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, otorga la posibilidad de ejercerlas simultáneamente, y permite además que el juez, si lo estima procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia SU-039 de 1997⁶⁸, en la que afirmó que *“[la] acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley,*

⁶³ Artículo 234 del C.P.A.C.A.

⁶⁴ Artículo 235 del C.P.A.C.A.

⁶⁵ En estos casos no es necesario que se preste caución (Ibidem.).

⁶⁶ Artículo 241 del C.P.A.C.A.

⁶⁷ Tramite que se adelantará por el juez que profirió la orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 210 del C.P.A.C.A. y su decisión será susceptible de reposición o de súplica según el caso, los cuales se deberán decidir en el término de 5 días, so pena de incurrir en falta grave.

⁶⁸ M.P. Antonio Barrera Carbonel.

y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales”.

En segundo lugar, encuentro evidente que las medidas cautelares no siempre son eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela al ser concedida como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, tema que analizaré en acápite posterior.

Así las cosas, considero de suma importancia resaltar que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer -y hago énfasis en la medida de suspensión provisional-, que éstas **podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso**, lo que no implica que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad exigido para ejercer el medio de control correspondiente.

En tercer lugar, merece la pena precisar que, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A. a los procesos contencioso administrativos, **opera única y exclusivamente en lo que sea compatible con su naturaleza**. Por tal razón, al contemplar dicho estatuto jurídico de manera **especial y excluyente** una especie del género medidas cautelares, como es la suspensión provisional, el mecanismo provisorio resulta totalmente ajeno a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria regulados en el referido Código General del Proceso.

Por tal razón, en mi opinión no resulta acertada la sentencia de la que me aparto cuando afirma que la medida cautelar, sin especificar cuál, pueda incoarse antes de la solicitud de conciliación prejudicial⁶⁹ con fundamento en el entendimiento errado del artículo 234 del C.P.A.C.A. En efecto, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se

mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo C.G.P. Como se observa, es apenas obvio que en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparezca referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, pues se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo.

Lo anterior significa que la posibilidad de aplicación de las disposiciones sobre medidas cautelares del C.G.P. a una situación relacionada con actos administrativos tramitada en esta jurisdicción, resulta extraña e improcedente. Por ello, considero que se debe reconducir el estudio bajo la égida de las normas del C.P.A.C.A. estatuto propio de nuestra jurisdicción.

4.2.2.1 Ineficacia de la protección de las medidas cautelares en nulidad y restablecimiento del derecho para el caso concreto.

La cíclica preocupación por los estándares de eficacia y eficiencia y de garantizar el acceso a la justicia a todas las personas siempre ha estado presente en los procesos fallidos o exitosos de reforma judicial en el país. Las múltiples propuestas presentadas, tradicionalmente se han dirigido a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos y el excesivo formalismo, a través de mecanismos como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal.

La conciliación como mecanismo de heterocomposición, como una de las formas de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre los agentes en conflicto, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad⁷⁰, aparte de constituir una forma de descongestión del aparato jurisdiccional, se configura hoy en día como un requisito de “procedibilidad” para acudir al mismo. Desde el año 1991 con la Ley 23⁷¹, se establecía la posibilidad más no la

⁶⁹ Folio 60.

⁷⁰ Ver entre otros, “Mediación: Resolución de conflictos sin litigio” de Folberg, Jay y Taylor, Editorial Limusa, México 1992.

⁷¹ Artículo 59. **Podrán conciliar**, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre

obligación, de lograr acuerdos sobre las controversias jurídicas de carácter particular y contenido económico suscitadas entre los particulares y la administración en lo que correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se trataba de las anteriores acciones de nulidad y restablecimiento, reparación directa y controversias contractuales (arts. 85, 86 y 87 C.C.A.).

Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 640 de 2001, modificado por el 52 de la Ley 1395 de 2010, estableció que “*la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, **contencioso administrativa**, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas (...).*”

A su turno, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que adicionó el artículo 42A a la Ley 270 de 1996 dispuso:

“*Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*”

Por ello, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional el interés del legislador en implantar obligatoriedad de la conciliación busca (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales⁷².

Resulta entonces clara la obligación procesal de agotar la etapa previa extrajudicial para tener la aptitud material de incoar el medio de control

conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos **85, 86 y 87** del Código Contencioso Administrativo.

(...)

Artículo 60. Antes de la presentación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa de cualquiera de las acciones a que se refiere el inciso 1o. del artículo anterior, las partes **podrán formular ante el Fiscal de la Corporación la correspondiente petición**, enviando copia de ella a la entidad que corresponda, o al particular, según el caso.

(...)

⁷² T-006 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

correspondiente de conformidad con las normas antes citadas, sin que ello constituya restricción alguna para acceder a la administración de justicia. Como lo ha advertido la Corte Constitucional, un razonable diseño normativo que promueva la intervención de los particulares y habría que agregar de las autoridades cuando obren como demandantes o demandadas, en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella⁷³.

La exigencia del requisito previo es una limitación temporal para el acceso a la justicia del Estado, que implica sólo concurrir a la audiencia de conciliación, pero no obliga a las partes a tomar una decisión dentro de esa audiencia. Las partes conservan el control de la diligencia en el entendido que deciden si concilian o no, atendiendo las aclaraciones y soluciones propuestas por los Procuradores Judiciales en su calidad de conciliadores. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, verbi gracia, pueden manifestar su decisión de no conciliar, terminar el trámite y acudir inmediatamente a la jurisdicción⁷⁴.

Como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1999, la conciliación como paso previo y obligatorio a las demandas judiciales se somete a estrictas reglas que aseguren y salvaguarden el acceso de los agentes en conflicto en cualquier momento al aparato jurisdiccional formal. Se dijo en esa oportunidad:

“No habría ningún problema en admitir la posibilidad de establecer la conciliación prejudicial (...), como requisito de procedibilidad, con miras a realizar los fines constitucionales antes mencionados, siempre que se den las siguientes condiciones: I) que se cuente con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presentan por quienes están interesados en poner fin a un conflicto (...); II) que se especifique concretamente cuáles son los conflictos susceptibles de ser conciliados, y cuáles por exclusión naturalmente no admiten el trámite de la conciliación; III) que se defina, tratándose de conflictos que involucran a la Nación o a entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social sí, además, del agotamiento de la vía gubernativa se requiere agotar la conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento; IV) que se establezca que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción; V) que se determine un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción (...).

⁷³ Sentencia C-1195 de 2001, M.P. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷⁴ Ibidem

“Las referidas condiciones, a juicio de la Corte, constituyen las bases mínimas que permiten asegurar, no sólo las finalidades constitucionales que se persiguen con la conciliación (...) prejudicial, instituida como un requisito de procedibilidad necesario para dar paso al proceso judicial, sino el fácil y rápido acceso a la justicia. Dicho acceso no puede quedar supeditado a la exigencia de requisitos exagerados, irrazonables y desproporcionados contenidos en la respectiva regulación normativa, ni ser obstaculizado en razón de omisiones del legislador, que igualmente conduzcan a que la normación se torne irrazonable y desproporcionada.”

Así las cosas, al encontrarse claro en el caso que nos ocupa, que la decisión disciplinaria cuestionada por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO versa sobre una situación particular como son las presuntas conductas irregulares endilgadas y adicionalmente que la naturaleza de la sanción disciplinaria impuesta conlleva la cesación en el ejercicio del cargo y la consecuente interrupción de los emolumentos producto del empleo, implica necesariamente una afectación económica patente, que configura un caso susceptible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la obligación previa de agotar el trámite conciliatorio.

En tal situación, ante la firmeza del acto administrativo sancionatorio, el cauce normal del cuestionamiento frente a tal decisión implicaba necesariamente acudir en etapa prejudicial a la conciliación ante el Ministerio Público como lo establecen las normas vigentes.

Así, a manera de ilustración podríamos establecer varios escenarios para determinar los términos dentro de los cuales era o es menester agotar el trámite previo⁷⁵ e instaurar luego el correspondiente medio de control.

A continuación se presentan tres escenarios sobre el trámite y tiempos a seguir, tanto para el agotamiento del requisito de procedibilidad, como para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y en especial de la decisión sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo como medida cautelar procedente para enervar temporalmente los efectos del fallo

⁷⁵ El Decreto 1716 de 2009 establece en su artículo 7° lo siguiente: “Audiencia de conciliación extrajudicial. Dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la solicitud, el agente del Ministerio Público, de encontrarla procedente, fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes. El agente del Ministerio Público citará a los interesados a la audiencia por el medio que considere más expedito y eficaz (telegrama, fax, correo electrónico) con

sancionatorio. La primera hipótesis supone que inmediatamente se encuentre en firme la decisión disciplinaria, el afectado active en el menor tiempo posible los mecanismos de control judicial ordinarios; la segunda, proyecta el ejercicio del medio de control en un plazo intermedio de la caducidad y en la última situación se muestra la presentación de la conciliación y la demanda en el límite del plazo permitido para incoar la acción.

Primera hipótesis

1. La decisión final de la Procuraduría General de la Nación se notificó el 31 de enero de 2014⁷⁶. Para iniciar el cuestionamiento judicial del acto administrativo sancionatorio, conforme al numeral 2, literal d) del artículo 164 del CPACA, se cuenta con cuatro meses contados a partir del día siguiente para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento⁷⁷, es decir hasta el 3 de junio, teniendo en cuenta que sería el primer día hábil después del fenecimiento del término.

2. Como requisito previo a la presentación de la demanda⁷⁸ se requiere agotar el trámite de la conciliación extrajudicial⁷⁹, tal como lo establece el artículo 161 del CPACA⁸⁰, la cual debe intentarse dentro del mismo término de caducidad del medio de control.

una antelación no inferior a 15 días a la realización de la misma; indicando sucintamente el objeto de la conciliación y las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.”

⁷⁶Art. 107 CDU Ley 734 de 2002

⁷⁷ 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

⁷⁸ ARTÍCULO 170. INADMISIÓN DE LA DEMANDA. Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda.

⁷⁹ Decreto 1716 de 2009.

ARTICULO 2°. Asuntos Susceptibles de Conciliación Extrajudicial en Materia Contencioso Administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

(...)

⁸⁰ ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

3. Una vez presentada la solicitud de conciliación, se suspende hasta por tres meses el término de caducidad⁸¹, vencido el cual se reanuda el conteo respectivo. Lo anterior significa que de presentarse la petición conciliatoria el primer día del conteo del término de caducidad, esto es el 31 de enero, se tendría hasta el 2 de mayo (teniendo en cuenta los días hábiles) para lograr la conciliación. De ser fallida se reanuda el término de caducidad del medio de control el día 5 de mayo (por ser el día 1 festivo) con lo cual podría presentar la demanda hasta el día 5 de septiembre.

4. Si se presentare la demanda, podría solicitar como medida cautelar la suspensión provisional⁸². Frente a lo anterior el juez, debe correr traslado de tal

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

⁸¹ Artículo 3 Decreto 1716 de 2009.

La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio o;
- b) Se expide las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001 o;
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

⁸² Ley 1437 de 2011

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda

petición⁸³ a la parte demandada para que se pronuncie sobre ella en el término de 5 días⁸⁴. De obrar con absoluta diligencia, la demanda se presentaría una vez reanudado el término e caducidad, esto es el día 6 de mayo de 2014, el reparto se realizaría el día 7 y el despacho asignado debe proferir el auto correspondiente a más tardar al día siguiente, esto es el 8 de mayo, con lo cual una vez notificado en forma personal⁸⁵, el día 9 de mayo, los cinco días hábiles para que el demandado se pronuncie correrían hasta el 16 del mismo mes.

el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

⁸³ Auto no susceptible de recurso 233 inciso 2 CPACA

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

(...)

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

⁸⁴ 233 CPACA

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

⁸⁵ 233 inciso 2 y 198 CPACA

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

5. De acuerdo con el 233 del CPACA el juez deberá decidir dentro de los 10 días siguientes la solicitud de medida cautelar, es decir si se hubiere presentado con la demanda debería decidirse el 30 de mayo. De haberse decretado la medida el auto será susceptible de apelación⁸⁶ o de súplica dependiendo de la instancia; si se niega tendrá recurso de reposición⁸⁷.

(...)

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

ARTÍCULO 198. PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

1. Al demandado, el auto que admita la demanda.
2. A los terceros, la primera providencia que se dicte respecto de ellos.
3. Al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda, salvo que intervenga como demandante. Igualmente, se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado.
4. Las demás para las cuales este Código ordene expresamente la notificación personal.

⁸⁶ 236, 243 y 246 CPACA

ARTÍCULO 236. RECURSOS. El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno.

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia. El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

ARTÍCULO 246. SÚPLICA. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al

6. Así las cosas, si el auto que accedió a la medida se profirió el 30 de mayo y se notificó por estado⁸⁸ del 3 de junio, el recurso podría interponerse dentro de los tres días siguientes, esto es hasta el viernes 6 de junio⁸⁹, escrito del cual se dará traslado a los demás sujetos procesales por igual término; si se interpuso el recurso el día 6 de junio, se dará el traslado hasta el 11 de junio.

7. Vistos los anteriores supuestos, el recurso deberá ser decidido dentro de los veinte días calendario, siguientes a su interposición, esto es hasta el **11 de julio de 2014**⁹⁰.

Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.

⁸⁷ 242 CPACA

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

⁸⁸ 201 CPACA

ARTÍCULO 201. NOTIFICACIONES POR ESTADO. Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario. La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto y en ella ha de constar:

1. La identificación del proceso.
2. Los nombres del demandante y el demandado.
3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla.
4. La fecha del estado y la firma del Secretario.

El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día.

De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.

De los estados que hayan sido fijados electrónicamente se conservará un archivo disponible para la consulta permanente en línea por cualquier interesado, por el término mínimo de diez (10) años.

Cada juzgado dispondrá del número suficiente de equipos electrónicos al acceso del público para la consulta de los estados.

⁸⁹ 244 num. 2 CPACA

ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

⁹⁰ 236 CPACA

ARTÍCULO 236. RECURSOS. El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

Segunda hipótesis

1. De pedirse la conciliación el 31 de marzo, es decir faltando más o menos dos meses antes de terminar el plazo para interponer el medio de control, se tendría hasta el 1 de julio (día hábil siguiente) para lograr la conciliación. De ser fallida se reanudaría el término de caducidad del medio de control el día 2 de julio, momento en el que faltarían dos meses para completar el término dentro del cual finaliza el plazo para presentar la demanda.

2. Si se presentare la demanda el día 3 de julio, podría solicitar como medida cautelar la suspensión provisional. Frente a lo anterior el juez, debe correr traslado de tal petición a la parte demandada para que se pronuncie sobre ella en el término de 5 días. El día 3 de julio sería jueves, el reparto se realizaría el viernes 4 de julio y el despacho asignado debe proferir el auto correspondiente a más tardar al día siguiente, esto es el lunes 7 de julio, con lo cual una vez notificado en forma personal, el día 8 de julio, los cinco días hábiles para que el demandado se pronuncie correrían hasta el 15 de julio.

3. De acuerdo con el 233 del CPACA el juez deberá decidir dentro de los 10 días siguientes la solicitud de medida cautelar, esto es hasta el 29 de julio. De haberse decretado la medida el auto será susceptible de apelación o de súplica dependiendo de la instancia; si se niega tendrá recurso de reposición.

4. Así las cosas, si el auto que accedió a la medida se profirió el 29 de julio y se notificó por estado del 31 del mismo mes, el recurso podría interponerse dentro de los tres días siguientes, esto es hasta el miércoles 5 de agosto, escrito del cual se dará traslado a los demás sujetos procesales por igual término; si se interpuso el recurso el día 5 de agosto, se dará el traslado hasta el 11 de agosto.

5. En este escenario, el recurso deberá ser decidido dentro de los veinte días hábiles siguientes a su interposición, esto es hasta el **9 de septiembre de 2014**.

Tercera hipótesis

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno.

1. De presentarse la petición conciliatoria el día hábil anterior al vencimiento del término de caducidad, esto es el 30 de mayo, se tendría hasta el 1 de septiembre (día siguiente hábil) para lograr la conciliación. De ser fallida se reanudaría el término de caducidad del medio de control el día 2 de septiembre, momento en el cual finaliza el término para presentar la demanda.

2. Si se presentare la demanda el día 2 de septiembre, podría solicitar como medida cautelar la suspensión provisional. Frente a lo anterior el juez, debe correr traslado de tal petición a la parte demandada para que se pronuncie sobre ella en el término de 5 días. El día 2 de septiembre sería martes, el reparto se realizaría el miércoles 3 de septiembre y el despacho asignado debe proferir el auto correspondiente a más tardar al día siguiente, esto es el 4 de septiembre, con lo cual una vez notificado en forma personal, el día 5 de septiembre, los cinco días hábiles para que el demandado se pronuncie correrían hasta el 12 de septiembre.

3. De acuerdo con el 233 del CPACA el juez deberá decidir dentro de los 10 días siguientes la solicitud de medida cautelar, esto es hasta el 26 de septiembre. De haberse decretado la medida el auto será susceptible de apelación o de súplica dependiendo de la instancia; si se niega tendrá recurso de reposición.

4. De esta forma, si el auto que accedió a la medida se profirió el 26 de septiembre y se notificó por estado del 29 del mismo mes, el recurso podría interponerse dentro de los tres días siguientes, esto es hasta el jueves 2 de octubre, escrito del cual se dará traslado a los demás sujetos procesales por igual término; si se interpuso el recurso el día 2 de octubre, se dará el traslado hasta el 7.

5. En este último supuesto, el recurso deberá ser decidido dentro de los veinte días siguientes a su interposición, esto es hasta el **6 de noviembre de 2014.**

Ahora bien, frente a lo anterior y teniendo en consideración la variable del calendario electoral que surge ante la destitución del Alcalde Mayor del Distrito Capital en virtud de la firmeza del acto disciplinario, se observa que en la primera hipótesis los efectos de la sanción sólo podrían suspenderse a partir del 11 de julio del 2014 en el entendido que la medida provisoria pedida sea resuelta y prospere en tal fecha; en el segundo caso sería el 9 de septiembre y en el último evento el 6 de noviembre. Lo anterior significa que en ejercicio del medio de control ordinario

de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor PETRO URREGO afectado con la destitución podría, en el mejor de los casos, suspender la ejecución del fallo disciplinario a partir del mes de julio de 2014. Contrario sensu, una vez **cohró** firmeza la decisión disciplinaria, será susceptible de ejecutividad y ejecución y el afectado debe hacer dejación del cargo, iniciando entonces un etapa transitoria mientras se convoca a nuevas elecciones en virtud del inciso segundo del artículo 314 de la Constitución Política.

Así las cosas, el calendario electoral que se activaría en atención a la convocatoria a elecciones atípicas por falta absoluta del Alcalde Mayor, dispondría que el 4 de febrero debería convocarse a nuevo certamen democrático⁹¹, dentro de los 15 días calendario siguientes se deberían inscribir los posibles candidatos (hasta el 25 de febrero) y pasados 40 días concurrir a las urnas para la elección⁹² (6 de abril), por lo que, para cuando se decida en la vía ordinaria sobre la suspensión provisional, ya habrá sido elegido el reemplazo del Alcalde destituido, tornando inane el medio de control y la medida provisoria.

Así, a manera de ejemplo el calendario electoral tomando como base el día 17 de marzo de 2014 transcurriría como se indica:

⁹¹ Artículo 30 de la Ley 1475 de 2011.

⁹² Parágrafo del artículo 30 de la Ley 1475

CALENDARIO ELECTORAL		
Fecha	Soporte Legal	Concepto
El 18 de marzo de 2014 - Martes	Art. 30 Ley 1475 de 2011	Se realiza la convocatoria a nuevas elecciones
El 19 de marzo de 2014 - Miércoles	Inicia periodo de inscripción de candidatos. Art. 30 Ley 1475 de 2011	Inicia el periodo de inscripción de candidatos
El 2 de abril de 2014 - Miércoles	15 días calendario Art. 30 Ley 1475 de 2011. En 40 días calendario debe realizarse la votación (11 de mayo domingo)	Vence inscripción de candidatos
El 3 al 10 de abril de 2014	Dentro de los 5 días hábiles siguientes al cierre de la inscripciones Art. 31 Ley 1475 de 2011	Modificación candidatos
El 12 de abril de 2014 - sábado	Dos días calendario al vencimiento del periodo de modificación. Art. 33 Ley 1475 de 2011	Publicación de candidatos inscritos
El 12 de abril de 2014 - sábado	Dos días calendario al vencimiento del periodo de modificación. Art. 33 Ley 1475 de 2011	La Registraduría Nacional del Estado Civil, remite a los Organismos competentes para certificar sobre causales de inhabilidad.
El 11 de abril - viernes	Un mes antes de la fecha de la correspondiente votación. Art. 31 Ley 1475 de 2011	Revocatoria de inscripción por causas constitucionales o legales, inhabilidad sobreviniente o evidenciada con posterioridad a la inscripción
El 26 de abril de 2014 - sábado	Hasta 15 días calendario antes de la respectiva elección integrarán los jurados de votación. Art. 101 del Código Electoral	Designación y publicación de listad de Jurados de Votación
El 01 de mayo de 2014 - Jueves	Diez días antes de la respectiva elección integrarán las Comisiones Escrutadoras. Art. 157 y 158 del C.E.	Designación de Comisiones Escrutadoras por el Tribunal Superior del Distrito Judicial
El 03 de mayo de 2014 - Sábado	8 días antes de la votación. Art. 31 Ley 1475 de 2011	Modificación de candidatos por muerte
El 05 de mayo de 2014 - Lunes	Lunes anterior a la elección. Art. 2º Decreto 1134 de 2011	Suspensión de actividades políticas
El 09 de mayo de 2014 - Viernes	48 horas antes de iniciarse los escrutinios Art. 127 del C.E.	Inmunidad miembros de la comisión escrutadora y claveros
El 10 de mayo de 2014 - Sábado	Desde la 6 pm día anterior a la elección Art. 206 C.E.	Ley seca
El 11 de mayo de 2014	Día de la elección	Domingo
El 11 de mayo de 2014 - Domingo 3:30pm	Art. 41 y 42 Ley 1475 de 2011	Los miembros de las comisiones escrutadoras deben asistir a la Sede
El 11 de mayo de 2014 - Domingo	Domingo de la Elección Art. 41 Ley 1475 de 2011	Inicia escrutinio
El 13 de abril de 2014 - Martes	Art. 43 Ley 1475 de 2011	Escrutinios en caso de apelación

Sin embargo, excepcionalmente la legislación permite obviar este requisito previo de la conciliación cuando se ignore “*el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, que este se encuentra ausente o se ignora su paradero*”⁹³; cuando el conflicto que se pretende solucionar no sea de carácter particular y **no tenga contenido económico**⁹⁴; cuando el derecho sobre el que se quiere conciliar no sea transable por ser cierto e indiscutible⁹⁵, o cuando se solicite la práctica de las medidas cautelares que contiene el nuevo Código General del Proceso⁹⁶.

4.2.3. **COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA DESTITUIR AL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ D.C.**

Más allá de la discusión que puede generarse sobre los poderes de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los funcionarios de elección popular, la cual deviene desde la propia Asamblea Nacional Constituyente⁹⁷, es necesario hacer algunas precisiones sobre las

⁹³ Artículo 35 de la Ley 640 de 2001

⁹⁴ Artículo 2 del Decreto 1716 de 2009 y ver entre otras la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda de enero 20 de 2011, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, Rad. 1135-10

⁹⁵ Artículo 19 de la Ley 640 de 2001 y 53 de la Constitución Política y ver también entre otras, sentencia Consejo de Estado Sección Segunda de 4 de febrero de 2010 Rad. 2009-01243-00 M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado

⁹⁶ Artículo 590 de la Ley 1564 de 2012 - CGP

⁹⁷ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS – MINISTERIO PÚBLICO**

Revisadas las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente y de la exposición de motivos realizada por los doctores Armando Holguín Sarria y Hernando Londoño Jiménez se advierte que en todo momento se trató de fortalecer las competencias disciplinarias del Ministerio Público.

Por lo anterior, se dotó dicha institución de funciones de policía judicial y se hizo referencia a:

(i) Su actuación prevalente en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Con fundamento en este criterio, se mantuvo el concepto de “**supervigilancia**” atribuida a la Procuraduría General de la Nación sobre todos los servidores públicos. Así se indicó que correspondía a cada entidad la vigilancia interna (investigar y sancionar) de los funcionarios de su dependencia, no obstante, cuando se tratara de comportamientos que revistieran especial gravedad la Procuraduría General de la Nación podía asumir la investigación e imponer **directamente** las sanciones señaladas en la ley siendo el único límite para el ejercicio de dicha potestad los **fueros constitucionales** y la cosa juzgada.

(ii) La descentralización de la defensa:

En este punto se destacó que resulta más eficaz que la defensa de los intereses sea sumida en forma inmediata por la institución que resulta afectada y la Defensoría del Pueblo examine la actuación de los servidores públicos encargados de esta función, sin perjuicio de que pueda intervenir en el proceso respectivo cuando lo considere necesario.

funciones misionales de ese ente de control, a partir de las cuales luego puede colegirse que en este evento –en mi opinión-, el Ministerio Público violó el artículo 29 de la Carta y, por ello debía ampararse al tutelante.

4.2.3.1. Antecedentes de las funciones de la Procuraduría General de la Nación.

La protección de los derechos humanos en la Constitución de 1991, es el desenlace de los múltiples debates que se suscitaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que se campeó entre el ombudsman⁹⁸ y el Procurador General de la Nación, desde la desaparición de éste hasta quedar en lo que hoy nos rige: Una Defensoría del Pueblo, con funciones de estricta protección y prevención de los derechos y garantías fundamentales, y una Procuraduría General de la Nación en la que se concentran 3 funciones misionales: Preventiva, de intervención ante autoridades judiciales y administrativas y disciplinarias.

(iii) Su intervención selectiva:

En virtud de esta se pretendió consagrar a favor del Procurador General de la Nación la posibilidad de escoger, a discreción, los casos en que deseaba intervenir.

(iv) Su poder coercitivo autónomo:

Con el fin de que el Procurador General de la Nación pudiera cumplir su labor sin obstáculo alguno, se le otorgó la potestad de **desvincular** del cargo a cualquier servidor público que obstaculizara en forma grave las investigaciones realizadas o no hiciera cumplir las sanciones impuestas. De igual manera se indicó que el referido mecanismo constitucional se caracterizaba por la simplificación de su trámite en el que en todo caso se respetaría el derecho a la defensa antes de imponer la sanción.

(v) Su dirección de un organismo dependiente de la defensoría encargado de investigar la violación de los derechos humanos:

De esta manera se pretendió quitar el monopolio que venía ostentando el Fiscal General de la Nación y;

(vi) Otorgarle la posibilidad de reglamentar las leyes que regulan sus atribuciones. (Esta información fue tomada de la Gaceta Constitucional No. 038, fls. 13 a 14)..

⁹⁸ Con antecedentes remotos como el Euthynoi, en Atenas; los Efloren, en Esparta; el Yan en China; en Venecia el Consejo de los Diez; el Defensor civitatis o Plebis romano; el Sahib Al Mazalin de la época musulmana o el Justicia Mayor de Aragón, configuran el nacimiento formal del OMBUDSMAN en Suecia alrededor de 1809, a raíz del enfrentamiento que existía entre el Parlamento y el Rey. (Jorge Luis Maiorano: “El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas”, Buenos Aires, 1999.)

Esta Procuraduría General de la Nación, mantenida en nuestra arquitectura de Estado desde los inicios de la República hasta hoy⁹⁹, cuando se la ha consagrado como un organismo de control, autónomo e independiente, es ejercida por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los delegados y agentes del ministerio público, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

Siendo de especial importancia para este caso detenernos en la función misional disciplinaria que tiene respaldo constitucional en los artículos 277.6 y 278.1, pues fue el ejercicio de esta competencia la que generó la acción de tutela instaurada por el señor PETRO URREGO.

En efecto, el artículo 277 de la Carta Política establece como funciones que el Procurador General puede ejercer directamente o por intermedio de sus delegados, la de:

(...) 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Y el artículo 278 señala como función que ejercerá directamente:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación

⁹⁹ Ley 14 de 1821 (Fiscales de la Alta Corte de Justicia); Artículo 103 y ss. de la Constitución de 1830 (Capítulo IV); Ley 11 de 1830 (Orgánica del Ministerio Público); En las Constituciones de 1832 y 1843 no se consagró la figura del Ministerio Público, pero se expidieron leyes que regularon algunas de sus funciones; en la Constitución de 1853 nuevamente aparece la figura del Procurador General de la Nación, como vocero ante la Corte Suprema de Justicia; En la Constitución de 1858 nuevamente se consagra, pero ejercido por un funcionario de la Cámara de Representantes, defendía al estado y sus intereses; en la Constitución de los estados Unidos de Colombia de 1863, se mantuvo tal como venía de la Carta anterior; en la Constitución de 1886 se le asignó la defensa de los intereses de la Nación, la procura del cumplimiento del ordenamiento jurídico y la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos.

y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo. (...)

Estas disposiciones, en los últimos tiempos, han llevado a interpretaciones, que en ocasiones han conducido a generar “confusiones”, en cuanto a qué funciones disciplinarias son delegables y cuáles no, por ello es preciso adentrarse a su estudio, a fin de dilucidar tal cuestión.

4.2.3.1.1. Sobre la vigilancia superior (277.6 de la C.P.)

Revisados los antecedentes de este numeral se encuentra que la expresión “**Supervigilar**” fue consagrada en la Constitución con el fin de evitar que todos los casos, por la presunta comisión de faltas disciplinarias llegaran al conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y por el contrario, sólo fueran investigados por este organismo los “*particularmente sensibles*”¹⁰⁰. Así, se promovió que las entidades oficiales adoptaran un sistema efectivo de control interno frente al cual la Procuraduría General de la Nación vigilara que “*las entidades públicas ejerzan su autocontrol y cuando no lo ejerzan entonces si nosotros asumir esa investigación*”¹⁰¹.

Se advirtió que si solo se dejaba la expresión “*vigilar*” ello implicaría para la Procuraduría General de la Nación “*la obligación de estar con todos sus funcionarios en todas las entidades públicas y de una investigación permanente, es decir un policía permanente allí a ver qué conductas de corrupción lo que haya, o actividades en donde se lesione el patrimonio del estado (sic) g. La misión de vigilar, eso no le corresponde a la Procuraduría, sino supervigilar, es decir, para actuar en subsidio de las fallas de los funcionarios o de las instituciones a quienes verdaderamente corresponde salir a la defensa de los intereses del Estado*”¹⁰²¹⁰³

¹⁰⁰ Ver folio 5 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 12 de marzo.

¹⁰¹ Ver folio 20 y 88 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 12 de marzo y 24 de abril.

¹⁰² Ver folio 22 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 22 de abril.

¹⁰³ Tal postura fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-558 de 1994

Así, esta función ha sido entendida como una manifestación de la función misional preventiva, pues comporta la observación, el monitoreo, la velación de la conducta de todos los funcionarios, lo cual obedece a que le compete proteger los derechos y garantías fundamentales, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

Pero tal numeral tiene más funciones, separadas por puntos y comas, lo cual permite colegir que son diversas.

4.2.3.1.2. Sobre el poder preferente y selectivo (277.6)

En este punto se destacó en la Asamblea Nacional Constituyente que la vigilancia de la conducta oficial correspondía a la administración y que la Procuraduría General de la Nación intervendría de manera “**selectiva**¹⁰⁴” y “**preferencial**”. Durante los debates al interior de la Asamblea Nacional se resolvió eliminar la expresión “*selectiva*” pues en criterio de los miembros, implicaba que si se estaba adelantando una misma investigación contra 20 funcionarios el Procurador General de la Nación podía a discreción, decidir investigar a 2 de ellos y al resto no. Por el contrario, se resolvió dejar la palabra “*preferencial*” para que con fundamento en esta, el Procurador General de la Nación una vez asumiera el conocimiento de una investigación, desplazara por competencia al otro funcionario que la estuviere adelantando. Lo que significa la prevalencia sobre el control del funcionario¹⁰⁵.

Por su parte, en sesión Plenaria de 7 de junio se sugirió someter de nuevo a discusión la expresión “*preferentemente*” pues a juicio de algunos era inconveniente, en tanto que implicaba el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Procuraduría General de la Nación. No obstante en esa oportunidad se recalcó que lo que se buscaba era consagrar un principio de prevalencia sobre el

¹⁰⁴ Ver folio 53 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 23 de abril. De igual manera se destaca que revisada la Gaceta Constitucional N° 066 de 3 de mayo de 1991¹⁰⁴ Se aceptó el retiro de la palabra “selectiva”, más no del adverbio “preferencialmente”, pues este se refiere a la prevalencia del poder disciplinario (fls. 7-10).

¹⁰⁵ Ver folios 32-35 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 22 de abril.

control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación para los casos de control interno y se aprobó el numeral¹⁰⁶.

4.2.3.1.3. Sobre las funciones consignadas en ambos artículos.

En torno a la coexistencia de dos funciones disciplinarias consagrada la una en el artículo 277.6, como delegable, y la otra en el 278.1 como indelegable, también desde la Asamblea Nacional Constituyente se suscitó debate¹⁰⁷, llegando a decirse que la atribución contenida en el numeral 6º del artículo 277 resultaba contradictoria con la del numeral 1º del artículo 278 de la C.P. en cuanto si de acuerdo con la primera, el Procurador General de la Nación tiene la facultad *“de imponer las respectivas sanciones ... realmente pues esto implicaría que la Procuraduría puede por ejemplo destituir a un funcionario, desvincularlo del cargo o suspenderlo o amonestarlo, bueno depende de la gravedad de la sanción y de lo que diga la ley”* porque, conforme con el segundo, aun a pesar de que el Procurador General de la Nación imponga la sanción debe remitir dicho acto administrativo al superior jerárquico del sancionado para que lo ejecute y en el evento de no hacerlo, sancionarlo dado que el que tiene la facultad de aplicar la medida es el nominador y no el Procurador General de la Nación.

Como consecuencia de la anterior discusión, se votó el artículo en el sentido de excluir la proposición que permitía sancionar al superior jerárquico que no cumpliera con una decisión de la Procuraduría General de la Nación, en su lugar, solo se permite sancionar al superior jerárquico que omita el deber de vigilancia sobre sus subalternos y que no aplique las sanciones que le compete aplicar.

Al respecto en sesión plenaria de 7 de junio un constituyente intervino para preguntar *“cómo entiende el ponente el verbo desvincular, qué alcance tiene”* frente a lo cual se indicó que la destitución surge como consecuencia de un proceso disciplinario en ejercicio del control interno, mientras que la desvinculación es una facultad especial del Procurador General de la Nación¹⁰⁸. No obstante, un

¹⁰⁶ Fls. 175 a 177 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Plenaria de 7 de junio.

¹⁰⁷ Fls. 81 – 93 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril.

¹⁰⁸ Fls. 188 a 197

constituyente intervino para señalar que con esta facultad el Procurador General de la Nación iba a sustituir todas las autoridades nominadoras de la administración. Por demás la discusión discurrió en torno a si la decisión debe ser motivada o discrecional y se aprueba el artículo en el sentido de indicar que la desvinculación se produce, previa audiencia y mediante decisión motivada.

Sobre las funciones atribuidas al Procurador en uno y otro artículo¹⁰⁹ algunos constituyentes intervinieron para señalar que los referidos artículos contemplaban una duplicidad de funciones y que no se entendía cómo si en virtud del primero de estos el Procurador General de la Nación o sus delegados podían supervigilar la conducta incluso de los de elección popular y ejercer el poder disciplinario “*en forma genérica*”, en el segundo se restringiera dicha facultad señalando que **únicamente el Procurador** puede desvincular del cargo a los servidores públicos que no hicieran cumplir las sanciones impuestas por el Ministerio Público o que obstaculizaran las investigaciones.

Al efecto un interviniente explicó que: “*le damos la atribución indelegable al defensor del pueblo¹¹⁰ de desvincular del cargo previa audiencia y por decisión motivada etc, porque parece una decisión de tanta trascendencia para un alto funcionario del Estado, a quien se le lleque a comprobar una falta que amerite por ejemplo la destitución del cargo que tiene, eso no se le puede dejar en manera alguna a los defensores delegados de la Procuraduría departamental o Municipal, yo creo que hay que proteger este derecho de los altos funcionarios del Estado...¹¹¹”.* (Resaltado fuera de texto)

Sobre el particular en la Comisión Codificadora de 13 de junio de 1991, se estableció: “**no es porque sean unas funciones generales y otras especiales, sino porque las primeras las puede ejercer por sí o por medio de sus delegados y las otras las tiene que ejercer directamente, no sé si general y especial de esa connotación**¹¹²”. (Resaltado fuera de texto)

¹⁰⁹Ver folio 67 - 68 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril.

¹¹⁰ Recuérdese que hubo muchos momentos en el desarrollo de la Asamblea en que la Procuraduría General de la Nación desapareció, para dar paso al Defensor del Pueblo.

¹¹¹ Ver folio 68 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril

¹¹² Fl. 245.

4.2.4. SOBRE LA COMPETENCIA CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 278.1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Ahora bien, además de la delegable función disciplinaria antes vista, como ya se advirtió, el Procurador General de la Nación, al tenor de lo previsto por el artículo 278.1 de la Carta, tiene potestad disciplinaria exclusiva –y excluyente frente a otros disciplinadores-, respecto de faltas que cumplan con las siguientes condiciones:

1. La consecuencia sea la desvinculación del cargo, y
2. El funcionario público incurra en alguna de las siguientes conductas:
 - a. Infrinja de manera manifiesta la Constitución o la Ley.
 - b. Derive evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio del cargo o de sus funciones
 - c. Obstaculice en forma grave las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional.
 - d. Obre con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

En el evento sometido a análisis corresponde adentrarnos sólo en el primer evento, habida cuenta de las imputaciones disciplinarias hechas al señor PETRO URREGO.

4.2.4.1. Sobre la infracción manifiesta de la Constitución o la Ley

Para determinar a qué se refiere la expresión: “infracción manifiesta de la Constitución y la Ley”, utilizada en el numeral uno del artículo 278 de la Carta es necesario realizar una interpretación armónica de conformidad con lo reglamentado sobre las faltas disciplinarias que dan lugar a **destitución** es decir la **desvinculación** del cargo en el Código Único Disciplinario y los antecedentes de las discusiones sobre el tema en la Asamblea Nacional Constituyente.

4.2.4.1.1. La destitución o desvinculación del cargo en la Ley 734 de 2002

En el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, se establece que es posible desvincular del cargo como sanción disciplinaria –destitución- cuando se trata de faltas disciplinarias **gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima**, tal afirmación se deriva de lo previsto por el artículo 44 que a la letra reza:

“Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. (...)
- 3.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación **manifiesta** de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.” (Negrillas fuera de cita)

De la literalidad de la norma transcrita se tiene, que únicamente es posible sancionar con desvinculación del cargo en los casos en que los funcionarios públicos incurran en las conductas calificadas como **gravísimas**, es decir las enlistadas en el artículo 48 del Código Único disciplinario, y cuando éstas hayan sido cometidas **a título de dolo o culpa gravísima** de conformidad con lo indicado en el artículo 44 ídem, por lo que el catálogo de competencias indelegables por parte del Procurador General de la Nación bien puede ser determinado y determinable claramente *ab initio* de una investigación disciplinaria.

Pero, como se indicó la competencia indelegable del jefe máximo del Ministerio Público, también está vinculada a la determinación de cuándo es “manifiesta” la violación de la Constitución o la ley.

4.2.4.1.1.1. El significado de “manifiesta” en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente

No existe en los antecedentes de la Constitución Política de 1991 discusión ni conclusión específica respecto a la infracción manifiesta de la Constitución y la Ley como causal para que el Procurador ejerza de manera directa la competencia, en la Comisión Codificadora de junio 13¹¹³ se suscitó una discusión frente al sentido

¹¹³ Fl. 251 a 254

de la expresión “**manifiesta negligencia en la investigación...**” (punto d del numeral 1 del artículo 278 de la C.P.), pues para algunos intervinientes no se trataba de un adjetivo cualquiera sino que con este se pretendía calificar la conducta para saber si se actuó con culpa grave o leve, por lo que eliminarla implicaría que “*le estemos exigiendo al superior una culpa probablemente leve o levísima*”. No obstante, a juicio de otros, la misma no era requerida en la redacción del artículo pues la conducta que se sancionaba era que el superior hubiera tenido conocimiento de la falta y no hubiera hecho nada.

Por otra parte otros constituyentes intervinieron para señalar que el uso de la expresión “*manifiesta*” implicaba probablemente exigir una culpa grave más no una simple negligencia o una leve negligencia, con lo que la ausencia de dicha expresión en el articulado, haría “*cabe[r] todas las culpas, si uno pone la palabra manifiesta ya esta excluyendo un tipo de culpas*”¹¹⁴. No obstante, en sentir de otro interviniente la negligencia grave y la negligencia manifiesta son diferentes por lo que se inclinaba a pensar que lo que se quería decir era que la negligencia “*tiene que salir de bulto, no tanto en su intensidad, sino en el hecho mismo de haber querido ser negligente para que dé lugar a una sanción de esta clase*”.

En el *diccionario de la lengua española (DRAE)*- edición 22^a, publicada en 2001- se encuentra la siguiente definición:

“(Del lat. *manifestus*).

1. adj. Descubierto, patente, claro.

(...)

3. m. Escrito en que se hace pública declaración de doctrinas o propósitos de interés general.

(...) **poner de manifiesto** algo.

1. loc. verb. Manifestarlo, exponerlo al público.

(...)”

De lo anterior se tiene, que para los constituyentes el adjetivo “manifiesta” - además de su significado según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española- de “claro”, “patente”, “de bulto” implica una calificación de la conducta,

¹¹⁴ Fl. 254.

es decir que cuando se le imprime el adjetivo “manifiesta” no se refiere a una simple negligencia o una leve negligencia sino que exige una culpa gravísima¹¹⁵.

Así las cosas “infringir de manera manifiesta la Constitución o la Ley” no se refiere a una apreciación subjetiva del operador disciplinario, sobre la claridad, visibilidad u obviedad de la infracción como una apreciación de su sentir, relativa a su percepción, sino a una calidad del objeto en sí mismo, es decir de la gravedad o levedad de la infracción.

4.2.4.1.2. Conclusión

En lo que tiene que ver con las causales b, c y d del numeral 1 del artículo 278 de la Carta, ya que se encuentran reproducidas como faltas gravísimas en la ley 734 de 2002¹¹⁶, se requiere únicamente la verificación de la calificación de la sanción, es decir si la conducta disciplinaria sancionable se realizó a título de dolo o culpa gravísima, para que la consecuencia sea la destitución o desvinculación del cargo y corresponda al Procurador General de la Nación asumir la competencia directamente, pero no ocurre lo mismo en el caso del literal a) que se refiere a la infracción **manifiesta** de la Constitución o la Ley.

De acuerdo con expuesto, y de la interpretación armónica de las normas ya referenciadas:

¹¹⁵ Esta calificación siempre se refirió en la Asamblea Nacional Constituyente con el calificativo de “grave”, como la forma más acentuada de esta modalidad de culpabilidad, aunque más tarde se determinó por el legislador que tal forma era la gravísima

¹¹⁶ 2. **Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas**, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

4. **Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.**

(negrillas fuera de texto)

a. El artículo 278.1 de la Carta, que se refiere a que el Procurador General de la Nación directamente, previa audiencia y decisión motivada desvinculará del cargo al funcionario que incurra en infracción manifiesta de la Constitución o la ley,

b. Los antecedentes del referido artículo en las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en los que se expuso que el significado de “manifiesta” no se refería a una simple o una leve negligencia sino que exigía una culpa gravísima, y,

c. Lo establecido en la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario que desarrolla la potestad disciplinaria del estado, y en su artículo 44 establece que sólo es posible sancionar con destitución es decir la desvinculación del cargo cuando se incurra en alguna de las faltas gravísimas, esto es, las consagradas en el artículo 48 ídem, dolosas o realizadas con culpa gravísima.

Se entiende, que la posibilidad de desvincular del cargo a los funcionarios públicos está en cabeza directamente del Procurador General de la Nación, es decir, hace parte de las funciones indelegables por estar consagrado en el artículo 278 y sólo se puede aplicar por la comisión de faltas disciplinarias establecidas en la Ley como gravísimas, y calificadas como dolosas o gravísimamente culposas, que corresponden a la definición de infracción manifiesta de la Constitución o la Ley consagrada en la misma norma.

De igual manera, de conformidad con la Ley disciplinaria aplicable una vez advertidas dichas circunstancias, se debe dar aplicación a los artículos 182 y 183 del Código Único disciplinario: declarar la procedencia del **procedimiento especial** y citar al servidor público investigado, por ser tal proceso y procedimiento de competencia directa y exclusiva del Procurador General de la Nación.

4.2.5 EL CASO CONCRETO

Dentro del proceso disciplinario adelantado por la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, contra GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el pliego de cargos de 20 de junio de 2013, el fallo de única

instancia de 9 de diciembre de 2013 y la resolución del recurso de reposición mediante auto del 13 de enero de 2014, los cargos, las faltas disciplinarias y su calificación, por los que el señor PETRO URREGO fue declarado disciplinariamente responsable fueron¹¹⁷:

PRIMER CARGO:

“Haber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.

Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, de la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
(...)

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

La declaratoria de responsabilidad por este cargo formulado se hace a título de dolo y en la modalidad de determinador, forma de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 26. AUTORES. Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función”

SEGUNDO CARGO:

“Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el

¹¹⁷ Los cargos fueron tomados del pliego de cargos de 20 de junio de 2013.

principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.

Con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante.

El cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hace a título de dolo.”

TERCER CARGO:

“Haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.

Con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

El cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hace a título de culpa gravísima.”

Tal claridad, deviene, como lo señala el Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren más adelante, desde el momento mismo en el que se otorga la

delegación a la Sala Disciplinaria y fue ratificado por los funcionarios delegados al señalar la descripción y determinación de las conductas investigadas, la gravedad de las faltas, las normas violadas, y la forma de culpabilidad en el pliego de cargos, el fallo y la confirmación del fallo expedidos, y conforme a todas estas actuaciones no hay lugar a dudas que:

1. Las faltas endilgadas por las cuales se produjo la sanción, **son gravísimas**.
2. La forma de culpabilidad fue calificada a título de **dolo** en los dos primeros cargos y de **culpa gravísima** en el tercero, y
3. dieron lugar a la sanción de **destitución**, es decir a la **desvinculación** del cargo.

Además, en el decurso del proceso disciplinario, para arribar a dichas conclusiones la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación hizo las siguientes aseveraciones:

4.2.5.1. Frente al primer cargo:

Desde el pliego de cargos, en el cual se señaló al Alcalde Mayor de Bogotá como determinador de la suscripción de los contratos interadministrativos entre la EAAB o la empresa de Aguas de Bogotá y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, calificó los contratos cuestionados como “totalmente irregulares”, “violatorios de las normas contractuales y los principios de la contratación estatal”, y aseveró que los mismos se dieron con el desconocimiento del ordenamiento jurídico, de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la Ley, tal como se observa en los siguientes apartes del pliego de cargos:

“(…) Así las cosas, con las pruebas que obran en el proceso, la Sala Disciplinaria considera, a esta altura procesal, **que la suscripción de dicho contrato interadministrativo es irregular, por ser violatorio de las normas contractuales que regían la materia y por afectarse los principios de la contratación estatal y de la función pública**, y que la suscripción de dicho convenio fue ordenada por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de la ciudad de Bogotá. (pág 15 Pliego de cargos negrillas fuera de texto)

(...) 4.1.1.4.4 Conclusión preliminar en cuanto a las inconsistencias de los contratos derivados del convenio interadministrativo 0809 de 2012.

(...) Estas inconsistencias e irregularidades que describe la Sala producto de las pruebas obrantes en el proceso ratifican que las empresas del Distrito, bien la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, no tenían la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, situación que además de generar presuntas irregularidades administrativas y contractuales se constituyó en la principal causa de la crisis y emergencia que enfrentó la ciudad para los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, producto de la adopción de decisiones adoptadas con ligereza, sin planeación y previsión y con **desconocimiento del ordenamiento jurídico, pues es irrefutable que en materia de contratación y, específicamente en servicios públicos, no se puede adjudicar la prestación de un servicio a alguien en quien se sabe de antemano que no lo podrá prestar por evidente falta de capacidad.** (Pág 64-65 del pliego de cargos)

(...) 4.3 CARGO A FORMULAR

4.3.1 Tipicidad de la conducta

De conformidad con el artículo 4 del Código Disciplinario Único, está establecido que el servidor público sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de la realización.

Así las cosas, en lo que concierne a la categoría de la tipicidad disciplinaria, el artículo 48, numeral 31, estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público participe en la etapa precontractual o en la actividad contractual **con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.**

De la misma manera, obsérvese que el Código Disciplinario Único establece, en su artículo 26, que también será autor de la falta disciplinaria quien determine a otro a cometerla, por lo que para el presente caso la **participación** de que habla el tipo disciplinario contenido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único se debe imputar a título de **determinador.** (Pág 89 pliego de cargos).

(...) En el presente caso y conforme a las pruebas recaudadas en la investigación, **la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S.P., respectivamente, fueron totalmente irregulares,** debido a que ninguna de estas dos empresas del Distrito contaban con la experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo. (pág. 90 Pliego de Cargos)

(...) Así las cosas y como se ha venido exponiendo, tal determinación se materializó en la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, celebrados entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente, los cuales para esta Sala son violatorios del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, en la medida en con ellos **se desconocieron los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.** Para demostrar lo

anterior y con el fin de señalar cuáles son las reglas que se inobservaron y que a juicio de la Sala conllevaron a desconocer los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa, es necesario que se haga el análisis por separado de cada uno de los contratos interadministrativos.” (pág 91 del Pliego de cargos)

4.2.5.2 Frente al segundo cargo:

En lo que tiene que ver con el segundo cargo imputado al Alcalde Mayor de Bogotá, por haber expedido el decreto 54 de 10 de diciembre de 2012, mediante el cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, La sala Disciplinaria desde el Pliego de Cargos, señaló la expedición del decreto como **totalmente contraria al ordenamiento jurídico** y con lo cual **se violó en principio constitucional de libertad de empresa** en la misma imputación, y plasmó en las providencias disciplinarias las siguientes afirmaciones:

“5.1.5 Análisis de las normas contenidas en el Decreto 564 del 1 de diciembre de 2012.

(...) Para la sala, la respuesta no es otra que un esquema de prestación del servicio de aseo **por fuera del ordenamiento jurídico, sin ningún fundamento constitucional o legal**, porque la regla general en materia de prestación de servicios públicos es que rija en principio de libertad de empresa, y la única limitante o excepción para el servicio público de aseo –esta sí con fundamento jurídico- eran las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) (pág. 139 del Pliego de Cargos).

(...) De esta manera, así también lo entiende la Sala: la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá no podía ser una excepción a la regla del principio de legalidad. En consecuencia, la adopción del citado “Esquema transitorio” para la ciudad capital **no tenía ningún respaldo constitucional o legal, no se ajustaba a la regla general de la libertad de empresa**; no correspondía la modelo de la ASE, no se encuadraba en ninguna norma del ordenamiento jurídico, y no tenía justificación a partir de la órdenes dadas por la Corte Constitucional, porque estas decisiones judiciales no avalaron que el alcalde mayor de Bogotá adoptara un esquema de prestación del servicio público de aseo por fuera de la ley.” (pág 141 del Pliego de cargos)

4.2.5.3 Frente al tercer cargo:

Al igual que en el segundo, en la formulación de este tercer cargo se le endilga al Alcalde **violar disposiciones constitucionales y legales** referentes a la protección del medio ambiente, y desconocer de forma manifiesta reglamentación nacional vigente así:

“(…) De manera adicional, debe decirse que la utilización de vehículos para la prestación del servicio era una actividad eminentemente reglada y que precisamente los Decretos 1731 de 2002 y 948 de 1995 **fueron desconocidos manifiestamente**, pues ellos ni siquiera se tuvieron en cuenta en el decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Además, éstos decretos tenían un carácter de norma nacional, estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y dichas normas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá.” (pág. 104 del fallo disciplinario).

4.2.5.2 Conclusión

De todo lo anterior se tiene, que según la Sala Disciplinaria, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de funcionario público como Alcalde Mayor de Bogotá, incurrió en conductas irregulares, que desconocieron la Constitución y la Ley, las que fueron consideradas faltas disciplinarias gravísimas, calificadas como dolosas y con culpa gravísima, y dieron lugar a la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad general de 15 años, es decir a la desvinculación del cargo lo cual se configura de acuerdo con lo expuesto en infracción manifiesta de la Constitución y la Ley, que se señala en el numeral uno del artículo 278 de la Carta Política y hace parte de las funciones que debe **ejercer directamente el Procurador General de la Nación.**

Resulta claro que las supuestas irregularidades endilgadas por la Procuraduría General de la Nación al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, lo fueron siempre acentuando su forma “evidente”, “totalmente irregular” y hasta “manifiesta”, y así la investigación formal NO se haya iniciado con base en la fórmula sacramental del artículo 278 numeral 1 de la Constitución Política, que le atribuye al Procurador General la función de manera directa y exclusiva sin posibilidad de delegación; lo cierto es que de las múltiples y repetidas referencias realizadas a lo largo del proceso disciplinario y la imputación de las faltas como gravísimas y su calificación como dolosas y gravísimamente culposas utilizando el curso inadecuado del artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política para delegar el adelantamiento de la instrucción del proceso en la Sala Disciplinaria, configuran una grave afectación al debido proceso del ahora tutelante.

Entonces una vez advertido que las irregularidades se constituían en infracción manifiesta de la Constitución o la Ley, se debió dar aplicación al capítulo II del título XI del Código Único Disciplinario, que establece el procedimiento especial

ante el Procurador General de la Nación, declarar la procedencia del procedimiento especial y citar a audiencia al servidor público investigado, mediante decisión motivada.

La imposición de la sanción de destitución, que equivale a la desvinculación del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá por la Sala Disciplinaria, dentro del proceso disciplinario en cuestión, se convierte en una vulneración del principio de competencia consagrado como fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política. En virtud del cual el debido proceso se aplicará en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes y por un juez o tribunal competente, y en este caso está demostrado que el juez natural para desvincular del cargo al Alcalde mayor de Bogotá, dentro de un proceso disciplinario por las faltas gravísimas endilgadas a título de dolo y culpa gravísima era el Procurador General de la Nación, y dicha función Constitucional era indelegable, pues fue consagrada dentro de las funciones que debe ejercer el supremo director del Ministerio Público directamente, remitiéndome al análisis de tal derecho concreto al juicioso estudio que sobre el tema hace la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo

4.2.6. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Trayendo a colación la ponencia inicial sobre esta temática relacionada con el principio de convencionalidad, la sentencia colige la compatibilidad entre la función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conclusión que comparto aunque por razones diversas a las expresadas en la decisión objeto de disenso.

En efecto, lo primero que cabe observar es que como viene de exponerse, no dudo que le asisten competencias disciplinarias a la Procuraduría General de la Nación, pero ello no puede servir de premisa para deducir que las mismas pueden ser indistintamente asumidas y ejercidas por el Jefe del Ministerio Público o **por algún otro de sus agentes y delegados**. Como se advirtió existen competencias que desde la Constitución son delegables y otras que no lo son, y en este caso el Procurador General de la Nación delegó una de las que le son de su ejercicio

privativo, con lo que dio al traste con el debido proceso en cuanto desconoció el “juez natural”¹¹⁸, que en este evento era él y solo él, como jefe máximo del Ministerio Público, argumento al que debe sumarse el que en su apartado aborda con gran solvencia el señor Magistrado Gustavo Gómez Aranguren, referido al artículo 7.22 del decreto 262 de 2000.

Pero, superada esa temática, considero –como lo he expuesto en anterior oportunidad al salvar voto en decisión de la Sección Quinta¹¹⁹, tal como lo manifesté en los debates a la ponencia inicial, resulta inobjetable el control de convencionalidad que debe aplicarse al supuesto fáctico traído a esta instancia judicial en sede constitucional de tutela, pero dándole el alcance y entendimiento adecuado, por cuanto el problema jurídico que gira alrededor de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a las diversas y sesgadas interpretaciones que se le han dado al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano LEOPOLDO LOPEZ MENDOZA contra VENEZUELA, radica en que, si bien el órgano judicial supranacional concluyó que se le habían vulnerado derechos fundamentales, el núcleo duro de la irregularidad provino de la afectación al debido proceso por no otorgarle plenas garantías de contradicción y defensa más no por la naturaleza administrativa de la autoridad que impuso la sanción.

La norma que suscita controversia - artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - señala:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. **La ley** puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

¹¹⁸ Reiterando que aunque la Corte Constitucional y algunos operadores judiciales asimilen al procurador, sus agentes y delegados a jueces, ello no corresponde en manera alguna a la esencia y materialidad de sus funciones.

¹¹⁹ Frente a la sentencia de 21 de septiembre de 2011, proferida dentro del Radicado 2010-0030.

Lo primero que huelga advertir es que la reglamentación a que se refiere el numeral segundo transcrito hace referencia a la “ley”, por lo que las limitaciones a los derechos políticos con esta fuente seguramente que deben ceñirse a los motivos allí expuestos (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, condena penal), pero creo que la misma consideración no puede aplicarse a los eventos en que las restricciones devienen de la Carta Política, más aún cuando la misma procede, como en el caso colombiano, del ejercicio de un proceso absoluto y netamente democrático, el texto inicial de la intervención de una Asamblea Nacional Constituyente y algunas de las posteriores incluso han contado con la intervención directa del constituyente primario¹²⁰.

Considero que la contemplación de la restricción –condicionada- en la Constitución Política, la excluye de la censura frente a la Convención, en cuyo texto se diferencia claramente “Constitución” y “ley”, como se puede leer en los artículos 2^o¹²¹, 7^o.2¹²², 25¹²³, 28.2¹²⁴ y 41.b¹²⁵, por lo que el rango normativo y el origen democrático y soberano del que procede lo blindo de ser restringido a una

¹²⁰ Como sucede con el artículo 122 de la Carta Política introducido por virtud de un referendo.

¹²¹ Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus **procedimientos constitucionales** y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹²² 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las **Constituciones Políticas de los Estados Partes** o por las **leyes** dictadas conforme a ellas.

¹²³ 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la **Constitución, la ley** o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales

¹²⁴ 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su **constitución** y sus **leyes**, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

¹²⁵ La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus **leyes internas** y sus **preceptos constitucionales**, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

sentencia penal, como –con todo comedimiento y respeto- equivocadamente lo consideró la Corte Constitucional en sus sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, en una expresión que no es más que un *obiter dicta* carente de fuerza vinculante alguna.

Así, en el caso colombiano el hecho de hallarse consagrada la limitación en norma de rango constitucional, hace que la referencia a la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA contra la REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA no resulte precisa por cuanto en el vecino país, su Constitución establece que: “El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.”(Artículo 42) y que: “No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”; siendo evidente la diferencia entre las Constituciones de Venezuela y Colombia.

Precisamente esta posición fue planteada en la aclaración de voto de la sentencia del caso que se comenta (allí denominado voto concurrente), del juez Diego García-Sayán, en el que expresó la inquietud que a nivel interno ha surgido, en el seno del alto Tribunal internacional y cómo la misma a nivel de nuestro país tiene su génesis desde las mismas discusiones previas al texto final de la Convención, como se reconoce en la cita de pie de página No. 17, donde queda claro que para el Estado Colombiano desde 1969 la redacción misma en la que se incluyó “sentencia penal” que fue introducida por un Grupo de Trabajo, no era compartida por el representante de Colombia, doctor Pedro Pablo Camargo, como tampoco lo fue por el miembro de la Comisión de Derechos humanos. Así, dada su capacidad de “complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados del caso LÓPEZ MENDOZA contra el ESTADO VENEZOLANO, veamos los argumentos del juez García-Sayán para su voto concurrente:

“1. El caso resuelto por la Corte se refiere a una víctima perfectamente individualizada, el señor Leopoldo López Mendoza, y a una situación y materia jurídica con un “punto central” identificado por la Corte:

100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en

aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

2. En torno a este aspecto central de la controversia la Corte ha determinado la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación, *inter alia*, al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

3. Siendo el tema esencial de este caso el derecho del señor López Mendoza a registrar su candidatura para cargos electivos y habiendo la Corte declarado la violación del derecho a ser elegido, remitiéndose, entre otras, a la estipulación contenida en el artículo 23.2 de la Convención, corresponde complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados de este caso. El asunto al que se vio enfrentada la Corte en el presente caso guarda relación, también, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración y sus límites tratándose de restricciones al sufragio pasivo.

4. Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. **Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos.**

Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción. (negrillas fuera de texto)

5. De una interpretación no sólo literal sino sistemática y evolutiva del artículo 23.2 que, además, incorpore los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario, se llega en este voto concurrente a un enfoque alternativo. Pero que no por ello lleva a concluir que el derecho del señor López Mendoza a ser elegido no fue violado.

Interpretación comprehensiva del artículo 23.2

6. Es conveniente un análisis adicional sobre las expresiones “*exclusivamente*” y “*condena, por juez competente, en proceso penal*” contenidas en el artículo 23.2 de la Convención. En particular para determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos. Una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana nos lleva a conclusiones diferentes.

7. La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto¹, una determinación sobre el término “*exclusivamente*” y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular, se estableció que las causales consagradas en dicho artículo **no son taxativas sino que pueden ser reguladas**

teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad: (negritas fuera de texto)

(...)

8. El análisis sistemático, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969.

9. En este orden de análisis es de resaltar que en los demás ordenamientos internacionales de protección de derechos humanos no existe referencia específica de los medios o mecanismos por los cuales se puede regular el derecho a presentarse a elecciones o el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. No se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados sólo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de *“condena, por juez competente, en proceso penal”*.

10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Sí establece que los mismos no pueden ser limitados por *“restricciones indebidas”*. El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1³, se limita a consagrar la obligación de garantizar *“elecciones libres”*. En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados Parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar⁴. Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana.

11. El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵ y de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁶. **En esos instrumentos se han precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción⁷.** (resaltado fuera de texto)

12. En cuanto a la interpretación evolutiva, esta aproximación ha sido constante tanto en la Corte Interamericana como en el Tribunal Europeo al haberse establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁸. Esta Corte ha utilizado el derecho nacional comparado al tener en cuenta normativa nacional⁹ o jurisprudencia de tribunales internos¹⁰ para analizar controversias en casos contenciosos.

El Tribunal Europeo, por su parte, también ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados¹¹.

13. A partir de la información que sobre esta materia consta en el expediente, aparece que en la región existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilitaciones a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) sistema político, que consiste en un juicio político a cargo del órgano

legislativo, generalmente contra funcionarios de alto rango sindicados de haber cometido faltas o delitos¹²; ii) sistema judicial a través de un proceso penal¹³, y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral¹⁴. **De ese examen suele concluirse que el uso de un sistema no es excluyente de otro sistema**¹⁵. Observando este contexto de derecho comparado se podría decir que estas prácticas jurídicas e institucionales de los Estados Parte se conectan a obligaciones internacionales en el contexto de los principios e instrumentos anticorrupción ya mencionados. . (negrillas fuera de texto)

14. La interpretación teleológica toma en cuenta la finalidad contenida en los diversos criterios sobre regulación de derechos políticos. En el artículo 23.2 de la Convención se estipulan posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos y se busca, claramente, que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. Ése es el claro sentido de la norma. El mecanismo de restricción de derechos, pues, tiene que ofrecer suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas, los sistemas democráticos y a la oposición política. Debe entenderse, pues, que el juicio debe ser el más estricto posible, sea cual sea la vía utilizada para efectuar una restricción.

15. En lo que atañe a los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario de interpretación, no se encuentra en ellos debate ni sustentación acerca de los términos *“exclusivamente por [...] condena, por juez competente, en proceso penal”*. Este concepto fue incluido sólo en la última discusión del artículo sobre los derechos políticos, por una propuesta del delegado de Brasil¹⁶. El delegado de Colombia y el miembro de la Comisión de Derechos Humanos presentaron objeciones¹⁷.

Sin embargo, la enmienda fue aprobada y se hizo la inclusión en el texto definitivo del artículo 23. No consta, sin embargo, la razón o motivación por la que se presentó dicha enmienda ni se conoce del debate. **Por ello, no es posible concluir con absoluta claridad cuál fue la intención de los Estados para la incorporación de dicho término en el actual artículo 23 de la Convención Americana.** . (negrillas fuera de texto)

16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término *“exclusivamente”* contenido en el artículo 23.2 de la Convención **no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción.** Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles. . (negrillas fuera de texto)

17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2 y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, **lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal.** En este caso la sanción no la impuso una autoridad judicial.

Proporcionalidad y previsibilidad en la sanción impuesta

18. Sin perjuicio de que la sanción de inhabilitación no fue dispuesta por una autoridad judicial, en este caso, adicionalmente, la Corte ha establecido la responsabilidad del Estado por la violación al deber de motivación, al derecho a la defensa y a la protección judicial que derivaron en la imposición de la sanción de inhabilitación (párrs. 149, 150 y 185). En efecto, no se ofrecieron argumentos específicos sobre la relevancia del hecho, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público que dieran cuenta de una motivación cualitativa y cuantitativa que justificara una sanción de la magnitud de la inhabilitación y su duración. Más allá de ello, sin embargo, y teniendo en cuenta la interpretación ya expresada sobre el artículo 23.2 es, a mi juicio, importante determinar si en el ejercicio de su potestad sancionatoria el Estado se sujetó a los principios de proporcionalidad y previsibilidad.

19. **En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad de la inhabilitación dispuesta por la Contraloría en perjuicio del señor López Mendoza, lo primero que debe señalarse es que tratándose de una restricción del derecho al sufragio pasivo, es decir, del derecho de postular a un cargo de elección popular, tienen que ser mucho más estrictos y acotados los caminos a emplear.** Entre otras razones porque en estos casos no solo está en juego la afectación de los derechos de quienes quieren postular sino los intereses colectivos de los electores. No es una situación, pues, igual a la de funcionarios designados, cualquiera que sea la vía de acceso (libre designación o concurso).

20. **Como lo he enfatizado líneas arriba, es fundamental que el Estado cuente con mecanismos administrativos eficientes y eficaces para combatir y sancionar la corrupción.** No deja de llamar la atención, asimismo, que en el presente caso – en el que no se comprobó penalmente ningún delito cometido por el señor López Mendoza – la sanción “accesoria” sea notoriamente más gravosa que la sanción “principal” (la multa).

Especialmente cuando se está en presencia de una persona, como es el señor López Mendoza, quien había hecho de la participación en la vida electoral un proyecto de vida.

El alto impacto de la sanción en los derechos políticos del señor López Mendoza le impidió postularse como candidato a la alcaldía Metropolitana de Caracas y, eventualmente, a otros cargos de elección popular.

21. A la luz de los hechos de este caso hay que preguntarse si el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración puede afectar o no el derecho al sufragio pasivo. En otras palabras, si por esa vía se puede impedir que un ciudadano participe como candidato en una contienda electoral. Comparto y suscribo lo establecido por la Corte en cuanto a que a través del ejercicio de tal potestad sancionatoria administrativa no se puede afectar el derecho al sufragio pasivo y que esa función está reservada a una autoridad judicial teniendo en cuenta la dimensión del derecho afectado.

22. Sin embargo, desde mi punto de vista y más allá de este caso, este tipo de restricción no tendría que estar reservada exclusivamente a un juez penal, sino a cualquier autoridad judicial previamente determinada por el ordenamiento jurídico

respectivo y que cumpla con respetar y asegurar las garantías establecidas en esta materia.

23. En el mismo tema de la proporcionalidad, de lo que consta en el expediente fluye que las conductas que le fueron atribuidas no eran de las más graves. La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en adelante LOCGRSNCF) establecía que el monto de la multa se determinaba según la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados¹⁸. Si bien el Estado alegó que las sanciones no fueron acumulativas y que habría existido reincidencia, la falta de gravedad protuberante en las conductas atribuidas al señor López Mendoza se trasluce en el hecho que las multas que le fueron impuestas no eran de las más altas previstas legalmente. La multa aplicada por los “hechos de PDVSA” se encontraba entre los rangos más bajos de las multas aplicables¹⁹. La multa aplicada en relación con los “hechos de la Alcaldía” se encontraba en un rango intermedio de las multas posibles²⁰.

24. Se debe tomar en cuenta que tampoco consta que por estos hechos se haya iniciado un proceso penal. La inexistencia de persecución penal permite inferir, precisamente, que las faltas cometidas no podían relacionarse con aquellas conductas más graves, que son las que podrían justificar una sanción como la restricción a los derechos políticos.

25. Por ello, resulta irrazonable la desproporción entre la sanción impuesta como “principal” y las impuestas como “accesorias” (la inhabilitación para ser candidato). Si bien se alega que en el derecho interno no existe relación de dependencia entre la multa y la inhabilitación²¹, en las circunstancias específicas del caso – en el que no se expresó, como se señala en la Sentencia, una motivación suficiente de la sanción de inhabilitación- es manifiestamente irrazonable la diferencia entre las multas impuestas como sanción principal al señor López Mendoza (por US\$1000 y US\$4000) y la sanción de inhabilitación de la que fue objeto, que implica una restricción para ser candidato durante 6 años. El alto impacto de la sanción en los derechos políticos del señor López Mendoza le impidió postularse como candidato a la alcaldía de Caracas o a otros cargos de elección popular.

26. Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Como lo ha dicho la Corte Interamericana, “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”²². En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana²³. En este instrumento interamericano se estipuló que entre otros elementos esenciales de la democracia representativa se encuentran el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho así como la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

27. En el análisis de la estricta proporcionalidad de la sanción, se debe considerar que no solo está en juego la afectación de los derechos de quienes buscan postular sino también los intereses colectivos de los electores. Ello exige que la restricción deba analizarse con un rigor más estricto cuando se trata de funcionarios elegidos a diferencia de funcionarios designados en la administración en cuyo caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección de un

funcionario. Ello lleva a concluir, pues, que, en relación con personas elegidas por voto popular o que pretenden postular a ello, las restricciones al sufragio pasivo sólo se pueden ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.

28. Otro aspecto a considerar es el de la previsibilidad de la sanción de inhabilitación impuesta. Las partes presentaron alegatos referentes al término temporal con el que cuenta el Contralor para imponer las sanciones accesorias, una vez declarada la responsabilidad administrativa e impuesto la correspondiente multa. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, tomando en cuenta la norma general sobre prescripción de las acciones administrativas sancionatorias (establecida en el artículo 114 de la LOCGRSNCF), en jurisprudencia posterior a los hechos del presente caso ha fijado un plazo máximo de cinco años para que pueda ser adoptada la sanción de inhabilitación²⁴.

29. La inhabilitación al señor López Mendoza por los hechos relacionados con PDVSA ocurrió aproximadamente cinco meses después de que la declaratoria de responsabilidad administrativa quedara en firme²⁵ (párr. 204), mientras que la inhabilitación por los hechos relacionados con la Alcaldía de Chacao fue impuesta aproximadamente seis meses después de la resolución que dejó en firme la declaratoria de responsabilidad²⁶ (párr. 204). Si bien el tiempo que transcurrió entre la declaratoria de responsabilidad y la imposición de la inhabilitación no fue en sí mismo excesivo, está probado (párr. 205) que la norma interna no establece un término o plazo fijo para que el Contralor ejerza dicha facultad.

30. La decisión de la Sala Político Administrativa orientada a suplir esta laguna normativa con el término de prescripción de la acción administrativa no cumple con el estándar de previsibilidad o certeza de la norma. Conforme quedó establecido en el párrafo 205 de la Sentencia, el “test de previsibilidad” implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos²⁷. La incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer una restricción al derecho a ser elegido no es compatible con la seguridad jurídica en un procedimiento sancionatorio que restringe este tipo de derechos. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de la restricción pues es un término demasiado prolongado y, por lo tanto, incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el procesado no espere por un plazo largo para que se determine la sanción que debe recibir por una responsabilidad ya determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en un momento inesperado para la persona sancionada (párr. 205).

31. En consecuencia, teniendo en cuenta la interpretación comprensiva de la norma contenida en el artículo 23.2 de la Convención, al tratarse del derecho de un ciudadano a ser elegido y al no cumplirse con los requisitos de previsibilidad y de proporcionalidad, la restricción determinada por la autoridad administrativa no fue justificada ni compatible con la Convención.

Diego García-Sayán

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Bajo esta perspectiva, la competencia del **Procurador General de la Nación**¹²⁶ para imponer sanciones disciplinarias que restrinjan legítimamente los derechos políticos no resulta contraria a la interpretación que del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha realizado la Corte Interamericana acorde con las condiciones y requisitos que ha señalado como necesarias para regular o restringir los derechos o libertades, a saber: 1) Legalidad de la medida restrictiva (en el caso colombiano, se encuentra en disposición de rango constitucional: artículo 278.1); 2) finalidad de la medida restrictiva, que es la separación definitiva del cargo de quien ha incurrido en faltas manifiestamente contrarias a la Constitución o la ley, de manera dolosa o gravemente culposa, siempre que ellas estén calificadas como gravísimas; 3) proporcionalidad y necesidad de la medida restrictiva, que deviene de la manifiesta dolosa o gravemente culposa violación del ordenamiento jurídico, que impone la más grave sanción. Este cumplimiento de las condiciones previamente señaladas por la Corte Interamericana, es el que llevaría a colegir que como en el caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia de 6 de agosto de 2008):

“181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.”

Adicionalmente, ahondando en razones por las que considero que las sanciones de destitución impuestas **por el Procurador General de la Nación** a servidores públicos, inclusive los de elección popular, son válidas y legítimas así no provengan de sentencias penales, creo necesario tener en cuenta que la

¹²⁶ Y para la sanción de **destitución** entiéndase sólo referida a este Alto dignatario y no a sus agentes y delegados.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 970 de 2005, señalando que:

“Artículo 1

Finalidad. La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.**

Artículo 8 (...) 6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Artículo 30 (...) 7. Cuando la gravedad de la **falta** lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará **la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado** y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.”(negrillas fuera de texto)

Por tanto, como este instrumento internacional también resulta de obligatorio cumplimiento por el Estado Colombiano, como pacíficamente lo acepta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi sentir se debe tener presente que existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales –penales y no penales- y hasta administrativas –siempre que en estas se respeten las garantías propias del ejercicio del *ius puniendi*- para efectos de disciplinar a los servidores públicos por la comisión de delitos, pero también de faltas, categoría dentro de la que cabe cualquier trasgresión al ordenamiento jurídico (siempre que se cumpla con los principios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹²⁷.

¹²⁷ Posición planteada en el Salvamento de Voto a la sentencia de 21 de septiembre de 2011 la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad.2010-0030 por quien ahora discrepa de la decisión constitucional.

Concluyendo, bajo esta interpretación convencional –y bajo el entendido que somos jueces de convencionalidad difusa-, la aplicación de medidas restrictivas de los derechos políticos conforme a nuestra Constitución y con respecto estricto de los derechos y garantías propias del ejercicio del *ius puniendi* resultan viables de cara a todo el bloque de constitucionalidad, situación que en este evento no sucedió por cuanto la Procuraduría General de la Nación –como ente- no tiene competencia para **desvincular** a los servidores públicos, porque tal competencia es exclusiva del **Procurador General de la Nación**.

4.2.7. OTROS ASPECTOS DE DISENSO

4.2.7.1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER EN ÚNICA INSTANCIA DE LOS ACTOS PROFERIDOS POR EL PROCURADOR Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En la sentencia se afirma que la competencia para conocer de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y/o de nulidad sería del Consejo de Estado, manifestación que considero desacertada por cuanto ello de suyo implicaría que la mayoría de la Sala estaría aceptando que quien debió proferir el fallo disciplinario debió ser necesariamente el Procurador, aserto que, como ya se expuso considero es el que corresponde a una interpretación sistemática y finalística del ordenamiento jurídico aplicable al caso en cuestión. Sin embargo, aunque se acepta y demuestra en aparte anterior que la competencia era exclusiva del jefe máximo del Ministerio Público, lo cierto es que tal cuestionamiento resulta propio del ataque a la legalidad del acto de sanción, que debe ser expuesto en la demanda que –luego de surtirse el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial- necesariamente compete conocer al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia. En efecto:

Sabido es que la competencia para conocer de una determinada demanda se deriva de la observancia o aplicación de los factores que el legislador ha

establecido, a saber¹²⁸: **Objetivo** (Es el que se define a partir de la naturaleza del asunto o de la cuantía; por materia cuando se deriva de la naturaleza del pleito o de la relación jurídica objeto de la demanda¹²⁹, como el estado civil de las personas; por cuantía en los eventos en que se asigna dependiendo del valor económico de la relación jurídica); **subjetivo** (Cuando se asigna en consideración a la persona que emite el acto cuya legalidad es cuestionada, cuando se asigna dependiendo de quién es objeto de juzgamiento¹³⁰); **territorial; funcional; o de conexión.**

Así, antes de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación, atendiendo el criterio **objetivo**, había determinado que le competía conocer en única instancia, las demandas instauradas contra los actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional, en los que se imponen sanciones disciplinarias que van desde la suspensión en el ejercicio del cargo (retiro temporal del servicio) hasta las que imponen retiro definitivo o separación permanente del cargo¹³¹, en aplicación del numeral 13 del artículo 128 del CCA., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998.

En síntesis el desarrollo jurisprudencial, se sintetiza en que el criterio establecido en el año 2006 se mantuvo hasta el 2010, cuando en agosto la Sección Segunda

¹²⁸ De conformidad con la doctrina, “(...) Nuestros códigos mencionan únicamente los tres primeros; pero del conjunto de normas contenidas en la aplicación de la competencia puede deducirse los otros dos. (...)”

¹²⁹ Cuando el artículo 134 B del C.C.A. se refería a “controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria”, o cuando menciona la “declaratoria de unidad de empresa y a la calificación de huelga”, o se refiere a actos que disponen “sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio”

¹³⁰ Como el numeral 2° del artículo 134B del C.C.A., que establece que los Juzgados Administrativos conocerán en primera instancia:

“[...] 2. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, cuando se trate de controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria o cuando se controviertan Actos Administrativos de carácter laboral expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los actos referentes a la declaratoria de unidad de empresa y a la calificación de huelga, cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia.
(...)”

¹³¹ Véanse auto de 12 de octubre de 2006, proferido dentro del proceso con radicado No. 11001-03-22-000-2005-00333-00 (799-06) C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; auto de 27 de marzo de 2009, dictado dentro del expediente con No. 47001-23-31-000-2001-00933-01 C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Auto de 12 de marzo de 2010 Proceso No. 11001-03-25-000-2010-00035-00 (0279-2010), actor: Ovidio Mahecha Bolívar. C.P. Gerardo Arenas Monsalve; auto de 4 de agosto de 2010, proferido dentro del proceso con

evidenció la existencia de una situación a nivel nacional que llevó a “...*decisiones contradictorias al interior de los juzgados y tribunales...*”, consistente en que, de un lado, i) las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho ii) **sin cuantía**, adelantadas iii) contra actos con los cuales se imponían sanciones de **retiro definitivo**, eran de competencia del Consejo de Estado en única instancia. Pero, del otro, si se trataba de i) acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ii) **con cuantía**, dirigidas iii) contra actos con los cuales se imponían sanciones de **retiro definitivo**, entonces la competencia era de los juzgados.

En vista de la anterior situación, la Sección Segunda dictó providencia de unificación con la cual determinó que era el factor **objetivo** de la naturaleza del asunto, y no el de cuantía, el que fijaría la regla de competencia (sanción disciplinaria de retiro definitivo). Conforme a la precisión realizada por esa Sala, entonces el Consejo de Estado conocía de i) las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, seguidas en ii) contra actos con los cuales se imponían sanciones de **retiro definitivo**, iii) **con o sin cuantía**.

Para el año 2011, la Sección Segunda decidió darle alcance a la decisión proferida en agosto del año 2010, y con ello complementó el criterio jurisprudencial pues no solo indicó que la cuantía sería indistinta a efectos de controvertir actos con los cuales se retiraba definitivamente del servicio a una persona, sino también para aquellos con los que el retiro era temporal. Sumado a lo anterior, dicha Sala aprovechó para incluir un nuevo elemento a tener en cuenta al momento de establecer la competencia en cabeza de esta Corporación: iv) “...*siempre y cuando [la sanción disciplinaria] provenga de autoridades del orden nacional...*”.

En definitiva, en vigencia del C.C.A. el Consejo de Estado era competente para conocer, en procesos de única instancia, de i) acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ii) con o sin cuantía y con las cuales se censuraban iii) actos administrativos disciplinarios que implicaban sanciones de retiro temporal o definitivo, siempre que iv) hayan sido proferidos por autoridades del orden nacional.

Ya con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el panorama de la competencia de esta Corporación, así como de las demás autoridades judiciales, volvió a ser objeto de debate.

Así, con auto de 8 de agosto de 2013¹³², el Consejero Alfonso Vargas Rincón resolvió remitir por competencia a los Tribunales Administrativos la demanda que se formuló en contra de la Policía Nacional, por la sanción de destitución e inhabilidad que le impuso la Oficina de Control Disciplinario Interno de esa entidad al demandante; decisión que también tomó la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, en auto de 29 de julio de 2013, en el expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2013-00759-00, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que fue formulada en contra de los fallos disciplinarios de 20 de junio y 12 de septiembre de 2012, con los cuales el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Bucaramanga y el Inspector Delegado Región Cinco, sancionaron con destitución e inhabilidad general al demandante por el término de 10 años.

De conformidad con los razonamientos de los Consejeros Alfonso Vargas y Bertha Lucía Ramírez, miembros de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se advierte que con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las interpretaciones en materia de competencia para el conocimiento de actos administrativos con los cuales se imponen sanciones, quedaron, según cada providencia, establecidas así:

Autoridad	Despacho	Retiro definitivo	Retiro Temporal	Otras sanciones
Procurador General de la Nación	Auto Dr. Vargas	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2) ¹³³	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2)	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2)

¹³² En proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2012-00786-00(2557-12), Actor: Ever Enrique Rivero Tovia. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

¹³³ "ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

Autoridad	Despacho	Retiro definitivo	Retiro Temporal	Otras sanciones
	Auto Dra. Ramírez	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2)	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2)	Consejo de Estado en única instancia (art. 149,2)
Funcionarios de la PGN	Auto Dr. Vargas	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3) ¹³⁴	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales en única instancia (art. 151,2)¹³⁵
	Auto Dra. Ramírez	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)
Oficinas de Control Disciplinario Interno o funcionarios con potestad para ello en las Ramas, Órganos y Entidades del Estado	Auto Dr. Vargas	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales en única instancia (art. 151,2)
	Auto Dra. Ramírez	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales en única instancia (art. 151,2)
Autoridades municipales	Auto Dr. Vargas	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Tribunales 1ª instancia (art. 152,3)	Juzgados en única instancia (art. 154,2) ¹³⁶
	Auto Dra.	Tribunales 1ª	Tribunales 1ª	Juzgados en

También conocerá de las demandas que en ejercicio de la indicada acción, y sin atención a la cuantía se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo Director del Ministerio Público. (...).”

¹³⁴ “ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación.

(...).”

¹³⁵ “ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

(...)

2. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades departamentales.

(...).”

¹³⁶ “ARTÍCULO 154. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los jueces administrativos conocerán en única instancia:

(...)

2. De la nulidad y restablecimiento del derecho que carezca de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades municipales.”

Autoridad	Despacho	Retiro definitivo	Retiro Temporal	Otras sanciones
	Ramírez	instancia (art. 152,3)	instancia (art. 152,3)	única instancia (154,2)

Aunque con las decisiones proferidas por los miembros de la Sección Segunda, a propósito de la competencia para conocer de las demandas en contra de actos administrativos con los que se imponen sanciones en vigencia del CPACA, se presentaron tesis en su mayoría coincidentes, el criterio fue disímil: en materia de los actos proferidos por los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación, cuando imponen sanciones distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio.

En efecto, el Consejero Alfonso Vargas entendió que tales actos son controlables por los Tribunales Administrativos en única instancia, ya que los equiparó a las autoridades departamentales de que habla el numeral 2º del artículo 151 del Código, haciendo una aplicación extensiva del artículo 151, numeral 2, a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes del Procurador, pues quedaron cobijados bajo el calificativo de oficinas de control interno o funcionarios con potestad para ello en las Ramas, Órganos y Entidades del Estado; mientras que la doctora Bertha Lucía Ramírez, en aplicación del artículo 152, numeral 3º, entendió que para el caso de los actos proferidos por funcionarios de la Procuraduría, exceptuando al Procurador, era indistinta la naturaleza de la sanción disciplinaria, pues en todos los eventos la legalidad de la actuación administrativa sería controlada por los Tribunales Administrativos en primera instancia, y es bajo esta interpretación, que esta Consejera entiende que son equiparables los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a las demás autoridades, sean departamentales o municipales, siempre que profieran actos con los que imponen sanciones que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio.

Con todo, según la interpretación normativa que realizaron los Consejeros en sus autos, la competencia del Consejo de Estado en única instancia se limita, tal como lo prevé el numeral 2º del artículo 149, a los actos, sin atender cuantía o naturaleza de la sanción, **proferidos por el Procurador General de la Nación**, atendiendo de esta forma el criterio que fijó el Legislador con base en un criterio

subjetivo, pues lo que en definitiva la determina es la autoridad que profirió el acto y no su contenido.

Ya para el caso de los procesos en segunda instancia, el Consejo de Estado conoce de todas aquellas demandas que se interpongan en contra de cualquier autoridad diferente al Procurador General de la Nación, (sean funcionarios de la Procuraduría General de la Nación u oficinas de control interno o funcionarios con potestad para ello de cualquier nivel en las Ramas, Órganos y Entidades del Estado), con las cuales se imponga sanción de retiro definitivo o temporal. En este evento, la competencia funcional de esta Corporación deviene de la competencia objetiva asignada a los Tribunales en primera instancia, a quienes se les atribuyó el conocimiento de los asuntos dependiendo de la naturaleza del asunto, puntualmente, de las sanciones de retiro sean estas de carácter temporal o definitivo.

En conclusión, atendiendo precisamente el devenir jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación y el propio tenor literal de las normas de competencia, para la suscrita es claro que como en el evento *sub iudice* quien profirió el acto de destitución e inhabilidad en contra del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. fue un funcionario diferente al Procurador General de la Nación (como debió serlo), el conocimiento, trámite y decisión de la demanda de nulidad y/o de nulidad y restablecimiento del derecho se instaure contra tales actos corresponde en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (atendiendo el factor territorial), y en segunda al Consejo de Estado y no como se señala en la sentencia de la que discrepo.

4.2.7.2. No procede medio de control de simple nulidad

Por otra parte, en cuanto a la eficacia del otro medio de defensa judicial, el fallo de la Sala Plena señala que *“El otro medio de defensa judicial al que alude el actor” es “o bien, el contencioso de nulidad, en los términos del inciso cuarto numeral 1º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 ibídem”* (fl. 49).

La providencia señaló que en ambos casos el actor está habilitado para acudir en demanda ante esta jurisdicción y hacer valer los derechos que sostiene quebrantados.

Tal afirmación no la comparto toda vez que el acto administrativo que el actor acusa como vulnerador de sus derechos fundamentales es de contenido particular y concreto, por lo que no procedería el medio de control de (simple) nulidad como está establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, *“toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”* y, en casos excepcionales, *“de actos administrativos de contenido particular”*, entre otras, cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

Así, siendo evidente que, aunque no se solicite directamente un restablecimiento del derecho o una reparación, la nulidad que eventualmente se llegare a declarar por parte del juez de lo contencioso administrativo del acto que sancionó al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, conllevaría automáticamente el reconocimiento de alguna de aquellas pretensiones, por lo que la acción procedente sería la de nulidad y restablecimiento del derecho como quiera que se trata de una sanción impuesta a una persona, la cual determina para ella una situación jurídica de carácter particular. Así, entonces, se tendría que dar aplicación a la Teoría de los Móviles y Finalidades, que establece que, si del fallo de nulidad que eventualmente se produjera, se genera un restablecimiento del derecho a favor del demandante o de un tercero, la acción procedente no sería la de nulidad sino la de nulidad y restablecimiento del derecho; como lo ha sostenido esta Corporación, entre otras, en sentencia de 30 de agosto de 2007.¹³⁷

Así, siendo evidente que el medio de control que se utilice implicaría para el actor el restablecimiento de sus derechos particulares y concretos, y aunque llegara a manifestarse que no se persigue tal interés¹³⁸, la acción es subjetiva, por lo que en

¹³⁷ Sentencia n° 25000-23-24-000-2006-00967-01 de Consejo de Estado - Sección Primera, de 30 de Agosto de 2007. Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Treinta (30) de agosto de 2007.

¹³⁸ Ver, entre otras, sentencia de 20 de octubre de 2011, Consejo de Estado, Sección Primera. C.P. María Elizabeth García González, radicación No. 2006-00101-02, y auto de

mi criterio, en el fallo no debió incluirse, la posibilidad de acudir al medio de control de simple nulidad, pues, insisto, el medio que eventualmente procedería, es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.2.8. CONCLUSIÓN

Corolario de todo lo anterior es que en mi sentir, conforme a lo expuesto, la sentencia de segunda instancia debió:

- Advertir que el análisis que se hizo respecto a tutela contra providencia judicial no resulta propio del fenómeno que se debió fallar, pues éste corresponde a tutela contra acto administrativo de carácter sancionatorio, el cual en todo caso no tiene el carácter de judicial.

- Revocar la sentencia del A Quo.

- Amparar el derecho al debido proceso vulnerado por desconocimiento del “juez” natural al haberse impuesto la sanción de destitución por funcionario incompetente.

- Disponer que el amparo se otorgaba de manera transitoria, mientras se decidía sobre las medidas cautelares por parte del juez competente para conocer de la nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto sancionatorio proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Por demás considero que en la ponencia de la cual me aparto no debió adentrarse en el estudio relacionado con las facultades del Procurador General de la Nación para haber dictado el fallo sancionatorio del Alcalde Mayor de Bogotá D.C., toda vez que si resultó claro, que el actor tenía a su alcance otro medio de defensa judicial y con esto no fue superado el requisito de procedencia de la acción, resultaba imposible al juez constitucional efectuar pronunciamiento alguno respecto de los cargos de fondo planteados en la demanda, razón por la cual con

el mayor respeto considero que la motivación y por ende la decisión resulta contradictoria en sí misma.

4.3. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Además de acoger las razones expuestas por los demás Magistrados que suscriben el presente salvamento de voto, a continuación expongo los argumentos concretos por los cuales me aparté de la decisión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que coinciden en lo esencial con los motivos explicados en los distintos salvamentos.

4.3.1. Eficacia del otro medio de defensa

La sentencia mayoritaria concluye que la acción de tutela es improcedente, en la medida en que (i) el actor cuenta con el mecanismo ordinario de protección contra el acto de destitución e inhabilidad, a saber, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Este aserto se fundamenta en que, incluso, sin necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, el demandante puede acudir ante el juez natural del asunto para solicitar la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado; (ii) también porque la actuación de la que se predica la vulneración de derechos fundamentales no reviste los elementos estructurales del perjuicio irremediable: que no se pueda retrotraer, que sea injustificada y que sea ilegítima.

De entrada es necesario advertir que la decisión de la Sala no expone una sola razón por cual, frente al caso concreto, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho resulta idóneo y eficaz. En efecto, la sentencia parte de la premisa, no suficientemente justificada, de que el actor podría pedir la medida cautelar de suspensión provisional incluso antes del trámite de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Ahora bien, de la transcripción de la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011 no se infiere la tesis que la sentencia dejó planteada, esto es, que el mecanismo ordinario es idóneo al mismo nivel de la tutela o, inclusive, en mayor nivel para la protección de los derechos alegados, porque la medida cautelar la podría pedir el

afectado, sin perjuicio de que se den los presupuestos procesales para iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Se insiste esta inferencia la hace de la exposición de motivos y de una explicación no muy plausible del contenido normativo del capítulo sobre medidas cautelares.

A mi juicio, el párrafo del artículo 229 CPACA no tuvo como finalidad, como lo sugiere la decisión objeto de este salvamento, de anular la posibilidad de decretar medidas cautelares en la acción de tutela que sea conocida por un juez contencioso administrativo, cuando dichas medidas también procedan en el proceso ordinario.

El párrafo del artículo 229 CPACA únicamente lo que quiere indicar es que el *trámite* y *decisión* de las medidas cautelares se rige por lo dispuesto en los artículos de ese capítulo y aclara que incluso en acciones de tutela y populares las medidas se pueden decretar **de oficio**, lo cual no ocurre en los procesos ordinarios.

Lo anterior pone de presente que, dado el carácter constitucional de la acción de tutela y su carácter de acción pública, en todo caso, las medidas cautelares como están previstas en el CPACA no pueden supeditarse ni interpretarse para efectos del trámite de tutela a rigorismos procesales, pues prevalecen son los principios que rigen dicha acción como son los de prevalencia del derecho sustancial, celeridad, economía y eficacia (art. 3º Dcto. 2591/91).

En esa medida, el trámite y demás requisitos previstos en el CPACA deberán interpretarse de acuerdo con la acción de tutela y no al revés, esto es, que la acción de tutela no pierde su independencia y autonomía como acción constitucional por el hecho de que el Legislador haya previsto algunas reglas para la adopción de medidas cautelares, menos aun tratándose de un mecanismo de protección de derechos fundamentales de rango constitucional.

Puede advertirse como normas aplicables al trámite de tutela, las normas de ese capítulo del CPACA, como se señala a continuación y desde el punto de vista de la acción de tutela:

- Las que definen las **clases de medidas cautelares** que se pueden adoptar, lo cual es útil para precisar las medidas procedentes frente a diferentes actuaciones de las autoridades administrativas contra las que se ejerce la acción de tutela (art. 230);
- Los **requisitos para decretar la suspensión provisional** cuando el origen de la vulneración del derecho fundamental sea un **acto administrativo**. (art. 231);
- La **caución** está expresamente excluida en las acciones de tutela (inc. 3º art. 232);
- El procedimiento para que el juez adopte la **medida cautelar que no es de urgencia** (art. 233);
- **Medidas cautelares de urgencia**, es decir, las que el juez considera que no pueden esperar al trámite de la medida cautelar en condiciones normales (art. 234);
- Condiciones para el **levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar** (art. 235);
- Recursos procedentes contra decisiones de medidas cautelares (art. 236);

Debe precisarse que aunque no tan detallada como lo trae el CPACA, el Decreto 2591 de 1991 ya traía una regulación general en cuanto a las medidas provisionales para proteger derechos fundamentales, lo cual bien puede interpretarse de manera armónica con las normas de la Ley 1437 de 2011, pues coinciden en muchos de sus objetivos y esto confirma que la intención del CPACA fue darle un trámite y regulación a la decisión sobre este aspecto, pero no anular ni mucho menos quitarle poderes al juez de tutela. Dicho artículo dispone:

Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, la decisión mayoritaria de la Sala, parece olvidar que la regulación del CPACA de las medidas cautelares no puede entrar en contradicción ni mucho menos derogar el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, que expresamente dispone la procedibilidad de la tutela **como mecanismo transitorio** en los siguientes términos:

Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso. (Negrillas fuera de texto)

Como se advierte de la norma transcrita, la acción de tutela puede ejercerse como un mecanismo incluso concomitante a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se utilice para evitar un *perjuicio irremediable*.

En esas condiciones, aunque el juez contencioso tenga los mismos poderes para decretar medidas cautelares, tales poderes también los tiene el juez de tutela y tienen los mismos alcances y efectos, lo cual se verifica con el artículo 7º del Dcto. 2591/91 transcrito y con la regulación que ahora hace de estas medidas el CPACA.

Sin embargo, con la acción de tutela, el actor no tiene que esperar la decisión del juez contencioso cuando puede acudir al juez de tutela de manera más expedita y

sin mayores formalidades (directamente y sin abogado, ante un juez que tiene términos perentorios para decidir), para solicitar la suspensión de determinado acto administrativo mientras ejercita la acción ordinaria, la cual requiere de mayores requisitos y formalidades.

El juez de tutela puede disponer una medida cautelar con **carácter vinculante y obligatorio** para el juez contencioso y que realmente adquiere la connotación de «previa», pues es anterior no solo a la presentación misma de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho sino al cumplimiento de requisitos de procedibilidad como son el agotamiento de la vía gubernativa y de la conciliación.

En efecto, debe precisarse que para ejercitar la acción de tutela no es requisito agotar previamente la vía gubernativa¹³⁹, esto le imprime a la acción de tutela un carácter más expedito y cautelar, pues precisamente esto ocurrió en el caso que se analiza, que la acción se interpuso cuando fue decidida la sanción y previo a que se resolviera el recurso de reposición, es decir, que queda aún más demostrado que el juez de tutela tiene una función precautelar más específica con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, frente a una situación vulneradora de derechos fundamentales, que no se puede equiparar con el trámite que se hace al interior de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aún con la nueva regulación del CPACA.

Si la nueva regulación del CPACA eliminó como requisito para la procedibilidad de la suspensión provisional de un acto la «manifiesta» violación a las normas superiores invocadas como violadas, como lo acepta la decisión mayoritaria de la Sala, para el juez de tutela basta con advertir la posible y razonada vulneración de un derecho fundamental.

¹³⁹ **Dcto. 2591/91. Artículo 9o. Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.**

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, también es cierto que la acción de tutela tiene sus propias reglas y la procedibilidad de la medida cautelar y de esta acción queda supeditada a dos situaciones concretas:

- a. Cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para **evitar un perjuicio irremediable**, como ocurre en el *sub examine*, y como se explicó en el proyecto derrotado, al realizar el *test* para verificar la procedencia excepcional de la tutela para controvertir actos administrativos sancionatorios por medio de los cuales se impone a un funcionario en ejercicio de una sanción disciplinaria, análisis al cual me remito en este punto, por compartir los argumentos allí expuestos y que permitían concluir la existencia de un perjuicio irremediable para el actor.

Es oportuno en este momento indicar que fue ignorado en la decisión aprobada mayoritariamente, la obligatoriedad en sede de tutela frente al acatamiento de los fallos de unificación de la Corte Constitucional. Resultaba referente obligatorio para el análisis del caso concreto, la problemática resuelta por la sentencia SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional. En esta sentencia, la Corte estableció un *test* para efectos de estudiar si un acto de destitución de un funcionario de elección popular puede ser sometido a control judicial por vía de la acción de tutela, parámetro que había sido acogido por el proyecto que fue derrotado.

En todo caso, resulta importante resaltar que la sentencia aprobada por la Sala guarda absoluto silencio frente a la sentencia de unificación en comentario y, si la decisión era no acogerla, debió indicar las razones para apartarse de lo dicho por la Corte Constitucional.

- b. Cuando el **otro medio de defensa existe**, pero en la práctica es **ineficaz** para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. Este punto, como lo advertí, no fue suficientemente expuesto en la decisión mayoritaria, pero por las razones expuestas en este salvamento concluyo que la medida cautelar que se puede pedir en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es suficientemente eficaz para evitar el perjuicio irremediable que, en este caso concreto, produce al actor la decisión de la Procuraduría General de la Nación.

En relación con el análisis que se hace en la sentencia objeto de este salvamento, según el cual, la medida cautelar en este caso se solicite antes de presentar la

demanda a la cual se le exigen requisitos como el de conciliación previa, considero que aunque es interesante tal planteamiento resulta discutible la interpretación, pues la competencia del juez contencioso se impulsa con la interposición de la demanda, pues el juez conoce de controversias y estas solo se concretan a través del escrito de demanda y la medida cautelar en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho se estudia a partir de que la demanda esté razonablemente fundada. (art. 231 CPACA).

En efecto, el artículo 229 CPACA alude a que en todos los procesos declarativos, antes de ser notificado el auto admisorio, es posible decretar una medida cautelar. En el sentido natural y obvio de la norma, cuando se alude a la expresión proceso, es claro que se refiere a una controversia que aunque sea cuenta con los presupuestos procesales para poder trabar una *litis* y, por ende, configurar un proceso. Sin embargo, para la Sala, aun en ausencia de un presupuesto procesal, como es la conciliación, sería posible acudir al juez para pedir una medida cautelar. En verdad no se encuentra fundamento normativo alguno que permita tal posibilidad y de existir, el proyecto debería indicar cuál es, más allá de la invocación de los antecedentes de la Ley 1437 de 2011.

Estimo oportuno señalar que el artículo 309 CPACA derogó expresamente el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, en la siguiente frase: *«cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir a la jurisdicción»*.

Sin embargo, el literal a) del artículo 626 del Código General del Proceso derogó expresamente el inciso 2º del artículo 309 CPACA, en consecuencia, podría pensarse que al desaparecer la primera derogatoria, la norma que fue derogada habría revivido –art. 35-5 Ley 640 de 2001-.

No obstante, el artículo 14 de la Ley 153 de 1887¹⁴⁰ dispone que una norma derogada no puede volver al ordenamiento jurídico por el hecho de que la norma que la derogó haya sido derogada por una norma posterior. Es necesario entonces que la primera norma derogada, esto es, el artículo 35-5 de la Ley 640 de 2001,

sea reproducida por otra norma para que vuelva al ordenamiento jurídico, es decir, que actualmente no está vigente la norma que consagraba la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción sin necesidad de conciliación cuando se piden medidas cautelares.

De otra parte, en relación con que de la posibilidad de que el juez dicte medidas cautelares de urgencia, esto es sin correr traslado a la entidad demandada¹⁴¹, se afirma que es posible pedir la medida cautelar antes del agotamiento del requisito de conciliación. Si esto fuera así, en la práctica se acabaría con la institución de la conciliación *prejudicial*, pues difícilmente un litigante va a resignar la posibilidad de acudir al juez, sin necesidad de ir antes a la conciliación.

En todo caso, el criterio expuesto en la sentencia no es necesariamente vinculante para el juez ordinario, aun tratándose en este caso del mismo Consejo de Estado que es el juez natural de la causa, amén de que el carácter cautelar, como se explicó, en este caso realmente lo tiene la acción de tutela.

También y frente al tema de la conciliación, vale la pena resaltar que la conciliación consistirá única y exclusivamente frente a los efectos patrimoniales del acto sancionatorio, pues como lo ha dicho la jurisprudencia, *«La exigencia de adelantar el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el asunto sea conciliable (artículo 13 de la Ley 1285 de 2009), se debe interpretar sistemáticamente con el artículo 71^[2] de la Ley 446 de 1998, norma que regula la conciliación cuando versa sobre los efectos patrimoniales de un acto administrativo, pues la facultad que tiene la administración de conciliar está*

¹⁴⁰ **ARTÍCULO 14.** Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

¹⁴¹ Art. 234 CPACA

^[2] ARTÍCULO 71. REVOCATORIA DIRECTA. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 57.> El artículo 62 de la Ley 23 de 1991, quedará así: "Artículo 62. Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."

limitada a los efectos económicos del acto administrativo, lo que excluye de la materia de negociación la legalidad del mismo»¹⁴².

Ahora bien, es indiscutible la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, pero no por ello se puede ignorar que controversias planteadas frente a la vulneración de derechos fundamentales, difícilmente se pueden analizar por medio de acciones cuyo control tiene como parámetro normas de rango legal e, incluso, reglamentario. La discusión de derechos fundamentales tiene como parámetro de análisis de la conducta reprochada la Constitución, pueden existir controversias de los medios ordinarios de control cuyo parámetro de análisis de entrada no sea la norma constitucional sino la legal. En razón de lo anterior, es necesario que el juez de tutela estudie la idoneidad del medio ordinario frente a la controversia; desde luego, dicho análisis no se puede limitar a la simple posibilidad de que el afectado acuda al medio ordinario, es necesario un estudio de las circunstancias específicas del caso y las facilidades que el medio ordinario ofrezca para la protección de los derechos invocados.

4.3.2. Perjuicio irremediable

La decisión mayoritaria de la Sala condiciona la configuración del perjuicio irremediable no solo a la condición de que se trate de una situación irreversible, sino que tiene que lo condiciona a dos elementos adicionales, a saber, que se trate de una actuación ilegítima e injustificada. No obstante la sentencia no ofrece el más mínimo presupuesto teórico de lo que se debe entender por ilegítimo o injustificado.

La decisión objeto de este salvamento transcribe la sentencia C-531 de 1993 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable la definición del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 respecto del «perjuicio irremediable». La razón de ser de esta decisión, es que tal definición limitaba un concepto constitucional «abierto», que por su naturaleza debía ser llenado en concreto por el juez de tutela. Si lo anterior, es cierto, como en verdad lo es, la carga argumentativa de la sentencia de la cual me aparto, frente a la inexistencia en el caso del perjuicio irremediable

¹⁴² Auto de 4 de marzo de 2011, Exp. 2010-00317, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

es prácticamente nula, pues se limita simplemente a afirmar que el acto acusado no constituyó una conducta ilegítima ni injustificada.

En este punto, reitero que se echan de menos los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente. Esos lineamientos que recientemente fueron expuestos en la sentencia SU-712 de 2013, en el que la Corte Constitucional estudió el caso de Piedad Córdoba, debieron guiar el estudio de este asunto de tutela, razón por la cual se exigiría del juez de tutela las razones para apartarse de tal precedente.

En dicha sentencia SU-712 de 2013, se indicó que para que la acción de tutela sea procedente debe superarse un *test* compuesto por elementos que la propia Corte denomina “**característicos del perjuicio irremediable**” y que, insisto, debieron ser estudiados en este caso o exponer los motivos para apartarse de ellos.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente deben acreditarse los elementos característicos del perjuicio irremediable, que para estos eventos pueden reseñarse en los siguientes términos:

«(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso”^[31].

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos”^[32]. En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable^[33].

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia cuando “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación

pública”^[34]. Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”^[35].

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.

En efecto, al decidir la tutela en el caso de Piedad Córdoba, la Corte respecto de la posibilidad de acudir al juez ordinario concluyó que la peticionaria estaba autorizada para acudir a la tutela, lo cual, a mi juicio, debió acogerse para el estudio de la tutela del Alcalde Gustavo Petro, razón por la cual procedo a transcribir las consideraciones más importantes de la sentencia SU-712 de 2013, así:

«(...). En este sentido la Corte precisa que **si bien es cierto que la peticionaria cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo ordinario para controvertir la sanción disciplinaria impuesta, también lo es que en su caso concreto dicho instrumento no se ha reflejado como idóneo ni eficaz para conjurar el daño derivado de la presunta violación de sus derechos fundamentales.**

Nótese que la demanda fue presentada en tiempo y admitida por el Consejo de Estado, pero se negó la suspensión provisional de los actos acusados al no advertirse una manifiesta infracción de las disposiciones sobre las cuales se apoya la nulidad^[39]. De manera que para el momento de dictarse la presente sentencia, estando próximo a concluir el periodo para el cual fue elegida la peticionaria, aún no se ha definido su situación en el marco del proceso ordinario (contencioso administrativo), lo que reafirma la procedencia de la acción de tutela para dirimir la controversia planteada desde la perspectiva del ejercicio de sus derechos políticos.

(...)

En este orden de ideas, la Corte concluye que **la peticionaria estaba autorizada para acudir a la acción de tutela, como en efecto lo hizo, siendo un instrumento idóneo para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales presuntamente afectados. Con ella se busca impedir la exclusión en el ejercicio de un derecho político de quien “ya ha sido elegida mediante voto popular para ocupar un cargo en una corporación pública”;** derecho que se ejerce en momentos constitucionales previamente definidos que no son susceptibles de aplazamiento, prórroga, suspensión o sustitución, donde “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”^[40].

Con todo, es importante advertir que la procedibilidad de la acción de tutela de ninguna manera significa que se hayan vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la peticionaria. Solamente activa la competencia del juez constitucional para abordar el análisis de fondo y determinar si hay lugar o no a conceder el amparo, asunto del cual entra a ocuparse la Sala».

Como se advierte, el análisis expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, resultaba aplicable al caso analizado por la Sala y, por tanto, se reafirmaba la procedencia de la acción de tutela interpuesta por el Alcalde Gustavo Petro.

4.3.3. Competencia de la Sala Disciplinaria para adelantar la investigación contra el Alcalde Mayor del Distrito Capital.

En primer término y frente a este punto comparto lo expuesto en los salvamentos de votos de los Doctores Gustavo Gómez Aranguren y Danilo Rojas Betancourth, en cuanto a que si la Sala consideró que en el *sub examine* existía otro mecanismo de defensa más idóneo y eficaz que la acción de tutela para la protección de los derechos invocados por el actor, tal conclusión impedía a la Sala pronunciarse en relación con la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones a funcionarios elegidos por voto popular, como es en este caso el Alcalde Gustavo Petro, a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En ese contexto, tampoco podía la decisión de la cual me aparto ocuparse de si se ajustaba o no a la normativa constitucional y legal la delegación que hizo el Procurador General en la Sala Disciplinaria para adelantar la investigación contra el actor.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que finalmente quedó dentro de la sentencia el análisis sobre este tópico, considero oportuno exponer mi criterio al respecto, pues no es tan claro que los cargos imputados al Alcalde no traten de transgresiones directas a la Constitución para haber habilitado la competencia exclusiva del Procurador. Sin ir más lejos, está el cargo por desconocimiento del principio de libertad de empresa, que está directamente desarrollado por la Constitución.

Además, no podría afirmarse que como el proceso adelantado al Alcalde no fue verbal, es decir, el que está reservado para asuntos que son del conocimiento directo del Procurador General, por esa circunstancia la falta no era manifiesta

frente a la Constitución y la ley, es decir, el procedimiento es el que determina el contenido sustancial de la falta y no, como debería ser, que el contenido sustancial de la falta es el que determina el procedimiento.

Los fundamentos fácticos del pliego de cargos confrontados con las conductas tipificadas y las normas que regulan la prestación del servicio público de aseo a nivel legal y constitucional, permiten concluir que para la Procuraduría, desde el pliego de cargos, las supuestas infracciones en que incurrió el Alcalde resultaron a todas luces contrarias a la normativa a la cual debía sujetarse, por la obviedad en la transgresión de elementales principios y disposiciones en que debía fundar su actuación el Alcalde.

En ese contexto, para la Procuraduría bastó con evidenciar unos hechos para haber identificado directamente las violaciones en que incurrió el Alcalde, situación que por sí misma debió activar la competencia exclusiva del Procurador General de la Nación, en cumplimiento del artículo 278 numeral 1º C.P.

La intensa y compleja discusión jurídica que se suscitó en el proceso disciplinario, no subyace de las distintas aristas y complicaciones técnicas y jurídicas del asunto, sino del análisis propio de las pruebas y argumentos expuestos por el disciplinado contra el pliego de cargos. Pero por la forma en que fueron planteados los hechos y las conductas endilgadas, la única manera de haberlas encuadrado, dados los elementos que las tipifican, exigían que fueran evidentes.

La competencia privativa del Procurador se debió advertir desde el momento en que formuló pliego de cargos, a partir de unos hechos notorios y de unas reglas y principios básicos consagrados en la Constitución y en la Ley, es en ese momento y no en las actuaciones posteriores del proceso disciplinario que se debió fijar la competencia directa del Procurador.

4.3.4. Temeridad

Al igual que los demás Magistrados que presentaron su salvamento de voto, considero que correspondía incluir en la sentencia aprobada mayoritariamente, el tema de la temeridad que fue ampliamente debatido en la discusión del proyecto que fue derrotado y que permitió a la Sala avocar el conocimiento de la presente acción de tutela.

Considero que no existía temeridad por las más de 20 tutelas interpuestas por diferentes personas contra la decisión de la Procuraduría General de la Nación que destituyó y sancionó al Alcalde Gustavo Petro, por las siguientes razones:

a. Hechos en los que se fundamenta la supuesta temeridad.

En las solicitudes de tutela con radicado 2013-07054 2013-07023, que fueron ejercidas por los señores José Sebastián Calderón y Gerardo Alexis González, en condición de agentes oficiosos del señor Gustavo Petro, este último allegó sendos memoriales **el 20 de enero de 2014**, en los que indicó:

*“(...) en mi calidad de agenciado dentro de la acción de tutela de la referencia, me permito manifestar que **acepto la agencia oficiosa del accionante y adicionalmente le preciso que el suscrito a través de apoderado había presentado una demanda de tutela**, la cual según informes de prensa fue resuelta pasado (sic) viernes 17 de enero, en donde se solicitó el amparo de mis derechos fundamentales por violación al debido proceso, de acuerdo con los hechos y circunstancias expuestos por mi apoderado en el libelo correspondiente. De tal manera es importante manifestarle **que en el presente caso, no estoy haciendo uso del mecanismo de tutela por los mismos hechos y circunstancias anteriores**, sino aceptando una agencia oficiosa de un accionante que, entre otras cosas, ha considerado que sus derechos políticos han sido vulnerados por la decisión de la Procuraduría General de la Nación (...) **Aclarado esto y en la condición anotada, me permito hacer algunas consideraciones con el propósito de que usted, como Juez Constitucional de Tutela, cuente con mayores con mayores elementos de juicio** para que sean tenidos en cuenta en relación con el amparo solicitado por el accionante (...)”* (Negrilla y subraya fuera del texto).

Aunado a lo anterior, en la tutela con radicado 2013-07052, el 10 de febrero de 2014 en la Secretaría General del Consejo de Estado, fue radicado un poder conferido por el señor Gustavo Petro al abogado Héctor Alfonso Carvajal Londoño para que:

“(...) en mi nombre y representación actúe ante esta alta Corporación Judicial, con el fin de asumir la defensa de todos mis derechos en el proceso que cito en la referencia del presente mandato. El Dr. Carvajal, (sic) queda ampliamente facultado para, recibir, transigir, sustituir, desistir, conciliar, impugnar, interponer recursos y en general para todos aquellos actos que sean necesarios en procura los derechos legales, constitucionales, convencionales o contenidos en tratados internacionales que me asisten (...)”

La acción de tutela en comentario fue ejercida por el señor José Gotardo Pérez, en nombre propio y como agente oficioso del señor Gustavo Petro.

En cuanto a la tutela con radicado 2013-06871, esta corresponde a la solicitud ejercida por el señor Gustavo Petro en procura de la defensa de los derechos al debido proceso, el ejercicio político, honra y buen nombre. El proceso en mención está en conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

b. Normativa relacionada con la temeridad en la acción de tutela:

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 prevé la temeridad como la circunstancia en la que sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales. La sanción para esta consulta es que **todas las solicitudes** se deciden de manera desfavorable.

Son tres los elementos constitutivos de la temeridad, primero, la identidad de partes, segundo, la identidad de hechos o *causa petendi*, y, tercero, la identidad de la pretensión. Fuera los elementos estructurales señalados, que se podrían denominar requisitos "*objetivos de la temeridad*", es necesaria la inexistencia de un **motivo expresamente justificado**.

De manera coherente con la previsión anterior, el artículo 37 [2] *ejusdem* enuncia como requisito formal del ejercicio de la tutela que el actor manifieste, con la gravedad de juramento, que no ha presentado otra solicitud por los mismos hechos y derechos.

c. Razones para desestimar la existencia de conducta temeraria en las tutelas mencionadas

Lo primero que habría que advertir es que la temeridad tiene sustento en el principio de lealtad procesal, esto es, el deber de las partes que acuden al sistema de administración de justicia de obrar de manera tal que no induzcan en error al juez. Es claro que el ejercicio simultáneo de varias acciones de tutela por una misma persona, ante diferentes autoridades judiciales, necesariamente producirá

pronunciamientos contradictorios, pues es connatural al funcionamiento desconcentrado de la Rama Judicial la existencia de criterios jurídicos divergentes.

Frente al caso en estudio de entrada se destaca la inexistencia de la conducta desleal por parte del señor Gustavo Petro, comoquiera que en la ratificación de las agencias oficiosas puso de presente a las autoridades judiciales la existencia de la tutela que había ejercido en nombre propio, así como el ámbito en el cual presentaba la ratificación en mención, a saber, la defensa de los derechos políticos de quienes lo agenciaban.

Fuera de lo anterior, que por sí solo descarta la existencia de una conducta desleal o temeraria, lo cierto es que el llamado a la defensa de los derechos vulnerados por el fallo de destitución es el sujeto disciplinado, en este caso el Alcalde de Bogotá. Dicho de otro modo, la única persona de quien se puede predicar la titularidad para pretender la intervención del juez de tutela frente al acto de sanción disciplinaria es el directamente afectado.

En ese orden de ideas, no es posible entender que las otras personas, diferentes al Alcalde Mayor, que han ejercido la acción de tutela contra el fallo disciplinario acusado, realmente tengan la legitimación para acudir a la tutela, ni siquiera en el supuesto de que buscan la defensa de sus derechos políticos.

Coherentemente, se debe partir de la premisa de que aquellas tutelas en las que el señor Petro intentó ratificar la agencia oficiosa de los accionantes no pueden ser estimadas, por la sencilla razón de que las personas que las ejercieron no tenían interés para la petición del amparo. Mucho menos, es posible concluir que el Alcalde podía aceptar la agencia oficiosa de terceras personas, en procura de la protección de los derechos políticos de estas últimas.

4.4. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer los motivos por los cuales no estuve de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de *“confirmar la sentencia de 17 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual, rechazó por improcedente*

la acción de tutela interpuesta por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, contra la Procuraduría General de la Nación”.

No solo estoy en desacuerdo con la decisión en el sub lite y con las consideraciones desarrolladas por la mayoría para sustentarla, sino que, en salvamento de voto a los autos mediante los cuales la Sala con apoyo mayoritario se abstuvo de aprobar los impedimentos presentados por varios de sus integrantes, puse de presente mi discrepancia, pues considero que existen razones de peso –manifestadas expresamente por los magistrados– para haberlos aceptado; y no haberlo hecho, tejió un manto de duda sobre la imparcialidad de la Corporación.

Reitero acá mi inconformidad y la hago extensiva también a la manera como la mayoría respondió a los reparos presentados sobre la imparcialidad del ponente por haberse desempeñado durante varios años seguidos como magistrado auxiliar del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, demandado en la presente tutela:

*“Se registra también que, a folio 844 obra un memorial suscrito por Roberto Hermida Izquierdo, quien afirma ser accionante en la tutela No. 2013-02236, en el cual expresa que recusa al magistrado Alfonso Vargas Rincón, porque en su sentir entre el magistrado y el Procurador General de la Nación **‘existe una amistad estrecha que afecta su imparcialidad’**. Fundamenta su apreciación en que el magistrado Vargas Rincón fue magistrado auxiliar del Procurador cuando este fue consejero de Estado y esa nominación se hace en personas de absoluta confianza.*

Tal recusación no se atendió, no solo en consideración a que, por disposición expresa del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 en materia de tutela no es procedente, sino porque además, el magistrado recusado estima que la razón de la cual deduce la recusación es inexacta. Cuando el señor Procurador General llegó al Consejo de Estado a desempeñarse como Magistrado (marzo de 2000), ya llevaba vinculado a la Corporación desde hacía más de 20 años.

El Procurador General de la Nación no hizo la nominación, lo ratificó en el empleo. El haber observado una conducta de trato cortés y respetuoso y un permanente compromiso en el cumplimiento de las responsabilidades asignadas al cargo, no se traduce en ‘...estrecha amistad...’ o amistad íntima, que exige la Ley. Esta es una categoría especial en las relaciones humanas que implica otra serie de comportamientos distintos de las relaciones laborales”.

Cierto es que en el marco de la acción de tutela no cabe la posibilidad de recusación, de donde no se comprende por qué utilizar un espacio en la

providencia para exculpar un impedimento en lugar de limitarse a su rechazo por improcedente. Sobre mi desacuerdo en relación con la no aprobación de los impedimentos, remito a la lectura de mis salvamentos de voto.

A continuación, paso a desarrollar las razones que me llevaron a separarme de la decisión en el sub lite, para efectos de lo cual observaré el siguiente orden expositivo: **i)** La Sala no solo dejó de apreciar en concreto la eficacia de los otros recursos o medios de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados de vulneración atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante –art. 6º del Decreto-Ley 2591 de 1991, numeral 1º¹⁴³–; se abstuvo de considerar el lugar central y –bajo las aludidas circunstancias del solicitante–, preferente que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico la acción de tutela y las normas que la regulan contempladas en el artículo 86 C. P. y en el Decreto-Ley 2591 de 1991; **ii)** la acción de tutela como derecho fundamental y la estrecha relación que se presenta entre perjuicio irremediable y existencia de un recurso judicial efectivo; **iii)** la mayoría sustentó en la aplicación de la Ley 1437 de 2011 la no procedencia del derecho fundamental a la tutela en el sub lite y con ello quebrantó tanto la ley que dijo aplicar, como el ordenamiento constitucional, en cuanto se escudó en aquella, para no pronunciarse sobre el fondo del asunto, al margen de las graves irregularidades de las que se dejó constancia en el proyecto que no recibió el apoyo mayoritario y que cuenta con mi respaldo; **iv)** el caso concreto: examen de fondo.

4.4.1. La Sala no solo dejó de apreciar en concreto la eficacia de los otros recursos o medios de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados de vulneración, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante –art. 6º del Decreto-Ley 2591 de 1991, numeral 1º–; se abstuvo de considerar el lugar central y –bajo las aludidas circunstancias del solicitante–, preferente que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico la acción de tutela y las normas que la regulan contempladas en el artículo 86 C. P. y en el Decreto-Ley 2591 de 1991

¹⁴³ “ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

El actor de la presente tutela, actual Alcalde del Distrito Capital de Bogotá en ejercicio de su cargo, facultado por el artículo 86 superior *“para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, solicitó le fueran amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos y al buen nombre que consideró fueron vulnerados por la Procuraduría General de la Nación, mediante providencia que lo sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por quince (15) años. El accionante, por conducto de apoderado judicial, abogó así:

“1. ...se declare la prosperidad de la acción y, en consecuencia, se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria en contra de GUSTAVO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso de que aquella sea desfavorable a mi representado.

2. En subsidio, se solicita se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa del acto bajo reproche, se suspenda la providencia con sanción disciplinaria, en contra de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., proferida dentro del expediente radicado con el No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, y la eventual revisión que resuelva el posible recurso de reposición contra la primera, en caso de que aquella sea desfavorable a mi representado.

3. En consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las anteriores pretensiones, se garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, especialmente los políticos de elegir y ser elegido, y en desarrollo, su desempeño como Alcalde Mayor de Bogotá D.C. elegido para el período 2012-2016”.

El fallo del cual me separo encontró la tutela instaurada improcedente, por cuanto existe otro medio de defensa supuestamente eficaz introducido por el inciso cuarto del numeral 1º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, el contencioso de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto por el artículo 138 ibídem. Se afirmó –fl. 49– que en uno y en otro caso *“el actor está habilitado para acudir en demanda ante esta jurisdicción y hacer valer sus derechos”* que estima fueron quebrantados.

Son varios los reparos que me suscitan la conclusión a la que llegó la decisión apoyada por la mayoría.

En primer lugar se hizo caso omiso de que quien impetró la solicitud de amparo no solo estaba obrando en calidad de ciudadano, sino que se trata del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá en ejercicio de su cargo, de modo que, al margen de la conformidad o inconformidad que se tenga sobre la gestión del funcionario, tema irrelevante en el caso, la tarea del juez de tutela debía, en rigor, dirigirse a garantizar la protección solicitada, a la luz de las circunstancias del caso concreto, como lo exige el ordenamiento jurídico y lo esperaría todo aquel que se encuentre en esa misma eventualidad.

Con todo, la mayoría de la Sala no solo dejó de apreciar en concreto la eficacia de los otros recursos o medios de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante –art. 6º del Decreto-Ley 2591 de 1991, numeral 1º¹⁴⁴–; sino que se abstuvo de considerar el lugar central y –bajo las aludidas circunstancias– preferente que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico la acción de tutela y las normas que la regulan contempladas en el Decreto-Ley 2591 de 1991.

Resulta preciso recordar que mediante Decreto-Ley 2591 de 1991 el gobierno nacional –habilitado expresa y directamente por el artículo 5º transitorio de la Constitución¹⁴⁵–, reguló la acción de tutela y es necesario insistir en que esa norma no puede ser alterada o modificada por una norma de inferior categoría –esto es, por una ley ordinaria–, menos cuando de lo que se trata es de introducirle nuevos requisitos de procedibilidad, no previstos ni en la Constitución –art. 86 C. P.–, ni en el Decreto-Ley reglamentario.

¹⁴⁴ “ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

¹⁴⁵ “ARTICULO TRANSITORIO 5. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para: // a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal; // b) Reglamentar el derecho de tutela; // c) Tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura: <sic> // d) Expedir el Presupuesto General de la Nación para la vigencia de 1992; // e) Expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales” –se destaca–.

Así, la mayoría de la Sala pretextó el cumplimiento de la ley para desconocer flagrantemente preceptos constitucionales. Sostuvo el fallo –negrillas en el texto citado; subrayas fuera del texto original–:

“El Decreto 2591 de 1992 (sic.) al enunciar las causales de procedencia de la acción de tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6º, numeral 1º).”

*Atendiendo al mandato legal antes citado, se tiene que, la Ley 1437 de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, introdujo medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la **tutela judicial efectiva** de los derechos”.*

Como se deriva del aparte transcrito, el fallo mayoritario citó el Decreto-Ley 2591 de 1991 pero desatendió su tenor literal y, al tiempo, quebrantó su sentido y alcance. En lugar de tener en cuenta las circunstancias del solicitante para discernir la efectividad de los otros medios ordinarios de protección –como lo dispone su artículo 6º, numeral 1º citado por el propio fallo mayoritario–, circunstancias estas que en el sub lite no hacían sino evidente la urgencia del amparo transitorio, se restringió a aseverar en abstracto que la legislación había introducido en la Ley 1437 de 2011 mecanismos ordinarios que denominó “*ágiles y novedosos*” –fl. 50–, absteniéndose de aportar evidencia de su aserto para el caso concreto.

Es que, bueno sea recordarlo en este lugar, las medidas cautelares introducidas por la Ley 1437 de 2011 están llamadas a operar en el marco de acciones ordinarias de legalidad que difieren de la acción de tutela en la forma y en la sustancia, pues, dados sus fines y propósitos, la misma permite dejar a un lado la legalidad y centrarse en garantizar la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

Así que, sin duda la intención del legislador tuvo que ver con hacer más activa la intervención del juez ordinario, en cuanto a la protección de derechos constitucionales en asuntos de legalidad, pero de ello no se siguen sus alcances para prevenir un perjuicio irremediable con ocasión de las actuaciones o decisiones de la administración.

Ya arriba se indicó que, por tratarse de un derecho fundamental, la tutela no puede ser limitada por ley ordinaria y lo que se espera de las iniciativas legislativas tiene que ver con acercar el Estado social de derecho a los particulares y no con entorpecer la protección de los derechos fundamentales. Si, en gracia de discusión, pudiera llegarse a concluir que las medidas cautelares incorporadas en la Ley 1437 son ciertamente ágiles y efectivas, brilló por su ausencia en el fallo mayoritario una mínima consideración sobre si, atendiendo las circunstancias del solicitante en el caso concreto, tales medidas resultan realmente –y no solo formal o aparentemente– eficaces cuando se comparan con el mecanismo transitorio específico y propio del derecho fundamental a la acción de tutela.

En pocas palabras, encuentro que las circunstancias en que se halla el solicitante en el sub lite hacían exigible aplicar de manera preferencial el procedimiento expedito y especial previsto por el artículo 86 constitucional y por el Decreto 2591 de 1991, es decir, la tutela como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. A diferencia de lo sostenido en el fallo mayoritario –que se restringió a citar en extenso la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el perjuicio irremediable, pero omitió analizar las circunstancias del solicitante y concluyó, en abstracto, que éste no había tenido lugar–, estimo que en el caso concreto aquel se presenta al menos de dos formas, estrechamente relacionadas entre sí y ambas –insisto– tienen que ver con las circunstancias del solicitante.

De un lado, el ciudadano que pidió la protección se desempeña como Alcalde en ejercicio de funciones del Distrito Capital de Bogotá, quien al frente de un cargo que exige total concentración y dedicación se ve abocado a una carga intelectual, emocional y física adicional, por lo que tiene un interés especial en la celeridad con que se responda su solicitud. Así mismo, la situación anotada le impide responder políticamente a sus seguidores y a los habitantes de la ciudad poniéndolo en un estado de muy difícil recuperación de su prestigio como gobernante.

Estos dos aspectos trascienden en el caso concreto el mero interés particular de la presunta víctima. Cada día que pasa, el daño cierto e inminente se agrava más, por lo que las medidas que se requieren para conjurarlo resultan urgentes e impostergables. Y el juez de tutela no podía sin faltar a sus obligaciones acudir a formalismos ajenos a la filosofía de la acción de tutela –más propios de las

acciones ordinarias de control de legalidad de los actos administrativos– para rechazar la procedencia del amparo transitorio, sabiendo de antemano que por buenas que hayan sido las intenciones del legislador al introducir las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011 y, por muchos que sean los avances que trajeron consigo tales medidas, observadas a la luz de las circunstancias del solicitante, resultan inocuas, pues la indefinición jurídica agrava en el tiempo no solo la situación personal del ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego, sino su gobernabilidad como Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá.

Y lo que termina por hacer evidente que la protección ofrecida a través de esta acción de tutela al actor es meramente formal e ilusoria, es la insalvable contradicción lógica de la propia estructura de la decisión: se declara improcedente la tutela porque la Ley 1437 de 2011 consagra un mecanismo ordinario de defensa judicial idóneo como son las medidas cautelares dentro de la acción ordinaria, e indica expresamente que dicho mecanismo es idóneo para otorgar la protección solicitada porque dentro de sus causales de procedencia está el “perjuicio irremediable”. Pero, acto seguido, declara que no hay en el presente caso perjuicio irremediable alguno. Es decir, el juez de tutela le dice al actor que debe acudir a otra vía y, por tanto, declara improcedente la tutela; pero enseguida declara que la causal que haría viable esa otra vía no existe.

4.4.2. La acción de tutela como derecho fundamental y la estrecha relación que se presenta entre perjuicio irremediable y existencia de un recurso judicial efectivo

De manera constante ha reiterado la jurisprudencia constitucional que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales. Ello se deriva de lo previsto en el artículo 86 constitucional al tenor del cual la acción *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* –se destaca–. La sentencia C-531 de 1993 reviste particular interés en este lugar por cuanto enfatiza el carácter de derecho fundamental de la acción de tutela –y refuerza que la acción de tutela se somete a unas normas de modificación distintas a las que se aplican para las leyes ordinarias–; al paso, subraya la estrecha relación que se presenta entre el concepto de perjuicio irremediable y la existencia de un recurso judicial efectivo:

“La acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las leyes los relativicen; vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del Legislador”.

La mera presencia formal en el ordenamiento jurídico de mecanismos ordinarios a los cuales se podría acudir en lugar de la acción de tutela, no resulta suficiente para conjurar la amenaza del perjuicio irremediable, particularmente si se considera que –como se demostrará más adelante–, observados a la luz de las circunstancias afrontadas por el solicitante en el caso concreto, no ofrecen un recurso judicial efectivo, de donde no queda sino concluir que su presencia fue tomada como pretexto para impedir el ejercicio del derecho fundamental a la acción de tutela.

Se reitera en este lugar que la tarea del juez de tutela no puede contraerse a sostener –sin antes atender de manera cuidadosa a las circunstancias del solicitante en el caso concreto, ni aportar prueba alguna de su aserto–, que el ordenamiento prevé otros mecanismos ordinarios “ágiles y novedosos” de protección. En breve, la autoridad judicial en sede de tutela está obligada a comprobar que, vistos a la luz de las circunstancias del solicitante en el asunto particular de que se trata, –porque este es un mandato contemplado en el art. 6º del Decreto 2591 de 1991–, tales mecanismos ofrecen realmente y, no de modo aparente, un amparo judicial efectivo de los derechos en juego, como lo exige también el artículo 25 de la CADH. En relación con este aspecto la Corte IDH ha recalcado –se mantienen las notas a pie de página en el texto citado–¹⁴⁶:

“Para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Por otra parte, al evaluar la efectividad de recursos incoados ante la jurisdicción contencioso administrativa nacional¹⁴⁷, la Corte ha analizado si las decisiones tomadas en

¹⁴⁶ Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2011, párr. 186.

¹⁴⁷ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 210; Caso de la Masacre

aquella han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención¹⁴⁸. El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la presunta víctima”.

Bajo esa óptica, al margen de si la decisión que se adopte resulta o no favorable a los intereses de la presunta víctima, lo central e importante tiene que ver con que se le haya ofrecido un recurso judicial efectivo que le garantice una respuesta ágil y eficaz a la solicitud de protección de sus derechos fundamentales y convencionales presuntamente vulnerados. De no hallarse entre los instrumentos ordinarios de protección uno que asegure esa idoneidad, entonces procede la tutela como mecanismo transitorio para impedir un perjuicio irremediable.

4.4.3. La mayoría sustentó en la aplicación de la Ley 1437 de 2011 la no procedencia del derecho fundamental a la tutela en el sub lite y con ello quebrantó tanto la ley que dijo aplicar, como el ordenamiento constitucional en cuanto se escudó en aquella, para no pronunciarse sobre el fondo del asunto, al margen de las graves irregularidades de las que se dejó constancia en el proyecto que no recibió el apoyo mayoritario y que cuenta con mi respaldo

La Sala en el fallo del que me aparto se restringió a efectuar un recuento de la exposición de motivos en el trámite de aprobación de la Ley 1437 de 2011, específicamente, respecto de los artículos 229 a 241 referentes a las medidas cautelares y a indicar, en abstracto, los motivos por los cuales esos mecanismos resultarían suficientemente garantistas –fls. 50 y s.s.–. Un análisis comparativo de lo que sucede en una y otra sede –contenciosa y constitucional– conduce a un resultado diametralmente distinto. Veamos:

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 especificó entre los requisitos para decretar las medidas cautelares en caso de pretenderse el restablecimiento de derechos subjetivos: 1) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; 2) que el demandante demuestre, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; 3) que el demandante presente documentos, informaciones, argumentos y justificaciones suficientes para concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar

de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 217, y Caso Manuel Cepeda Vargas, supra, nota21, párr.. 139.

la medida cautelar que concederla. Adicionalmente impuso cumplir con la exigencia prevista en el numeral 4), esto es que por no otorgarse la medida, se cause un perjuicio irremediable. El fallo mayoritario resaltó este último requisito con el propósito de mostrarlo como equivalente a la tutela en cuanto mecanismo transitorio para impedir un perjuicio irremediable establecido en el artículo 86 superior, sin reparar en que se trata de herramientas formal y sustancialmente diferentes.

En la tutela transitoria para impedir un perjuicio irremediable consignada en el artículo 86 C. P., regulada por el Decreto 2591 de 1991, impera la informalidad, la agilidad y la sencillez. Cualquier ciudadano puede acercarse a sus jueces para solicitar la protección y no se necesita hacerlo por escrito, ni tampoco se exige llenar el conjunto de pasos previos que trae la aludida norma de la Ley 1437 de 2011. El juez de tutela está obligado a efectuar un análisis predominantemente ius fundamental, atendiendo a las circunstancias del solicitante en el caso concreto, sin que quepa exigir formalismos o requerimientos adicionales y, menos, un juicio de proporcionalidad sobre el peso que ha de conferírsele al interés público. Lo que prima siempre es que, en caso de solicitarse el amparo de derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, la protección se conceda de la manera más breve posible para impedir un perjuicio irremediable.

Aunque las cautelas introducidas expresamente en la exposición de motivos y en el informe para primero y segundo debate en Senado del proyecto de ley –en el sentido en que las modificaciones introducidas sobre medidas cautelares dejan incólumes las propias de las acciones constitucionales, es decir, las *“concebidas por la Ley 472 de 1998 cuando se trata de la protección de intereses colectivos o de grupo que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes”*– no fueron expresamente incluidas en el texto de la ley, se sobre entiende que tienen aplicación prioritaria, así ello no aparezca consignado en la norma de manera explícita.

Tratándose de acciones de rango constitucional, no sería posible concluir algo distinto y, menos, en lo que tiene que ver con la acción de tutela. Lo anterior por la

¹⁴⁸ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, supra nota 260, párr. 219, y Caso Manuel Cepeda Vargas, supra, nota 21, párr. 139.

primacía que les confiere nuestro ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales y, asimismo, por la filosofía que inspira a las acciones constitucionales en general y, en particular, a la acción de tutela cuyo raigambre, estrictamente constitucional y, no meramente legal, impone a las autoridades judiciales una especial sensibilidad para proteger de manera informal, preferente y sumaria los derechos fundamentales, acatando los criterios de interpretación que, en relación con su sentido y alcance, fija la Corte Constitucional la cual, por disposición expresa de la Carta Política –artículos 86 y 241–, actúa como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y fija los criterios de unificación que se deben observar de manera vinculante sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Dicho en otros términos: una lectura como la que pretende dar el fallo mayoritario a las normas consignadas en la Ley 1437 de 2011 resulta incompatible con el rango que la Carta Política le confiere a la protección de los derechos constitucionales y a los mecanismos de estirpe constitucional diseñados para garantizar su efectiva y ágil protección. Lo anterior adquiere todavía mayor peso si se considera el carácter instrumental y accesorio de las medidas cautelares consignadas en la referida Ley. Y es que estas medidas están directa y estrechamente relacionadas con el proceso principal, del cual pende la determinación de la competencia y del trámite a seguir.

Respecto del carácter instrumental de las medidas cautelares, la doctrina ha precisado¹⁴⁹ –se destaca–:

“Con fundamento en lo anterior puede afirmarse que las medidas cautelares constituyen un tipo de tutela procesal que se concede durante la tramitación de un proceso principal, dentro de lo que se ha denominado proceso cautelar, cuya función principal es asegurar el cumplimiento de la sentencia que posteriormente se dictará.

(...) Efectivamente, el aludido proceso cautelar se define como un trámite surtido dentro del proceso principal, dirigido al dictado de una providencia que resuelve una solicitud de medida cautelar o que de manera oficiosa la decreta, con la finalidad de evitar la inejecución de la resolución judicial que contiene la sentencia definitiva.

El proceso cautelar se concibe como una actividad procesal que se realiza durante el trámite del proceso declarativo principal, a partir de lo cual se colige

¹⁴⁹ Cfr. Instituciones de Derecho Administrativo en el Nuevo Código.

que las medidas cautelares son figuras instrumentales dentro del proceso principal”.

La Ley 1437 de 2011 establece que las medidas cautelares son instrumentales, pues i) pueden ser solicitadas **desde** la presentación de la demanda, ii) deben tener una relación directa y necesaria con el contenido del escrito inicial y iii) suponen la tramitación de un proceso principal –se destaca–:

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo...”

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda...”

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”

“ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. // El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda (...) // De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. (...) // Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia...”

“ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar”

“ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

*9. Medidas cautelares. **En esta audiencia el Juez o Magistrado se pronunciará sobre la petición de medidas cautelares en el caso de que esta no hubiere sido decidida...**”*

Como se desprende de las normas transcritas, el juez contencioso administrativo puede admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar, previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas de urgencia: *“[d]esde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar”*, como lo sostiene el fallo mayoritario a fl. 60.

Con todo, es pertinente advertir que el artículo 97 de la Ley 1497 de 2011 autoriza a la administración, cuando considere que el acto que expidió fue producto de *“medios ilegales o fraudulentos”*, a demandarlo *“sin acudir al procedimiento previo de conciliación”* y a solicitar *“su suspensión provisional”*. La doctrina ha llamado la atención acerca de que esta constituye una excepción al requisito de procedibilidad de la conciliación previa, como sigue¹⁵⁰:

“En relación con esto último, es decir, con los actos obtenidos por medios ilegales o fraudulentos, se resalta que la nueva codificación consagra una excepción al requisito de procedibilidad de la conciliación previa, pues sus referido artículo 97, luego de consagrar la regla conforme a la cual para revocar actos que hayan ‘creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría’ se requiere del ‘consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular’, dispone en su tercer inciso que ‘[s]i la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de la conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional’, de donde surge que en los demás es necesario satisfacer dicho requisito si es que, por supuesto, se presenta la necesidad de demandar por falta del consentimiento para revocarlo”.

Salvo para el caso antes señalado la Sección Segunda de esta Corporación exige, para efectos de admitir la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación previa, en los asuntos referentes a nulidad y restablecimiento contra actos contentivos de sanciones disciplinarias, excepto frente a reparaciones sin contenido dispositivo. Último aspecto que el Ministerio Público habrá de valorar sin perjuicio de la definición que compete al juez de la causa:

“El requisito de conciliación. La parte demandante cumplió con el presupuesto procesal de la conciliación en los términos previstos en los artículos 35 y 37 de la Ley 640 de 2001. Así se evidencia en la constancia emitida por la Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado en la cual se lee que la audiencia de conciliación resultó fallida por la ausencia de ánimo conciliatorio.

De igual manera se logró corroborar que la petición de conciliación incluía no sólo la legalidad de las decisiones sancionatorias sino también el reconocimiento de los perjuicios de orden material y moral que estimó el actor le causó la administración demandada con la expedición de los actos sancionatorios cuya legalidad controvierte a través de la presente acción¹⁵¹.

Así, expresan las mencionadas normas que podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, con excepción de los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

Ahora bien, la expresión ‘cuando los asuntos sean conciliables’ contenida en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que condiciona la obligatoriedad del agotamiento de la audiencia de conciliación, para el caso concreto, adquiere contenido en las normas antes referidas, de manera que, si el asunto no cumple con alguna de las características exigidas en ellas, entre estas, versar sobre asuntos de contenido económico, la misma no es obligatoria.

En estos términos, dado que es claro que el litigio contencioso administrativo de la demandante no versaba sobre aspectos económicos, por cuanto no podía pretender reintegro alguno ni salarios dejados de percibir, toda vez que para la fecha de la sanción disciplinaria acusada ya se había retirado del servicio en razón de la adquisición de su derecho pensional, es evidente que no se cumplían las condiciones para obligar al agotamiento del referido requisito de procedibilidad, y así debieron haberlo observado los despachos acusados.

Finalmente debe la Sala aclarar que, si bien el parágrafo 2 del artículo 6º del Decreto 1716 de 2009, establece que quien está autorizado, en estos casos a determinar si un asunto es o no conciliable, es el Agente del Ministerio Público, para lo cual debe expedir la correspondiente constancia dentro de los diez 10 días siguientes a la presentación de la respectiva solicitud, esto para no dejar en manos del demandante la efectividad del aludido requisito de procedibilidad, también lo es que, tal determinación no le está vedada al Juez del conocimiento en el evento en que el demandante recurra directamente a la jurisdicción con tal argumento, pues es él quien en últimas cuenta con la facultad constitucional y legal para decidir el derecho, más aun en aspectos relacionados con los requisitos de procedibilidad de la acción.

Lo anterior permite a la Sala concluir que, en el presente caso, ante la comprobada naturaleza no conciliable del asunto litigioso ordinario de la

¹⁵⁰ Cfr. Instituciones de Derecho Administrativo en el Nuevo Código.

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda–, auto de 17 de enero de 2013, Exp. No. 1516-2012, actor: Andrés Felipe Arias Leiva, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

*demandante, no debe obligarse a aquella a acudir ante el agente del Ministerio Público para que lo certifique, sino que habrá de tenerse como tal y ordenarse la continuación del trámite a efectos de que se estudie la admisión de la demanda*¹⁵².

Nótese que el solicitante en el proceso de la referencia, el Alcalde de Bogotá en ejercicio de su cargo, Gustavo Francisco Petro Urrego, no cuenta con un pronunciamiento del Ministerio Público que lo exima de cumplir el requisito de procedibilidad de la conciliación previa, por lo tanto y, atendiendo la jurisprudencia de la Sección Segunda, deberá acudir a la Procuraduría a fin de satisfacerlo, para luego presentar la demanda y, **desde ese momento**, solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que afecta sus derechos, en grado sumo, como más adelante se explicará. Aunque podría también en razón de la decisión de la que me aparto acudir ante la jurisdicción contenciosa y aguardar, sujeto a la prelación que corresponde, que el juez de legalidad lo exima o le exija el requisito –se destaca–.

El artículo 161 de la Ley 1497 de 2011, señala que, cuando los asuntos sean conciliables, se someterán al trámite de la conciliación extrajudicial, el cual constituirá *“requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”*.

La Ley 1285 de 2009, *“reformatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”*, dispuso, en su artículo 13, la obligatoriedad de acudir a la conciliación extrajudicial como *“requisito de procedibilidad”* previo a iniciar una acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por su parte, el Decreto 1716 de 2009, reglamentario de los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 75 de la Ley 446 de 1998 y del capítulo V de la Ley 640 de 2001, señala los asuntos que son y no son conciliables, así –se destaca–:

*“Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. **Podrán conciliar, total o parcialmente**, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, **sobre los conflictos de***

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda–, sentencia de 19 de agosto de 2010, Exp. No. 2010-00761-00 (Acción de tutela), Actora: María Custodia Prieto Moreno, C.P. Víctor Alvarado Ardila.

carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

– Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

– Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

– Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado”.

Ahora bien, a juicio de quien suscribe este salvamento, lo cierto tiene que ver con que el medio de control de la actividad de la administración al que el señor Petro Urrego debe acudir para controvertir la presunción de legalidad que acompaña a la sanción que le fue impuesta no se puede entender comprendido en ninguno de los supuestos no susceptibles de conciliación, por tanto y, atendiendo el criterio jurisprudencial esbozado, el antes nombrado está obligado a acudir al Ministerio Público y aguardar, como lo sostiene la jurisprudencia de esta Corporación, que su opositor en la acción de tutela lo absuelva del requisito, según le parezca. Sin perjuicio de que también puede intentar, como quedó esbozado, que el juez natural admita la solicitud de suspensión provisional, sin el cumplimiento del requisito, dada su urgencia.

No obstante es importante precisar que el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 no convierte el trámite cautelar en situaciones de urgencia, ni le confiere autonomía, pues, como ya se indicó, este, por su naturaleza, depende de un proceso principal que se encarga de fijar trámite y competencia. Vistas las cosas de esa manera, el artículo 234 de la aludida ley debe ser analizado atendiendo el marco legal en el que se inserta y no –como resolvió hacerlo el fallo mayoritario de manera contraria a derecho– apartándolo del referente normativo que le es propio y donde adquiere su sentido y razón de ser.

*“Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Dese la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, **cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior.** Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar” –se destaca –.*

Los requisitos para la adopción de la medida de urgencia hacen referencia a los contemplados en el artículo 231 *ibídem*, disposición que en todo momento alude a la existencia de la demanda.

*“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos **procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado,** cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.***
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios” –se destaca–.*

La normativa transcrita concuerda con la del artículo 233 *ibídem*, que señala –se destaca–: **“la medida podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso”.**

Con todo, el inicio del trámite de la medida cautelar depende de que la demanda cumpla los requisitos exigidos, entre ellos, el de la conciliación prejudicial y sea objeto de admisión. Así se desprende del artículo 233 *ibídem*, que señala:

“ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.*

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada...”

Ello tiene que ser así, porque en caso contrario se abriría la posibilidad de que se tramiten y decidan medidas cautelares que no guardan relación con la futura controversia e incluso que luego de practicadas las medidas se rechace la demanda, de la cual dependen, ya fuere porque no se corrigió debiendo hacerlo, por caducidad o falta de jurisdicción, etc.

Cuando el artículo 234 de la citada Ley 1437 de 2011 releva, ante una situación de urgencia, de agotar el trámite previsto en el artículo anterior –233 *ibídem*–, lo hace en relación con el traslado para que el demandado se pronuncie sobre la medida – 5 días o de la forma establecida en el artículo 108 del C. de P.C.– y al término para decidirla –10 días– y no con la admisión de la demanda, tampoco con el requisito de procedibilidad, por las razones que ya se esbozaron.

Lo anterior, se acompasa con la primera parte del artículo 234 que señala que el Juez o Magistrado ponente podrá adoptar la medida cautelar de urgencia, sin previa notificación a la otra parte.

Entretanto, sorprende que en el fallo se sostenga que i) “el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar de urgencia, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad” –fl. 60–; ii) “una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar” –fl. 60– y iii) la demanda y la medida cautelar son “dos figuras distintas y se pueden estructurar en momentos distintos,

sin que esto implique su incompatibilidad procesal” –fls. 60 y 61–. Lo anterior porque se trata de afirmaciones sin soporte normativo alguno, con el agravante de desconocer el espíritu de la ley que pretenden aplicar, en cuanto confieren al trámite cautelar un carácter principal y autónomo que no tiene, sin reparar en las consecuencias que ello conlleva.

En efecto, del artículo 234, ni de ninguna otra disposición de la Ley 1437 del 2011, se sigue que se puede adoptar una medida cautelar de urgencia, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad. Si bien es cierto que es este presupuesto de la demanda, también lo es que la admisión de esta última constituye el punto de partida para dar trámite a la medida cautelar, así sea de urgencia.

La demanda y la medida cautelar son dos figuras diferentes y, por lo tanto, se pueden estructurar en momentos distintos. El fallo mayoritario, sin embargo, envía un mensaje equivocado en cuanto pretende olvidar por completo el carácter principal e instrumental que tienen una y la otra, así como la relación directa y necesaria que debe existir entre las dos. Además, cabe destacar la *“incompatibilidad procesal”* que se presentaría entre estas instituciones, si se llegase a permitir el trámite de medidas cautelares de forma autónoma, esto es al margen del proceso que no se inicia sino con la presentación de la demanda.

Por lo explicado hasta este lugar, las afirmaciones consignadas en el fallo mayoritario acorde con las cuales i) existe otro medio de defensa como lo es el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho y ii) *“la suspensión provisional del nuevo código, tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela”*, porque *“a) se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un perjuicio irremediable”* y *“la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado”* –fl. 56– no tienen argumentación que las soporte.

Tan cierto es lo expuesto que al folio 60 del fallo, en el mismo párrafo, se sostiene al tiempo que *“el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda”* y el pronunciamiento de una y otra habrán de ser simultáneos, así –se destaca–:

*Huelga manifestar que (sic) casos como el presente, **el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.***

Cabe preguntarse, en consecuencia, si al fin es dable o no resolver sobre la medida cautelar sin admitir la demanda.

Lo que sí queda claro, es que no resulta fácil pretextar la existencia de otro medio de defensa para considerar improcedente la acción de tutela –como lo hizo la providencia respaldada por la mayoría de la Sala– sin dejar en claro que la lesión del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado, podría obtener igual o mayor protección, haciendo uso de los mecanismos ordinarios.

Brevemente, en el caso del señor Gustavo Francisco Petro Urrego se debieron analizar casos similares y evaluar i) el trámite previo que se debe surtir para demandar y, por ende, solicitar la medida cautelar; ii) el tiempo en que se decide esta última y iii) el alcance que podría tener la suspensión provisional para no constituir un prejuzgamiento. En este punto es necesario evidenciar que, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, señala que la *“decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”*.

Como primera medida, precisa: i) puntualizar que el trámite que sugiere y no sugiere el fallo, esto es, adoptar medidas cautelares de urgencia, sin admitir la demanda de la cual dependen y sin cumplir el requisito de procedibilidad, no se ha dado en la práctica en la Sección Segunda de esta Corporación; y ii) evidenciar que no se conoce de ninguna decisión perentoria y ágil en el trámite cautelar, en vigencia de la varias veces mentada regulación.

Para corroborar lo anterior, se traerán procesos en curso con la Ley 1437 de 2011, en los cuales se demandan actos administrativos de destitución e inhabilidad de funcionarios elegidos por voto popular y se solicita la suspensión provisional de estos.

Como se observará en la tabla que sigue, los procesos se encuentran detenidos, esto es al despacho sin impulso procesal alguno, pese a que median solicitudes de suspensión provisional. Es de resaltar i) inactividades de más de año y medio y ii) un tiempo considerable entre la fecha de expedición de los actos demandados y la de reparto de los expedientes. Lapso que muy seguramente se utilizó para cumplir el requisito de procedibilidad.

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
2012-00560-00 (2128-2012)	Samuel Moreno Rojas (Alcalde de Bogotá D.C.)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 22 de noviembre de 2011 y 13 de febrero de 2012	03/09/12 reparto 03/09/12 Al despacho 21/09/13 Manifestación de impedimento 04/10/13 Auto 24/02/14 Auto de trámite que dispone que el expediente se remita al magistrado que sigue en turno
2012-00808-00 (2582-2012)	Manuel Julián Mazenet Corrales (Senador)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de los fallos de 22 de diciembre de 2011 y 8 de marzo de 2012.	20/11/12 reparto 20/11/12 Al despacho
2012-00849-00 (2624-2012)	Yensy Alfonso Acosta Castañez (Representante a la Cámara)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de los fallos de 22 de noviembre de 2011 y 13 de febrero de 2012.	22/11/12 reparto 22/11/12 Al despacho

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
2013-01257-00 (3228-2013)	Nelson Mariño Velandia (Gobernador del Casanare)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de los fallos de 4 de diciembre de 2012 y 24 de enero de 2013.	30/08/13 reparto 30/08/13 Al despacho
2013-01486-00 (3765-2013)	Juan Carlos Manrique Becerra (Ex concejal de Floridablanca)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de los fallos de 19 de junio y 1º de noviembre de 2012..	04/10/13 reparto 04/10/13 Al despacho

Para corroborar lo anterior, a continuación se traerán procesos en curso con la Ley 1437 de 2011, en los que al igual que la relación anterior se controvierte la legalidad de actos administrativos de destitución e inhabilidad de funcionarios elegidos por voto popular y se solicita su suspensión provisional.

Sólo se encontró un expediente en el que se decidió la solicitud suspensión provisional, en el que se observa que i) la admisión de la demanda, fue la que permitió dar traslado de esa solicitud; ii) existe un tiempo considerable entre la expedición de los actos acusados y el reparto del proceso –26 de abril de 2012 y 7 de febrero de 2013– y iii) el magistrado conductor del proceso tardó 7 meses y 25 días, para decidir la medida cautelar:

<u>Proceso</u>	<u>Demandante</u>	<u>Demandado</u>	<u>Actos demandados</u>	<u>Trámite</u>
2013-00117-00 (263-2013)	Fabio Alonso Salazar Jaramillo (Alcalde de Medellín)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de los fallos de 29 de febrero y 26 de abril de 2012	07/02/13 reparto 07/02/13 Al despacho 09/07/13 Admisión demanda y traslado del escrito de suspensión

				provisional 02/09/13 Al despacho 02/10/13 Auto que deniega la medida cautelar 14/11/13 Al despacho 19/11/13 Auto de trámite 26/11/13 Al despacho 14/01/14 Auto que fija fecha para audiencia
--	--	--	--	--

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que no se solicitó la suspensión provisional, se observa i) la misma inactividad; ii) un tiempo considerable entre la expedición de los actos acusados y el reparto de los expedientes; iii) el trámite de algunas manifestaciones de impedimento y iv) la admisión de una sola de las demandas, después de dos meses de haber sido repartida.

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
2013-01435-00 (3631-2013)	Luis Fernando Almario Rojas (Representante a la Cámara)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 3 de octubre de 2012 y 11 de enero de 2013.	26/09/13 reparto 26/09/13 Al despacho
2013-01116-00 (2638-2013)	Héctor Fabio Useche de la Cruz (Ex Gobernador del Valle del Cauca)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 19 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013.	18/07/13 reparto 18/07/13 Al despacho
2012-00490-00 (1972-2012)	Néstor Iván Moreno Rojas (Senador)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho del fallo y de la audiencia pública que lo confirmó.	29/08/12 reparto 29/08/12 Al despacho
2012-00499-	Edgar Jesús	Procuraduría	Nulidad y	31/08/12

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
00 (1981-2012)	Díaz Contreras (Gobernador de Norte de Santander)	General de la Nación	restablecimiento del derecho de los fallos de 27 de septiembre de 2011 y 15 de febrero de 2012	reparto 31/08/12 Al despacho 21/09/13 Manifestación de impedimento 04/10/13 Auto 24/02/14 Auto de trámite que dispone que el expediente se remita al magistrado que sigue en turno
2012-00508-00 (1990-2012)	Ramón Arturo Díaz Corzo (Alcalde de Chiriguana)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 22 de noviembre de 2011 y 13 de febrero de 2012	03/09/12 reparto 03/09/12 Al despacho 21/09/13 Manifestación de impedimento 04/10/13 Auto 24/02/14 Auto de trámite que dispone que el expediente se remita al magistrado que sigue en turno
2012-00728-00 (2442-2012)	Vicente García Granados (Concejal)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 27 de septiembre de 2011 y 15 de febrero de 2012	26/10/12 reparto 26/10/12 Al despacho
2013-00561-00 (1093-2013)	Eduardo Carlos Merlano Morales (Senador)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de 16 y 17 de	08/04/13 reparto 08/04/13 Al despacho 21/09/13 Manifestación

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
			octubre de 2012	de impedimento 03/10/13 Auto 24/02/14 Auto de trámite que dispone que el expediente se remita al magistrado que sigue en turno
2013-00813-00 (1665-2013)	Carlos Humberto Alfonso (Alcalde de Miraflores)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de 18 de septiembre y 30 de noviembre de 2012	16/05/13 reparto 16/05/13 Al despacho
2013-00943-00 (2084-2013)	Omar Ricardo Diazgranados Velásquez (Gobernador del Magdalena)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 22 de diciembre de 2011 y 8 de marzo de 2012	13/06/13 reparto 13/06/13 Al despacho 09/10/13 Admite demanda
2013-01115-00 (2637-2013)	Juan Carlos Abadía Campo (Gobernador del Valle del Cauca)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 19 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013	18/07/13 reparto 18/07/13 Al despacho 25/09/13 Admite demanda 26/02/14 Traslado de excepciones 04/03/14 Al despacho
2013-01199-00 (2976-2013)	Guillermo Hoenigsberg Bornacelly (Ex Alcalde de Barranquilla)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia y de varios autos	13/08/13 reparto 13/08/13 Al despacho

Proceso	Demandante	Demandado	Actos demandados	Trámite
2013-01491-00 (3790-2013)	Luis Alfonso Buitrago Vásquez (Ex concejal de Floridablanca)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 19 de junio y 1º de noviembre de 2012.	04/10/13 reparto 04/10/13 Al despacho
2014-00174-00 (421-2014)	Jesús María Botero Gutiérrez (Ex Alcalde de Ibagué)	Procuraduría General de la Nación	Nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos de 31 de agosto de 2012 y 11 de julio de 2013.	12/02/14 reparto 12/02/14 Al despacho

Finalmente, debe traerse a colación el sustento utilizado por la Sección Segunda de esta Corporación para denegar la solicitud de suspensión provisional por quien ocupó el cargo de Alcalde de la ciudad de Medellín, pues ella resulta suficiente para sostener que, sin perjuicio de los ingentes esfuerzos de la mayoría para probar lo contrario, lo cierto tiene que ver con que la Ley 1437 no contiene un mecanismo de protección para los derechos fundamentales equiparable a la acción de tutela –se destaca-:

*“Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.*

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” –(del latín surgere)– significa aparecer, manifestarse, brotar.¹⁵³

*En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA –Decreto 01 de 1984–, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.*

¹⁵³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

De las expresiones 'manifiesta' y 'confrontación directa' contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer 'prima facie', esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: 'La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento', es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba¹⁵⁴.

Esta postura jurisprudencial será reiterada íntegramente en la presente decisión.

3. No es necesario ahondar en consideraciones para concluir, con base en una lectura detenida de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional que ocupa la atención del Despacho, que el apoderado del demandante no ha dado cumplimiento a los requisitos argumentativos mínimos que harían procedente una tal medida.

La tabla de argumentos transcrita en la sección precedente provee en sí misma una razón suficiente para denegar la medida de suspensión provisional, ya que como bien se aprecia, allí se ha intentado sustentar jurídicamente la supuesta violación de distintas normas constitucionales y legales, con argumentos que en la mayoría de los casos no se relacionan con el contenido mismo de las normas invocadas, o que se presentan de manera superficial, formulados en una o dos frases que en sí mismas resultan insuficientes como justificación.

Así, (i) se ha tratado de sustentar la supuesta violación del principio y derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, con un argumento basado en la interpretación normativa y la apreciación probatoria que llevó a cabo la Procuraduría, en el cual no se alude siquiera a un posible trato discriminatorio, o a las razones por las cuales se dio al señor Salazar Jaramillo un tratamiento distinto al que recibieron casos iguales; (ii) se ha tratado de sustentar la supuesta violación del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, con un argumento genérico y superficial atinente al desconocimiento de la presunción de inocencia, por razones que simplemente se esbozan en la solicitud, en la cual tan sólo se afirma que "luego de demostrar que se trataba de una conducta atípica, carente de lesividad de la conducta y la desproporcionalidad de la sanción, se persistió en la imputación de responsabilidad disciplinaria por la

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto del 13 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicación No. 11001-03-28-000-2012-00042-00. Actor: Johan Steed Ortiz Fernández. Demandado: Representantes de los egresados ante el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana.

supuesta participación en política” –frase que en sí misma no cumple con los requisitos mínimos argumentativos de una solicitud como la que se presentó al Consejo de Estado-; (iii) se ha invocado el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, presentando como razones de su violación un esbozo de argumento sustantivo alusivo a la conducta del señor Salazar, el cual se estructura sobre una lectura de la noción de antijuridicidad propia del derecho penal, y no del derecho disciplinario, en cuyo ámbito el principio de antijuridicidad de la falta disciplinaria ha sido dotado por la jurisprudencia del Consejo de Estado de un contenido específico, distinto al del derecho penal, que el abogado ignora por completo en su breve párrafo explicativo; (iv) se ha invocado el artículo 6º de la Ley 734 de 2002, que consagra la regla general de respeto por el debido proceso en los procedimientos disciplinarios, presentando como razón para su violación “la manera arbitraria en que la Procuraduría ha excluido las pruebas conducentes y concluyentes respecto a la ausencia de responsabilidad disciplinaria y ha creado interpretaciones normativas que se distancian diametralmente de una interpretación racional” – frase genérica que no constituye una explicación aceptable sobre el porqué de la supuesta violación de esta norma legal; (v) se invoca el artículo 9º de la Ley 734 de 2002, que establece la presunción de inocencia y el principio de in dubio pro disciplinado, argumentando escuetamente que “a pesar de la gran cantidad de pruebas practicadas en el proceso que excluían cualquier falta disciplinaria, que no sólo creaban una duda razonable, sino que demostraban la ausencia de responsabilidad, la Procuraduría ha sostenido la culpabilidad del accionante, vulnerando así su presunción de inocencia”, sin ahondar en las razones concretas y específicas por las cuales se lanza este argumento genérico sin sustento adicional; (vi) se invoca el artículo 18 del Código Disciplinario Unico, que consagra la regla de proporcionalidad de la sanción, argumentando para justificar su violación que “se impone una suspensión por el término de doce años, cuando se tiene claro que ningún perjuicio se ha causado, ningún agravio al interés general y cuando no existe indicio de responsabilidad”, sin presentar razones adicionales que permitan descifrar los motivos que subyacen a estas afirmaciones; y (vii) se invoca el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, que exige que los fallos sancionatorios estén debidamente sustentados en pruebas que lleven a la certeza de la comisión de la falta, argumentando simplemente que “en el proceso no sólo obran pruebas que arrojan dudas razonables sobre la autoría de la conducta imputada, también existen varias que la descartan completamente”, frase que resulta igualmente inadecuada para explicar el porqué de la violación normativa que supuestamente ocurrió, y que justificaría la adopción de la medida de suspensión provisional.

Aparentemente, el apoderado del demandante ha interpretado el cambio normativo que significó la adopción de la Ley 734 de 2002 en materia de suspensión provisional, en el sentido de que los argumentos que justifican la solicitud de esta medida cautelar deben ahora ser escuetos, superficiales y sumarios. Como se indicó, no es este el alcance que ha dado el Consejo de Estado al artículo 231 de la nueva ley, el cual faculta al juez contencioso-administrativo para realizar un análisis que, sin implicar un prejuizgamiento sobre la cuestión de fondo, le permita valorar la forma en que los actos administrativos cuya suspensión se persigue violaron las normas legales que se invocan como transgredidas, análisis que exige un nivel de argumentación sólido y claro. El escrito de solicitud de suspensión provisional presentado por el apoderado del señor Salazar no cumple con este nivel argumentativo mínimo, y en esa medida transfiere al Consejo de Estado una carga analítica y de argumentación que le corresponde asumir al demandante.

*Por las anteriores razones, el Despacho denegará la medida cautelar solicitada*¹⁵⁵.

De entrada debe advertirse que la Sección Segunda exige al que invoca la suspensión provisional una carga argumentativa suficiente, de manera que no se entiende como equiparar tal exigencia con informalidad propia de la acción de tutela, la que, incluso no demanda escrito alguno.

Lo anterior permite sostener que, además de que resulta indispensable cumplir un requisito de procedibilidad, la solicitud está lejos de considerarse informal; no hay celeridad en el trámite cautelar, además de que no se vislumbra eficacia en la decisión. No se comprende, entonces, cómo sostener que la Ley 1437 trajo consigo un mecanismo capaz de desplazar la acción de tutela en la protección de derechos fundamentales.

Puede concluirse, por tanto, que la supuesta innovación en agilidad y eficacia introducida por la Ley 1437 de 2011 de la que hizo gala el fallo mayoritario de manera confusa y en abstracto, sin atender el caso concreto –fls. 56 y s.s.–, deja al descubierto que la decisión se acompasa con la primitiva teoría del FRAUS LEGI la cual, conocida entre los romanos y, *“sólidamente establecida en la jurisprudencia universal”*¹⁵⁶, hoy nos recuerda, sin ambages, que se presentan circunstancias en las que la ley se utiliza con fines distintos a los previstos en la misma, esto es con el propósito de violarla, aunque con la apariencia de aplicarla¹⁵⁷.

A propósito de lo anterior, cabe recordar que, aun antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, los principios generales de derecho, entre estos el fraude a la ley, fueron usados a la manera de criterios integradores y de interpretación del sistema jurídico introducidos, inicialmente, por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887¹⁵⁸. Con la nueva Carta Política, el significado de los valores, principios y derechos fundamentales fue acentuado al conferirles poder vinculante directo y, hoy, estas normas dotadas de diferentes grados de concreción, constituyen el

¹⁵⁵ Auto de 22 de octubre de 2013, expediente 263-2013, actor Fabio Alonso Salazar Jaramillo, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil–, sentencia del 24 de marzo de 1939, Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

compendio material básico que debe guiar en todo momento la tarea de la judicatura.

Lo mínimo que puede esperar quien solicite la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, es que las autoridades judiciales obren conforme a lo dispuesto por la Carta Política, por la ley y por los reglamentos interpretados a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales y que no se dilate la protección en el tiempo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, sin que puedan impedirse perjuicios irremediables –totalmente prevenibles–. Como sucedió en el sub lite en el que el recorte de garantías en el caso concreto terminó, a la postre, por afectar negativamente la salvaguarda de los derechos fundamentales no solo del actor, sino de todos aquellos que –en el futuro- pretendan el amparo constitucional de sus derechos vulnerados por una autoridad administrativa. Sacrificando valores y principios materiales de primer orden, como lo son la primacía de los derechos fundamentales, aquellos que informan la garantía fundamental del debido proceso y el acceso a la administración de justicia de manera ágil y eficaz. Atinadamente recuerda la doctrina que una:

“[n]ota característica de los Estados Constitucionales es la relevancia creciente de los principios, la superación del legalismo, en la medida en que la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución y de los principios constitucionales y la superación del formalismo jurídico, en la medida en que los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos”¹⁵⁹.

En breve: desconociendo abiertamente la circunstancia del solicitante y pasando por alto la relevancia de los valores, principios y derechos constitucionales en la superación del legalismo formalista, la mayoría de la Sala i) asumió una actitud que recuerda tiempos aciagos del positivismo más craso; ii) se escudó en la aplicación de una ley ordinaria, desconociendo su espíritu y texto, dejando a un lado normas aplicables de rango superior y omitiendo su deber de dar primacía a los valores, principios y derechos fundamentales e iii) impuso, exigencias formales al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, incompatible con el sentido y alcance que al mismo le imprime la Constitución y en contravía con la necesidad impuesta por el artículo 25 de la CADH de garantizarlo. Como si resultara posible entender que la Ley 1437, ordinaria y procedimental, fue expedida para

¹⁵⁹ Ibíd.

reemplazar la acción de tutela, imponerle formalidades, introducir modificaciones a su regulación y restringir sus alcances.

Incluso, como se anotó, cuando el fallo mayoritario pretendió mostrar que la conciliación prejudicial y la admisión de la demanda de modo alguno interfieren en la efectividad de la protección de los derechos subjetivos –fls. 60-68–, no le quedó fácil superar imprecisiones e incoherencias, desde el punto de vista teórico y en lo atinente a la aplicación de las normas, como pudo mostrarse atrás de manera suficiente y en este lugar se reafirma. Sostuvo el fallo mayoritario –se destaca–:

*“Huelga manifestar que casos [sic.] como el presente, **el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda**, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, **proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto a la medida cautelar**. // En ese orden no escapa el hecho de que **una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de medida cautelar**. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que pueden estructurar momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. // **Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad**. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos. **Lo anterior no significa que la medida cautelar desplace el adelantamiento de la conciliación extrajudicial, pues la Ley 1285 de 2009, lo exige ‘cuando los asuntos sean conciliables’, sino que desde un inicio es factible proteger los derechos de los ciudadanos bajo el uso de medidas cautelares, aun cuando haya que agotar el requisito de procedibilidad**, toda vez que entre la medida cautelar y la conciliación prejudicial, ciertamente no hay incompatibilidad procesal, lo que asegura una protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos a instancias del juez de lo contencioso administrativo”.*

Y es que no le quedaba fácil a la posición mayoritaria crear un precedente que por contrariar la misma ley muy rápidamente habrá de recoger, pues, debe acentuarse, en este lugar, que esa mirada abstracta que sirvió a la Sala de sustento para fallar en el sub lite, no solo resulta ajena a la ley que dice aplicar sino a su aplicación en los casos concretos. El análisis de lo que sucede en sede contenciosa, con la solicitud de medidas cautelares, permite confirmar que las previstas en la Ley 1437 de 2011 no sustituyeron, ni podrían hacerlo, a la tutela

transitoria para evitar un perjuicio irremediable contemplada en el artículo 86 superior, regulada por el artículo 6º, numeral 1º, del Decreto-Ley 2591 de 1991.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, no se entiende cómo acompasar las exigencias previstas en el artículo 231 –que contempla la posibilidad de dictar medidas cautelares en sede contenciosa– con las propias del mecanismo específico de la acción de tutela previsto en el artículo 86 de la Constitución las que, como ya indiqué, se diferencian formal y sustancialmente de las primeras. En pocas palabras, desde el punto de vista de su aplicación práctica, las medidas cautelares previstas en el marco de las acciones ordinarias –por medio de las cuales se controla la legalidad de los actos administrativos– no pueden equipararse o hacerse equivalentes a las herramientas de que dispone el juez de tutela cuya informalidad, agilidad y brevedad resulta ostensible, a lo que se añade el carácter sustancial ius fundamental –no meramente legal– que informa e inspira el análisis en sede de tutela y, al paso, un aspecto central –sobre el que se ha insistido de manera reiterada en el presente salvamento de voto–: la obligación que se impone a las autoridades judiciales de tener en cuenta las circunstancias del solicitante en el caso concreto a fin de i) examinar la eficacia de los medios ordinarios de protección y ii) calibrar los alcances del perjuicio irremediable.

En suma, la mayoría sustentó en la aplicación de la Ley 1437 de 2011 la no procedencia del derecho fundamental a la tutela en el sub lite y con ello quebrantó tanto la ley que dijo aplicar, como el ordenamiento constitucional, en cuanto se escudó en aquélla para no pronunciarse sobre el fondo de un asunto, al margen de las irregularidades advertidas por el proyecto que no recibió el apoyo mayoritario y que respaldé.

4.4.4. Caso concreto, análisis de fondo: el debido proceso como requisito de validez de una sanción disciplinaria de naturaleza administrativa que implique anulación o restricción de derechos políticos¹⁶⁰

Según la posición establecida hasta ahora por la Corte Constitucional que sirve de soporte estructural a la decisión del Consejo de Estado para dar sustento a su decisión de declarar improcedente la solicitud de tutela instaurada por el señor

¹⁶⁰ Como base fundamental de este aparte se ha tomado el texto inédito intitulado “El Debido Proceso Disciplinario”, del doctor Douglas E. Lorduy Montañez, del cual se citan apartes textuales con la autorización expresa del autor.

Gustavo Petro Urrego, el debido proceso es el requisito de validez de una sanción disciplinaria impuesta por un ente administrativo que implique restricción de derechos políticos. La tarea ineludible en casos como este consiste, entonces, en verificar el cumplimiento de los elementos esenciales que conforman el debido proceso, como única forma de garantía de tutela judicial efectiva, en los términos del derecho así establecido en el artículo 25 de la CADH.

Así las cosas, corresponde realizar un cotejo de lo ocurrido dentro del proceso disciplinario en cuestión, particularmente del contenido de las piezas fundamentales que soportaron la decisión sancionatoria –pliego de cargos y fallo sancionatorio–, de frente a esos elementos fundamentales que integran el debido proceso, según el ordenamiento constitucional vigente.

4.4.4.1 Los estándares mínimos del derecho penal y su ineludible aplicación en el derecho disciplinario cuando la sanción implique anulación o restricción de derechos políticos. El principio sacrificado: la imparcialidad

Sin entrar en la discusión sobre si una interpretación armónica del ordenamiento constitucional colombiano –considerando, particularmente, los artículos 277 y 278 de la Constitución y el artículo 23 de la CADH–, permite o no llegar a la conclusión de que la Procuraduría General de la Nación –en adelante PGN– tiene competencia para imponer sanción que implique pérdida o restricción de derechos políticos para el servidor público de elección popular, es lo cierto que el sustento jurídico que invoca la demandada para reafirmar su competencia tiene que ver con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006.

Si es ese, entonces, el sustento jurídico, resulta indispensable observar sus elementos y verificar las reglas o condicionamientos que el juez de constitucionalidad le impuso al ejercicio de dicha competencia.

En efecto, es evidente que la Corte, para apartarse del tenor literal del artículo 23 de la Convención –que, como se sabe, exige que una tal restricción de derechos políticos sólo puede tener lugar en escenario judicial y ser impuesta por juez penal– admitió la posibilidad de que el ordenamiento jurídico interno estableciera en cabeza de una autoridad administrativa competencia para imponer sanciones que implicaran restricción de derechos políticos, con una condición de validez

fundamental: que las garantías jurídicas de respeto por el debido proceso fueran equivalentes a las del proceso penal. Dijo la Corte al respecto en la sentencia C-028 de 2006:

“Sin embargo, hay que señalar que en el afán de combatir problemas como la corrupción, no se puede por parte del Estado en ejercicio de ius puniendi irrespetar valores fundamentales como los de proporcionalidad, razonabilidad, adecuación, interdicción de exceso, por lo que hoy se ha hecho presente una verdadera dogmática del derecho disciplinario, para no caer en una falsa eficiencia a costa de los derechos fundamentales, pues la eficacia de éstos es en últimas el objetivo perseguido por toda la actividad estatal.

Por ello, es totalmente pertinente extremar los criterios de legalidad. Una dogmática de la sanción disciplinaria debe incorporar los lineamientos propios del debido proceso. Recordemos que en un Estado Social de Derecho, en donde esencialmente se persigue la protección de los derechos fundamentales, cualquier restricción que se presente sobre los mismos debe estar reglamentada, pues lo contrario sería permitir la operancia de la arbitrariedad en la aplicación de las sanciones, lo cual no tiene cabida alguna, si partimos del supuesto de que hemos adoptado una forma de Estado en la que tiene plena vigencia la sujeción al derecho y la proscripción de cualquier tipo de manifestación despótica.

En ese sentido, no puede aplicarse sanción que no haya sido prevista por el legislador, principio de legalidad, pero además dicha aplicación de la sanción debe hacerse necesariamente en aplicación del debido proceso y dentro de los marcos y bajo la égida de estrictos principios para su tasación.

Así pues, debe manifestarse, sin lugar a equívocos que, una sanción de tipo disciplinario impuesta en un Estado Social y Democrático de Derecho debe responder a los fines superiores plasmados en la Constitución, debiendo guardarse extremo celo al respecto.

Sobre este particular, la Corte, en sentencia C-187 de 1998, manifestó:

“Como quiera que la regulación inicial de carácter general del CDU (Título I, capítulo único) consagra una serie de principios rectores referentes, v. gr. a los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, cosa juzgada, favorabilidad, finalidad de la ley y de las sanciones disciplinarias y su prevalencia, se deduce como consecuencia lógica de interpretación legislativa, la aplicación de los efectos que genera en todo el texto, subordinando los alcances de sus contenidos normativos, de manera que cobren vigencia al momento en que el fallador realice la labor de evaluación y aplicación del precepto de orden disciplinario, de conformidad con el espíritu y propósito legal que impulsó su expedición.”

En dicho sentido, la idea de expedir un nuevo Código Disciplinario surgió para acoger un conjunto de decisiones jurisprudenciales y propender porque principios como aquellos de legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad etc, cobren mayor vigencia, para que así material y formalmente exista un debido proceso disciplinario acorde con la dignidad inherente al ser humano”.

Ahora bien, la misma Corte, en fallo de unificación reciente –SU-712 de 2003–, encontró posible que un ente administrativo imponga sanciones que impliquen restricción de derechos consagrados en la Convención a servidores públicos de elección popular y, con fundamento específico en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela, reiteró y precisó que el debido proceso y las garantías que le son inherentes son condición de validez de una sanción de esas características y alcance. Dijo la Corte:

“Sin embargo, ese propio Tribunal recordó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones conforme a las garantías del debido proceso. Y a continuación reconoció expresamente que “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas”, de manera que lo que se exige es que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes”.

/.../.

En todo caso, aun cuando la Convención Americana alude a la “condena, por juez competente, en proceso penal”, debe destacarse que la propia Corte también reconoce la posibilidad de que se adopten sanciones administrativas y disciplinarias, las cuales son “como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas”, siempre y cuando se hayan respetado las garantías del debido proceso.

/.../.

Otros dirían que las restricciones al ejercicio de derechos políticos de los parlamentarios, miembros de elección directa que representan al pueblo (art. 133 CP), no son adoptadas por una autoridad judicial sino administrativa, lo que resulta sensible en una democracia y podría entrar en tensión con pronunciamientos de instancias internacionales. Al respecto la Corte debe recordar que la decisión sancionatoria ha de ser adoptada en el marco de un proceso administrativo, sujeto a las garantías que se reconocen a dichas actuaciones tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales que se integran a ella; /.../.”.

Eso significa, porque no puede ser de otra manera, que la condición de validez de un procedimiento y de un proceso disciplinario que lleve a la imposición de una sanción que comporte restricción de los derechos consagrados en el artículo 23 de la Convención, tiene que ver con su sujeción a los estándares internacionales propios del derecho penal, porque, de no ser así, sería dable sostener, lo que no resulta posible, que reglas de derecho interno pueden contradecir condiciones expresamente previstas en la norma convencional.

En otras palabras, aceptar que –contrario a la protección mínima establecida en la CADH según la cual sólo por vía judicial y por juez penal puede imponerse una sanción restrictiva de los derechos allí consagrados– una sanción sea impuesta por una autoridad administrativa, sólo puede considerarse válido, a la luz del mismo ordenamiento constitucional, si la autoridad administrativa ofrece iguales garantías a las que está obligado el juez penal en asuntos de su competencia. Esto es, equiparar a la autoridad administrativa a un juez penal, en términos de garantías.

Lo contrario, implicaría un incumplimiento flagrante de las reglas de interpretación que la propia convención contiene, particularmente, la establecida en su artículo 29 según la cual:

“[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

*a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o **limitarlos en mayor medida que la prevista en ella**”.*

Frente a esta clara perspectiva que limita las posibilidades de los Estados parte de rebajar los que se consideran estándares mínimos de protección de los derechos allí consagrados, se hace notoria la exigibilidad a la autoridad administrativa disciplinaria de los mínimos propios del derecho penal, en aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la función de control disciplinario implique restricción de los derechos previstos en el artículo 23. Esto es i) la separación de funciones de investigación y acusación, y juzgamiento, ii) la tipicidad, como manifestación del principio de legalidad, y éste a su vez como elemento fundamental de control de la actividad pública, en este caso, de la función disciplinaria y iii) la culpabilidad.

Al respecto, ha señalado con precisión esta Corporación¹⁶¹:

“El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política - artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro:

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP. Enrique Gil Botero. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). Sentencia del 13 de noviembre de 2008.

las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el (sic) es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado”.

Adviértase, entonces, para empezar, que en materia disciplinaria el ordenamiento, por su propio diseño, es incapaz de garantizar la aplicación de una tipicidad estricta, porque el régimen se estructura sobre conductas amplias y genéricas, para lo cual hace uso de normas de textura abierta. Razón por la cual la discrecionalidad del operador disciplinario en la materia se amplía significativamente. Un vistazo rápido y superficial del artículo 48 de la Ley Disciplinaria –Ley 734 de 2002–, no deja duda sobre la posibilidad de que prácticamente la totalidad del universo de las conductas posibles de atribuir a un servidor público pueda verse reflejada en una de las más de setenta descripciones de las faltas gravísimas allí consagradas.

Pero, como lo ha señalado en varias ocasiones la Corte Constitucional, la circunstancia de haberse impuesto el modelo de *numeros apertus* no hace *per se* inconstitucional el régimen disciplinario, al menos que las amplias facultades discrecionales otorgadas sean usadas por el operador disciplinario arbitrariamente, es decir sin tomar en consideración sus alcances y finalidades y, sin cumplimiento real del debido proceso. Esto es utilizando las facultades con mero pretexto para imponer una sanción.

No obstante, la apertura a la que se hace mención desatiende los estándares internacionales del derecho penal, exigidos para imponer sanciones que impliquen restricción de los derechos políticos previstos en la Convención. La pregunta que surge enseguida es si esa circunstancia haría inaplicable el régimen disciplinario en tales eventos y la respuesta es necesariamente negativa y esto porque sobre la base inobjetable de la supremacía constitucional, el ajuste del régimen disciplinario a los estándares del derecho penal se logra por vía del mismo artículo 48 de la Ley 734 de 2002, particularmente de su numeral 1º, a cuyo tenor constituye falta disciplinaria la incursión en conducta tipificada en el régimen penal. Único camino de ajuste, en la medida en que garantiza la aplicación material del principio de tipicidad como estándar mínimo y, a la vez, permite el ejercicio de la indispensable función de control disciplinario. La aplicación de las facultades discrecionales propia del sistema de *numeros apertus* deviene, entonces en incompatible con la

garantía mínima de tipicidad estricta, exigible en los eventos de restricción de los derechos consagrados en la Convención.

Ahora, también el Ministerio Público desatendió el deber de imparcialidad, pues, a través de los mismos funcionarios –subalternos todos del Procurador- investigó, acusó y juzgó al señor Alcalde Mayor de Bogotá.

De acuerdo con lo sostenido tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la separación entre acusación y juzgamiento representa una condición esencial de la imparcialidad. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-762 de 2009, citando a su vez la sentencia C-591 de 2005 sostuvo:

“/.../, la Corte en la mencionada sentencia C-591 de 2005, al describir las características propias del nuevo sistema procesal penal colombiano, señaló en líneas generales como sus finalidades las siguientes:

“ (...) (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica;

Así lo reiteró recientemente la Corte Suprema de Justicia¹⁶²:

“En esa dialéctica, el juez queda sometido al apercebimiento de su rol tratando de conciliar elementos de distintas concepciones del derecho al fundirse en su labor dos aspiraciones procesales: la imparcialidad con la justicia material. Acerca del tema, ha referido la doctrina:

/.../.

“La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A8 nullum iudicium sine accusatione, es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico SG. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio-, sino también, y sobre todo, el papel de parte –en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se

¹⁶² Corte <Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. MP. José Luis Barceló Camacho. Sentencia del 14 de agosto de 2013. Rad. 41375.

verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio¹⁶³”.

En otra ocasión, la misma Corte Suprema de Justicia¹⁶⁴, para resaltar que la no separación de las funciones de investigación y juzgamiento implica que se suman en el mismo sujeto las condiciones de juez y parte, constituyendo un cercenamiento radical de la imparcialidad, señaló, acudiendo también a la doctrina constitucional:

“Acerca del principio de imparcialidad y del papel que desempeña el juez dentro del proceso acusatorio, la jurisprudencia constitucional ha dicho lo siguiente:

‘15. La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad, constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado Social de Derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al Derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P. artículos 209 y 230), ya que solamente aquél que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado Social de Derecho.

En otras palabras, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea lo suficientemente neutral y objetiva, precisamente, con el propósito de salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados.

A partir de las citadas consideraciones, la doctrina procesal ha concluido que la imparcialidad requiere de la presencia de dos elementos. Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo, alude al estado mental del juez, es decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadversión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquél y el asunto objeto de controversia - de forma tal - que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis.

(...)

En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática’.

Por su parte esta Sala ha precisado que:

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, página 564

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. MP. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia del 4 de febrero de 2009. Proceso 29415.

'[e]n correlación con que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que juzga no puede ser parte, es una exigencia elemental que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. Es que si el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del derecho objetivo por la jurisdicción en un caso concreto'.

Así mismo, el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales:

'El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto "representativo", puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: [...] al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías'.

En síntesis, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos, en que el funcionario de conocimiento (i) carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y (ii) ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado durante el transcurso de la actuación".

Si a lo anterior se suma el precario soporte probatorio en el que la Procuraduría sustentó su decisión sancionatoria, para el efecto las comunicaciones de la delegada para la vigilancia preventiva –fundamento mismo del concepto de violación del principio de libertad de empresa– y el supuesto dictamen pericial emitido por otra de sus dependencias subalternas –apoyo del supuesto riesgo ambiental que generaron los hechos de diciembre de 2012–, se hace notorio que el demandante en tutela fue juzgado y sancionado en ausencia de la garantía real de imparcialidad.

4.4.4.2. Principio de culpabilidad – estructuración del dolo

El régimen disciplinario consagra entre sus principios rectores el *principio de culpabilidad*¹⁶⁵. Ello implica que sólo es posible imponer sanciones de carácter disciplinario a una persona cuando medie negligencia, imprudencia o impericia (culpa), o dolo. Y, por supuesto, si el mismo régimen disciplinario dispone expresamente que la carga de la prueba la tiene el Estado¹⁶⁶, ello no es un mero postulado teórico: significa que para imponer una sanción el operador disciplinario habrá de probar que el servidor actuó con dolo o culpa –no basta con afirmarlo, ni suponerlo; mucho menos presumirlo–.

En relación con el *principio de culpabilidad* en materia disciplinaria, la Corte Constitucional ha sido particularmente clara -sentencias C-155 de 2002, exequibilidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995, C-948 del 6 de noviembre de 2002 constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 734 de 2002 –se destaca–:

“5. El principio de culpabilidad en materia disciplinaria y el sistema de *numerus apertus* en la incriminación de las faltas disciplinarias

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado”.

¹⁶⁵ **Artículo 13.** Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

¹⁶⁶ **Artículo 128.** Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. **La carga de la prueba corresponde al Estado**”.

*Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que **“el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo** pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”.*

/.../.

*Para la Corte es claro que si bien el actor aduce que el artículo 14 del CDU acusa una omisión consistente en el señalamiento del carácter excepcional de la culpa, no es posible aceptar este planteamiento pues dicho precepto incluye esos dos conceptos del principio de culpabilidad con el fin de garantizar que los servidores públicos no sean sancionados por responsabilidad objetiva, **sino que se les demuestre su plena culpabilidad** bajo cualquiera de esas dos modalidades, principio éste que irradia todo el régimen disciplinario contenido en la Ley 200 de 1995 y que debe ser tenido en cuenta por el operador jurídico”.*

Ahora, al Alcalde Mayor de Bogotá se le imputó la comisión de faltas disciplinarias a título de dolo y culpa gravísima.

4.4.4.2.1.- Sobre las faltas imputadas a título de dolo

El ejercicio del poder sancionatorio estatal va más allá de meras afirmaciones y teorizaciones formales, sin materialización concreta. El principio de culpabilidad se considera rector en un sistema en el que la responsabilidad objetiva está proscrita. Y, por lo mismo, no es jurídicamente válido sancionar sin plena prueba de la presencia del elemento subjetivo de la conducta: dolo o culpa.

Si el primero debe mediar la prueba, mediante manifestaciones externas, de la intención del agente, de su querer cometer la falta. La intención dañina, proterva, inequívoca de ir contra el derecho, de favorecer el interés particular en contra del interés general, de torcer las finalidades de la función pública encomendada; sin embargo en ninguna parte del proceso disciplinario adelantado contra el actual Alcalde Mayor de Bogotá -auto de cargos, sentencia- figura la intención del disciplinado, para lo cual habría sido menester, según los elementales componentes del dolo, a los que se refiere la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia¹⁶⁷, la demostración “(...) **de querer y conocer la realización del tipo**”. Señala al respecto el artículo 22 del Código Penal

“Artículo 22. Dolo. *La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.*

No obstante, el análisis específico de culpabilidad acogido por la posición mayoritaria se restringe a que como la propia Procuraduría, en su función preventiva, hizo conocer del Alcalde su criterio según el cual no podía entregar a una empresa pública la prestación del servicio de aseo, porque era contrario al principio de libertad de empresa, entonces, el Alcalde obró con intención de violar la ley, porque desatendió a la advertencia. Posiciones e interpretaciones incapaces de determinar la ilicitud de la conducta, pues resulta a todas luces inaceptable construir el dolo sobre la base de que, como el Procurador previó, fue el querer del Alcalde violar la ley e incurrir en una falta gravísima.

Al respecto vale precisar que a la autoridad disciplinaria no le corresponde elaborar conceptos o interpretaciones y, tomarlas como rasero para determinar la ilicitud de las conductas de los servidores públicos. Determinar cuáles son las conductas que se estiman ilícitas, es facultad exclusiva del legislador. Y, no solo por lo dicho en cuanto a la tipicidad estricta, sino también por la sencilla razón de que respecto del régimen disciplinario de los servidores públicos la Constitución estableció una **reserva de ley**, lo que implica que por medio de esta, es decir **sólo el legislador**, tiene la atribución exclusiva y excluyente de dictar normas que tengan por objeto la determinación de sus responsabilidades y la manera de hacerlas efectivas.

Con toda precisión señala el artículo 124 de la Constitución Política –se destaca–:

“ARTICULO 124.

La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Y es que no solo es problema de tipicidad, ilicitud y culpabilidad. Se trata también de evitar que las finalidades y alcance de la función disciplinaria se diluyan con el

¹⁶⁷ MP. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Proceso

interés del operador disciplinario de imponer su mirada en el manejo de la cosa pública, al margen de la discrecionalidad permitida al servidor, excluyendo del servicio la autonomía y el pluralismo. Esto es, se habrá de impedir que el ejercicio de la función disciplinaria convierta en ilegal y objeto de sanción una gestión, por antagónica a las previsiones del Ministerio Público que la misma parezca.

4.4.4.2.2.- Sobre la falta imputada a título de culpa gravísima

Ahora bien, en relación con el tercer cargo imputado al disciplinado y, por el cual finalmente también resultó sancionado, en el tema específico de la culpabilidad, cabe anotar que se señaló al Alcalde Mayor de Bogotá de incurrir en 'culpa gravísima' por 'desatención elemental', sin sustento y al margen de su determinación en su gravedad.

En efecto, de no haberse calificado como culpa gravísima, al tenor de lo dispuesto en el artículo 43, numeral 9°, de la Ley 734 de 2002, otra habría sido la dosimetría de la sanción. De donde se esperaría encontrar factores objetivos, previamente determinados y conocidos y razones específicas, de carácter también objetivo que sustenten el criterio, de tan entidad agravante, en el caso concreto.

Como derivación de importancia primordial del debido proceso y publicidad que orientan y rigen el desarrollo de la función pública, según expresa consagración prevista en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, su ejercicio ha de venir acompañado de la exposición expresa de las razones que le dan sustento. Porque no de otra forma es posible adelantar la tarea de determinar, en cada caso, su legitimidad y permitir los controles generales y particulares que le son propios.

No obstante en el capítulo titulado "Culpabilidad", si bien la Procuraduría insiste en imputar al disciplinado una desatención 'elemental', no permite establecer por qué la desatención no fue simple y permitió el calificativo de gravísima. De suerte que no se puede sino concluir que las razones no existen, puesto que el núcleo esencial de los derechos fundamentales de defensa y contradicción así lo impone.

Corresponde insistir en que lo mínimo que se puede exigir a un operador disciplinario es que sustente en concreto y no en abstracto los elementos

esenciales que llevan a la determinación o graduación de la sanción. Y es que, en efecto, si en primera instancia se tomó la decisión de seleccionar una calificación de culpabilidad, descartando las otras contempladas en el ordenamiento, constituye un carga mínima exponer las razones por las cuales, en las circunstancias específicas que acompañan el caso bajo estudio, era esa y, no otra, la calificación que correspondía y se ajustaba a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De suerte que como ello no aconteció, no puede sino concluirse en la vulneración de los principios de contradicción y defensa y publicidad, que deben estar presentes en toda actuación administrativa y que orientan en general la función pública.

Ha sido particularmente profusa y contundente la Corte Constitucional en este tema de la sustentación de los actos emitidos en ejercicio de función pública en general y, en particular, de las decisiones sancionatorias, últimas de índole judicial en cuanto compromete el debido proceso con las implicaciones que el mismo implica. Se sostiene al respecto –se destaca–:

*“12. Por otra parte, el principio de publicidad de la actividad judicial (C.P. art. 228), que implica el derecho de acceso de la comunidad en general a sus decisiones, comprende la obligación de las autoridades de motivar sus propios actos. Este deber incluye el de considerar explícita y razonadamente la doctrina judicial que sustenta cada decisión. **Esta garantía tiene como objetivo que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no sólo sobre el texto de la ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo y va a seguir siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme.** Sólo de esta forma pueden las personas tener certeza de que la interpretación y aplicación consistente y uniforme del ordenamiento es una garantía jurídicamente protegida y no un mero uso sin valor normativo alguno, y del cual los jueces pueden apartarse cuando lo deseen, sin necesidad de justificar su decisión.*

Al analizar la obligación que en materia penal tiene la Corte Suprema de Justicia de motivar de manera explícita y razonada sus propias providencias con base en decisiones judiciales previas, esta Corporación, en Sentencia C-252/01 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) declaró inconstitucional el artículo 10 de la Ley 553 de 2000, y consideró este problema tan crucial, que integró la respectiva unidad normativa declarando inexecutable también el artículo 214 de la Ley 600 de 2000, fundamentando su decisión en las siguientes consideraciones:

“Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un

*principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación –todos reconocidos por el artículo 29 C.P.–, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial. **Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se toma^[18], mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso.***

Y es que la omisión de la carga argumentativa mínima exigible, además de la vulneración de los principios ya señalados, compromete la legitimidad misma de la graduación de la sanción.

4.4.4.3. Principio de preexistencia

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, señala con precisión y claridad el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución, que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 9° de la CADH.

Pues bien, la Procuraduría tanto en el auto de cargos, como en el fallo, materia de análisis, propuso y controvertió que el Alcalde no debía entregar a una empresa distrital el servicio público de aseo y para justificar la sanción construyó para el caso concreto una regla novedosa, a partir de particulares interpretaciones y selección de normas.

Novedad que da lugar a concluir que en el sublite la regla fue elaborada por el operador disciplinario con posterioridad a los hechos, lo que constituye flagrante vulneración del principio de preexistencia. Elemento esencial del debido proceso sancionador.

No está de más insistir en que no es el proceso disciplinario el escenario propicio para interpretar y precisar el alcance de las normas utilizadas por los sujetos pasivos de la acción, para el ejercicio de la gestión que se valora y disciplina. Así se trate de una interpretación razonable y plausible.

Para tales menesteres el ordenamiento jurídico establece las vías adecuadas, al margen de los procesos disciplinarios en curso. De modo que si el Ministerio

Público se llegase a topar con ‘fallas normativas’, en la medida en que se vislumbran interpretaciones que estando dentro del marco de una ley y siendo razonables pueden contradecir una determinada política o un principio, no le resulta posible cargar al sujeto disciplinado, por vía de responsabilidad, las consecuencias. Sin perjuicio de proponer reformas legales o constitucionales y formular recomendaciones al interior de la administración, de modo que ante normas vinculantes, resulte posible disciplinar en el porvenir.

4.4.4.4. Presunción de inocencia

Es cierto como se sostiene en el fallo disciplinario que cabe suponer que el señor Alcalde conoce la ley y sus deberes constitucionales y legales. Lo que sucede es que de eso no se sigue que se pueda inferir que los incumplió y que lo hizo intencionalmente; pues ello deja sin valor alguno la presunción de inocencia, única con categoría normativa de aplicación estricta, a título de derecho fundamental, que aun cobija al investigado, en cuanto no fue desvirtuada –art. 29 de la Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 734 de 2002¹⁶⁸–.

4.4.4.5. Principio de proporcionalidad

Al respecto esta Corporación ha señalado¹⁶⁹:

“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un

¹⁶⁸ **Artículo 9°.** Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. /.../.”

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP. Enrique Gil Botero. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). Sentencia del 13 de noviembre de 2008.

criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria. Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria. Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional. En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato". Nota de Relatoría: Ver Sentencia de noviembre 30 de 2006. Exp. 13.074; sentencia de noviembre 30 de 2006; Sentencia C-421 de 2002 de la Corte Constitucional.

No obstante, por esfuerzos que se hagan para encontrarlo, lo cierto es que en el fallo en cuestión brilla por su ausencia el más elemental juicio de proporcionalidad, particularmente en aspectos determinantes como la tipificación de las faltas –para definir que todas eran gravísimas– y en cuanto a la dosimetría de la sanción –para imponer una de las más gravosas posibles en este caso–. Desproporción que se manifiesta con sólo comparar la sanción impuesta en este caso con aquella a la que se han hecho acreedores otros servidores públicos, alguno, también Alcalde de la misma ciudad.

4.4.4.6. La competencia y la delegación

Finalmente, respecto de la autoridad que adelantó el proceso disciplinario en cuestión, es muy importante asegurar que no quede duda de que actuó sin competencia, en la medida es que la delegación que se confirió contraría directamente lo establecido en el artículo 278 de la Constitución.

En efecto, en torno a la competencia de la denominada Sala Disciplinaria de la Procuraduría para adelantar en única instancia, por vía de delegación corresponde remitirse al texto constitucional. Señala la norma:

“ART. 278.- El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución y la ley /.../”.

Siendo así y establecido que tanto en el auto de cargos como en el fallo quedó expresa e inequívocamente señalado, en múltiples apartes, que se estaba ante la “manifiesta” violación de la Constitución y de la ley, no queda sino concluir en la competencia del señor Procurador para adelantar el proceso y definirlo. Obsérvese en el auto de cargos – se destaca-:

*Fl. 107: “La Sala interpreta que la **manifiesta** incapacidad de la EAAB para asumir la prestación del servicio público justificó que la señora procuradora delegada con funciones preventivas solicitara de forma insistente y reiterativa que se examinara la procedencia de mantener el contrato interadministrativo 017 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB”.*

Fl. 163: “en la adecuación del nuevo sistema de aseo, adoptado por el acalde mayor de Bogotá mediante el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, que, como se explicó en el cargo anterior, **fue a todas luces irregular**”.

Fl. 177: “No obstante, debe tenerse en cuenta que la facultad para expedir dicho Decreto era eminentemente reglada y que está demostrado que las normas que regulaban el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo **fueron desconocidas manifiestamente, /.../**”.

Fl. 180: “Y, en cuanto al tercer cargo, más que «improvisación», lo que hubo fue una **violación manifiesta de las reglas** que indicaban que en la ciudad de Bogotá solo se podía prestar el servicio de aseo en vehículos compactadores, mas no en volquetas, porque estos automotores no contaban con las especificaciones mínimas requeridas”.

Y en el fallo:

Fl. 104: “De manera adicional, debe decirse que la utilización de vehículos para la prestación del servicio era una actividad eminentemente reglada y que precisamente los Decretos 1713 de 2002 y 948 de 1995 **fueron desconocidos manifiestamente**, pues ellos ni siquiera se tuvieron en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Además, estos decretos tenían un carácter de norma nacional, estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y dichas normas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá”.

Fl. 192: “Además, teniendo en cuenta que la forma de prestar el servicio de aseo es un asunto reglado, para la Sala los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 **fueron desconocidos manifiestamente**, pues ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, como para pensar en la posibilidad de una errada interpretación”.

Fl. 372: “Además, teniendo en cuenta que la forma de prestar el servicio de aseo es un asunto reglado, para la Sala los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002 **fueron desconocidos manifiestamente**, pues ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, como para pensar en la posibilidad de una errada interpretación”.

Fl. 479: “Sin embargo, quedó demostrado que la facultad para expedir dicho Decreto era eminentemente reglada y que las normas que regulaban el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo **fueron desconocidas manifiestamente**, ingrediente que fue valorado en la categoría de la tipicidad”.

Lo anterior sólo para citar los apartes donde expresa y directamente se utiliza la palabra “manifiesta”, es decir, sin traer a colación los numerosos sinónimos y expresiones de idéntico contenido conceptual.

Así las cosas, no queda duda alguna de que al disciplinado sí se le imputó y juzgó por la infracción “manifiesta” de la Constitución y la ley y, por lo tanto, el

conocimiento del asunto era de competencia exclusiva e indelegable del Procurador General de la Nación.

Espero que lo dicho hasta este lugar resulte suficiente para ilustrar los motivos que me llevaron a apartarme, respetuosamente, de la decisión mayoritaria.

4.5. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Teniendo en cuenta la manera como la Sala plena de lo Contencioso Administrativo despachó el recurso constitucional de amparo formulado por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en su condición de Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá D.C. frente a la decisión de la Procuraduría General de destituirlo del empleo e inhabilitarlo para el ejercicio de cargos públicos, debo respetuosamente consignar mi salvamento de voto frente a la decisión de la mayoría. Para este efecto procedo de la forma y con los temas que en seguida trataré:

- i).- inquietudes acerca de la providencia
- ii).- planteamiento de la discrepancia
- iii).- consecuencias de la decisión

Sobre este presupuesto y con el propósito de alcanzar la mayor claridad, procedo entonces al desarrollo de la temática indicada.

4.5.1. INQUIETUDES ACERCA DE LA PROVIDENCIA

De manera genérica la decisión expresada por la Sala Plena me causa, como integrante de la misma, varias incertidumbres, que desafortunadamente no se logran despejar con el texto que aprobó la mayoría. Son ellas la ninguna alusión que en mi opinión personal debió hacerse a la huella deliberativa de la Corporación, y que según las actas de Sala Plena, muestran el arduo y extenso debate que se realizó en torno a la aplicación o no, del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que específicamente se relaciona con el fenómeno de la temeridad

en la proposición de múltiples recursos de tutela, evento histórico¹⁷⁰ que hace parte de los problemas que debió tener respuesta judicial, máxime que en Sala Plena se abordó a profundidad las complejidades derivadas de las plurales acciones de tutela propuestas no solo por el recurrente, sino por otro buen número de personas, pero con indudable unidad de materia y que, justamente, constituyó la circunstancia para que buena parte de la deliberación de la Sala Plena Contenciosa se centrara en definir si este comportamiento frente al órgano judicial del Estado representaba o no, una hipótesis de temeridad.

Como la sentencia de la que respetuosamente me aparto evade estas definiciones, debo dejar sentado en este salvamento de voto, que la primera decisión aprobada por el Consejo de Estado apuntó a negar que las múltiples tutelas emprendidas por la causa que ocupa el proceso, representen o mejor subsuman la situación restrictiva regulada por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, cuyo descarte desde el punto de vista judicial consecuencializa la pertinencia de los recursos sin que sea valedera la invocación del reproche jurídico allí previsto. En estos términos estimo que el resto de recursos de amparo propuestos por la razón que conocen estos autos, entonces tendrán que resolverse como corresponda y sin el rechazo “*ab initio*” dispuesto por el artículo 38 citado.

En modo análogo también echo de menos las referencias mínimas¹⁷¹, que resolvieran las inquietudes planteadas en el debate de la ponencia, que considero son de capital importancia, relativas a la hermenéutica jurisprudencial del artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 y que objetivamente, constituyen el núcleo de la *ratio decidendi* adoptada en la sentencia; esto es, confirmar la decisión de improcedencia del recurso por la disposición de un medio de protección idóneo y eficaz en concreto para amparar los derechos eventualmente conculcados. Sobre este aspecto tendré ocasión de ahondar un poco más cuando analice lo referente al capítulo 3° de este salvamento, pero desde ya es evidente un gran vacío creado por la decisión de la Sala Plena en torno al alcance de las

¹⁷⁰ Al respecto, según las actas es plausible que la votación de la Corporación recogió el siguiente resultado: 16 votos en contra de decretar el despacho negativo de las tutelas por temeridad y 9 a favor.

¹⁷¹ Al respecto la providencia se limitó a señalar: “huelga manifestar que en casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se

medidas cautelares de urgencia que el Consejo de Estado debió haber interpretado a partir del artículo 234 en cita y que facilitarían al resto de la jurisdicción el mínimo de coherencia entre la decisión adoptada por la Corporación y la derivación de la regla jurisprudencial que ello supone para eventos futuros.

Una tercera circunstancia no contenida en el texto de la sentencia refiere a la manera en que el juez constitucional desató la segunda instancia argumentando la declaratoria de improcedencia por existir otro mecanismo eficaz de protección¹⁷², lo cual en lógica básica impone que el juez de tutela no deba pronunciarse sobre otros aspectos sustanciales inherentes a la conducta denunciada como quebrantadora de derechos fundamentales. Observo en esa dirección, que una primera votación definitiva de la Sala dijo “derrotar el proyecto presentado por el Magistrado Vargas Ayala”, sin ningún otro matiz, es decir, todo lo allí contenido, por ello no es comprensible que en la sentencia de la que me estoy separando, se retome, (Pág. 68) el análisis de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para tomar la medida cuestionada, y luego concluir que no se configura el cargo de incompetencia. Como es protuberante, si la decisión es despachar el recurso por improcedencia dada la existencia de otro mecanismo de defensa, no corresponde a la naturaleza de las cosas que pese a ello se entre a examinar el aspecto de la competencia de la autoridad, que obviamente tiene lugar cuando se aborda el análisis sustantivo del problema jurídico planteado; y más grave aún, que la sentencia reproduzca una buena parte del proyecto derrotado que precisamente fue desechado por la Corporación, lo cual hace absolutamente irrazonable que pese a todo reviva en la sentencia un análisis ya descartado por esta Corporación.

Estimo respetuosamente que ello desestructura la motivación de la decisión judicial y confunde el sentido con el que el juez constitucional analizó y falló lo referente a las súplicas expuestas en la demanda de amparo constitucional; además, y adelante lo retomaremos, admitir que no se configura el cargo de incompetencia sustrae la atribución del juez natural del acto suplicado en amparo,

demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad...” se aprecia claramente que no hay ningún otro argumento que viabilice el procedimiento que aconseja la sentencia.

¹⁷² De manera concreta según la sentencia la petición del demandante se orientaba a dejar sin efecto el acto proferido dentro del expediente disciplinario, y en subsidio solicitaba la concesión de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esos dos planteamientos de la demanda no subsumen de ninguna manera la confusión en que incurre la sentencia y que destacamos.

es decir, lo vacía de competencia, y exactamente, una de las ideas de la discusión fue evitar que el juez de tutela se invistiera en juez natural y asumiera las competencias que son propias del juez ordinario.

En suma, entonces si existe otro medio idóneo de protección, me pregunto, para qué y por qué el juez constitucional se ocupa de resolver un asunto que jurídicamente le está vedado.

Es preocupante en otro segmento, la invocación a la jurisprudencia constitucional sobre la definición de “perjuicio irremediable”, que prácticamente crea un requisito adicional que desaparece la tutela para estos casos, al ingresar la teoría de que el perjuicio sea injustificado y que no provenga de una acción ilegítima de la autoridad (subrayado fuera de texto). Este requisito es extraño a la naturaleza del recurso de tutela conforme a la previsión constitucional, pues en la vida cotidiana cada vez que se analice la posibilidad de la tutela como mecanismo transitorio artículo 86 inciso 3°, será necesario indagar por la justificación o no del acto, lo que hace nugatoria la figura y resulta inconstitucional porque disuelve el amparo previsto por la carta dado que el análisis sobre la justificación del acto resultaría demasiado complejo y terminaría llevando al juez constitucional a reemplazar de manera definitiva al juez natural. Precisamente esta circunstancia estimula el choque de trenes, y la ruptura de límites cuando se trata de analizar por el juez constitucional actos que normalmente tienen mecanismos ordinarios de protección.

Dicho lo anterior debo detenerme en un asunto un poco más doctrinario que con todo, es necesario apuntar, pues según nuestro norte jurídico los disensos en los cuerpos colegiados les permiten a los usuarios de la justicia transparentar de forma certera todas las vicisitudes inherentes a la construcción de una decisión judicial.

a).- Inquietudes frente al enfoque de la providencia

Como ya lo advertí la razón lógica que sustenta la decisión se edifica sobre la existencia de otro medio de defensa, tal como lo describe el folio 49 de la sentencia. Aceptando que ese fue el criterio, la sentencia aborda la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de protección, sin percatarse que el amparo transitorio solo tiene lugar en la medida en que exista otro mecanismo de

defensa¹⁷³, dado que si no hubiese un medio ordinario de amparo mal podría invocar la eficacia de otro medio de defensa. Como puede apreciarse hay en el enfoque de la sentencia un fenómeno tautológico que presagió todo el tiempo un desenlace ambiguo, lesionador de derechos constitucionales y por ende, inconstitucional.

No podía el juez de esta instancia separar como dos entidades distintas la eficacia del otro medio de defensa y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio porque inequívocamente son dos consideraciones complementarias entre sí; si se estudia la tutela como mecanismo transitorio es porque existe otro medio de defensa que a la sazón no resulta eficaz, pero aquí lo que ocurrió fue la separación de los dos conceptos para arribar a una conclusión que:

- Despacha negativamente el amparo porque existe otro medio de defensa, cuya eficacia la calcula midiendo los antecedentes de los debates legislativos de la Ley 1437 de 2011 y;
- No considera el poder regulador de la Constitución con referencia a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio propiamente dicho.

Estas dos razones así expresadas estructuran una falacia argumental que dejan en el aire el análisis de la existencia o no de perturbaciones a derechos fundamentales y desde el punto de vista de la lógica jurídica permiten advertir que en la decisión de la que me aparto, es discutible la existencia material de un pronunciamiento judicial, lo cual desconoce el artículo 229 de la Constitución que impone a los jueces de la República el deber de garantizar el derecho para el acceso a la administración de justicia.

b).- En esta misma dimensión observo que la motivación de la sentencia que justifica este salvamento, se apoya en lo previsto en el artículo 6° #1° del Decreto 2591 de 1991 para analizar el componente relacionado con el medio de defensa ordinario dispuesto por el ordenamiento para estatuir el control de los actos administrativos, y claro, desde luego, advierte que a la luz de tal precepto es obligación del juez de tutela, al examinar el medio de defensa ordinario hacerlo en concreto. Esto supone que la referencia en cuestión, precise en términos cronológicos, de oportunidad, en el componente orgánico, la estructura del

¹⁷³ En folios anteriores precisamos el alcance del planteamiento de la demanda.

sistema burocrático de la justicia, si en efecto el medio dispuesto por el ordenamiento jurídico es equiparable en eficacia al recurso de tutela establecido por la Carta Política.

Lo precedente según la doctrina constitucional constituye una carga del fallador en tutela para verificar si la presunta vulneración de los derechos fundamentales podrían ser conocidos y decididos con la misma celeridad a lo predicable por la acción de tutela. En este caso la sentencia enfoca el cumplimiento de la aludida carga señalando que la Ley 1437 de 2011 en los artículos 231 y 233 consagró una serie de medidas de tipo cautelar cuya eficacia equipara la efectividad del recurso de tutela. Nuestra inquietud sobre este tópico se estructura en que la reflexión se agota en lo acontecido en las cámaras legislativas en torno a los debates acerca de la institución de la suspensión provisional sin concluir el supuesto de si el recurrente actúa en demanda de justicia ante el juez ordinario que lo es el Contencioso Administrativo, en las instancias que correspondan, allí podría tener el análisis de legalidad y constitucionalidad que deprecia en manera oportuna y eficaz, esto es, a través de una medida cautelar.

Sin bien comparto la trascendencia de la regulación establecida en la Ley 1437 sobre las medidas cautelares en los artículos 229 a 241, es indiscutible que la opción elegida por la sentencia, que remite al ciudadano demandante al juez de lo contencioso administrativo omitió cumplir la carga de análisis sobre la eficacia del medio ordinario por lo menos en los siguientes ítems:

- Antecedentes históricos recientes de la institución en lo Contencioso Administrativo, que le permitan concluir la oportunidad de la intervención del juez contencioso para examinar en sustancia las imputaciones de ilegalidad e inconstitucionalidad a que se refiere la demanda.
- Carga laboral del juez eventualmente competente para ocuparse de la cuestión.
- Respecto del artículo 234, como ya hubo oportunidad de señalarlo, ausencia de un análisis responsivo que permita concluir sin duda, que las medidas cautelares de urgencia exoneran de por lo menos los siguientes pasos previos: i) diligencia de

conciliación¹⁷⁴ en el entendido que se trata de una acción de carácter subjetivo, dado que el *petitum* de la demanda cuestiona un acto de naturaleza disciplinaria de orden subjetivo, por consiguiente aparejado de las consecuencias inherentes al restablecimiento en el derecho y la reparación del daño; ii) situación jurídica del demandante en cuanto se trata de un servidor público de elección popular para un periodo establecido en curso; iii) tiempos inherentes al agotamiento de los términos indispensables para la estructuración del contradictorio ante el juez ordinario. Desde luego la conclusión para descartar la acción de tutela por el medio ordinario en atención a la razón concreta que el propio artículo 6° # 1° del Decreto 2591 de 1991, le impone al juez constitucional un previo deber aquí no realizado para que este pueda desechar la acción de tutela y reenviar al recurrente a instaurar la demanda ordinaria establecida como medio de control por el ordenamiento jurídico.

Ciertamente es difícil admitir en el sentido de la mínima razón lógica que la acción de tutela en curso, ante la Sala Plena del Supremo Juez de lo Contencioso Administrativo es por lo menos concurrente en términos de eficacia a la acción ordinaria de nulidad con restablecimiento del derecho, pues el trance histórico en que se encuentra el recurrente supone la necesidad de que ese juez supremo de lo Contencioso Administrativo definiera en el fondo si existía afectación o no a derechos fundamentales, para en ese mismo contexto acceder o no a la protección; la opción elegida por la mayoría de remitirlo en búsqueda del análisis de la intangibilidad de sus derechos fundamentales ante el juez ordinario, quiebra no solo la razonabilidad de un evento de coyuntura institucional, sino que materializa una abstención del sistema de justicia en torno al análisis sustancial de la conducta de una autoridad del Estado de frente a otra autoridad del Estado de origen democrático que de haberse hecho como lo propusimos, seguramente habría fortalecido la vigencia del estado social de derecho sin tener que afrontar el riesgo de injusticia máxima que evidentemente se creó con el sentido de la decisión de la que nos estamos separando.

4.5.2. PLANTEAMIENTO DE LA DISCREPANCIA

¹⁷⁴ Dado que las medidas cautelares de urgencia, previstas en el artículo 234, no determinan si la expresión “sin previa notificación a la otra parte” equivale a prescindir de la audiencia de conciliación y de la admisión de la demanda. Una interpretación tan amplia requiere necesariamente de un criterio de interpretación y de unificación para la que solo es competente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La aproximación que nos representó el estudio del proyecto propuesto para resolver la causa de la referencia, en un primer golpe de análisis me condujo a examinar el requisito de la competencia que obvio, es premisa de cualquier análisis de constitucionalidad respecto de los actos de la administración sometidos al control del juez constitucional en sede de tutela. Esta proposición por cuanto que su estudio habilita terminar en este mismo elemento, cuando quiera que se demuestre algún desconocimiento constitucional, y en caso contrario crea la secuencia subsiguiente para revisar cualquier otra imputación de inconstitucionalidad por algún otro tipo de defecto, desde luego, siempre y cuando trasciendan en los derechos fundamentales eventualmente vulnerados en el tutelante.

Lo precedente, simplemente para destacar que desde mi punto de observación no es pertinente examinar el proceso disciplinario que se le adelantó al señor recurrente si tempranamente se llega a la conclusión de deficiencias en la premisa competencial; y como ciertamente es plausible la ocurrencia de fallas en este aspecto, me eximí de abordar el examen de cualquier otro quebranto a los derechos constitucionales del demandante en la adecuación típica que le es endilgada, o en el trámite del disciplinario que se le adelantó o en el resguardo del derecho de defensa en el procedimiento ante el órgano de control. Nos enfocaremos en seguida en mostrar mi discrepancia sobre el factor de constitucionalidad referido.

El artículo 29 de la Constitución estatuyó la institución del juez natural para todas las actuaciones tanto judiciales como administrativas, adjudicando a esta figura la función de piedra angular en el debido proceso, de tal suerte que al evaluar la competencia de la Procuraduría para sancionar e inhabilitar disciplinariamente al Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá, es necesario reflexionar sobre el árbol normativo previsto por la Constitución y la ley para el trámite de los procesos disciplinarios contra el Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

Como lo establece la Carta Política, a la Procuraduría General de la Nación se le dividió funcionalmente en dos grandes segmentos de competencias disciplinarias atribuidas al Procurador General; el primero de ellos descrito en el artículo 277 por el que el Procurador General actúa directamente o por medio de sus delegados, y

el segundo haz de competencias disciplinarias descrito en el artículo 278 cuando el Procurador General de la Nación ejerce "*in natura*", esto es, directamente las funciones disciplinarias.

La pregunta está en establecer, y dado que el acto impugnado en esta sede de tutela corresponde a una destitución del Alcalde Mayor de Bogotá, si la atribución ejercida por la Sala disciplinaria de la procuraduría respecto del burgomaestre del distrito corresponde a los procesos del artículo 277 o por el contrario se halla inscrito en las previsiones del artículo 278 mencionado. La respuesta en un primer momento se halla en las previsiones del decreto extraordinario 262 de 2000 (Orgánico de la Procuraduría General de la Nación) que al desarrollar las funciones del Procurador General descritas en los artículos 277 y 278 de la Constitución radica en este funcionario la competencia para conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra, ... el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá ... a su vez el parágrafo del artículo 7° ya indicado que permite en su inciso 3° deducir que las competencias disciplinarias consagradas entre otros numerales para conocer en única instancia de los procesos contra el Alcalde de Santa Fe de Bogotá, son delegables en el Viceprocurador o en la Sala Disciplinaria sin que en este caso el trámite respectivo pierda su naturaleza de única instancia.

Parecería que el debido proceso en torno a la competencia según lo hasta aquí mencionado no se afecta, porque haya sido la Sala Disciplinaria la que impuso la sanción de destitución con inhabilidad de 15 años al Alcalde Mayor de Bogotá, pues se trataría de una competencia esencialmente delegable susceptible de ser adoptada por un órgano subalterno de la estructura de la Procuraduría General de la Nación; no obstante, tanto desde el punto de vista formal en su extremo constitucional y legal como en el ángulo puramente material, semejante ejecución disciplinaria contradice de manera certera el esquema constitucional para investigar disciplinariamente al Alcalde Mayor de Bogotá como paso a indicar:

a).- Conforme a la queja disciplinaria planteada ante el despacho de la Procuraduría, los señores quejosos Jorge Eliecer Miranda Téllez, Orlando Parada Díaz, Ricardo María Cañón Prieto y Jorge Armando Otálora Gómez denunciaron hechos contentivos de conductas irregulares relacionadas con la prestación del servicio público de aseo, y otras de naturaleza contractual. La Procuraduría en

auto de 11 de enero de 2013 comisionó a la Sala Disciplinaria argumentando que contaba con grabaciones que evidenciaban conductas de carácter disciplinario y penal.

b).- Pese a que nos fue imposible conocer el contexto del proceso disciplinario, la realidad es que la sanción impuesta al recurrente, corresponde al elenco de faltas gravísimas cualificadas con dolo, pues no de otra forma se puede arbitrar la destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos, que en este caso se graduó en 15 años. Si la evidencia del proceso disciplinario muestra que se está ante una falta gravísima cometida con dolo y desde el principio advierte la procuraduría la comisión de conductas de carácter disciplinario y penal, es evidente que la hermenéutica constitucional del artículo 278 de la Carta neutraliza las hipótesis de delegación referidas en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, es decir, desde el principio existían elementos que objetivamente imponían la competencia directa del Procurador que se estipula en los casos de infracción de manera manifiesta a la Constitución y a la ley de acuerdo con lo descrito en el numeral 1° del artículo 278 constitucional, pues es contraevidente aplicar la máxima sanción disciplinaria y no quedar automáticamente subsumido en una infracción directa a la Constitución y la ley.

En otros términos, si se impuso la máxima sanción disciplinaria al recurrente tendrá que haber sido por el supuesto constitucional advertido, en razón a que si no mediara una infracción manifiesta al orden jurídico, inexorablemente correspondería otro tipo de sanción, pues resulta absolutamente insostenible sancionar con ese tipo de reproches a conductas que no agravan de manera manifiesta la Constitución y la ley.

Ubicados en este extremo el artículo 183 de la Ley 734 de 2002 que contiene el Código Disciplinario Único, desarrolla el numeral 1° del artículo 278 de la constitución previendo que una vez conocida la magnitud de la falta disciplinaria, es deber del Procurador General de la Nación declarar la procedencia del procedimiento especial y citar a audiencia al servidor público investigado. Esto implica que la Sala disciplinaria si bien pudo haber recibido la comisión por parte del procurador general, legal y constitucionalmente carecía de competencia para aplicar al alcalde mayor de Bogotá la máxima sanción disciplinaria; una elemental hermenéutica sobre el tema supone de acuerdo al artículo 182 citado la

comunicación al jefe del ministerio público para que se obrara de conformidad y no proceder como se hizo a usurpar la competencia del 278-1, y arrogarse atribuciones asignadas constitucionalmente al procurador general, que ya lo hemos señalado, directamente se relacionan con la competencia para desvincular del cargo a los servidores públicos acusados de infringir de manera manifiesta la Constitución y la ley.

c).- Por lo demás, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto a la aplicación del artículo 23 de la Convención Interamericana de derechos fundamentales que integra la carta de San José de Costa Rica, y tal como lo sustentaba el proyecto derrotado que presentó el magistrado Vargas Ayala, y que ya lo dijimos, retomó la providencia de la que nos separamos, reconocen la capacidad jurídica de la Procuraduría para dentro de la configuración de nuestro sistema jurídico, de alguna manera equipararse a las condiciones de independencia y autonomía de los jueces a que alude el artículo 23 convencional, pues el jefe del ministerio público tiene esta aptitud jurídica que le permite ser una expresión del poder punitivo del Estado, lo cual facilita concluir que la actividad del jefe del ministerio público circunstancialmente compagina con una actividad de naturaleza materialmente jurisdiccional. Si se aceptara en gracia de discusión que ello es así, nace una razón más para advertir que la Sala disciplinaria no tiene ni la autonomía ni la independencia proclamada por el artículo 23-2 convencional y en ello paradójicamente milita un argumento más para ratificar que la competencia para aplicar las máximas sanciones al Alcalde Mayor de Bogotá es privativa del Procurador General.

En síntesis, desde el punto de vista de la competencia, este valor constitucional no se afecta por la simple comisión extendida a la sala disciplinaria, pese a que en principio se advertía que se trataba de una falta eventualmente constitutiva de delito, pero la irregularidad se hace manifiesta por el desencuentro ocurrido en la instrucción del proceso disciplinario, que en criterio del órgano de control ameritaba la máxima sanción, lo cual, en guarda del principio constitucional del debido proceso, debió inequívocamente habilitar la aplicación del artículo 183 del Código Disciplinario Único, que presupone que una vez conocida la naturaleza de la falta disciplinaria se procedería al trámite del procedimiento especial disciplinario ante el Procurador General de la Nación y no como ocurrió, que la célula de la sala disciplinaria por sí y ante sí decidiera la destitución e inhabilidad por 15 años.

Es natural que las condiciones para instrucción a que se refiere el párrafo del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, no sean en sí mismas inmutables y deban ser moduladas por la vigencia de las garantías constitucionales a que hemos hecho referencia.

4.5.3. CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN

Las omisiones en que respetuosamente señalo, incurrió la decisión de mayorías, sencillamente se concretan en el desamparo constitucional suplicado que toca con un derecho fundamental, en este caso según nuestro argumento, el correspondiente al principio de la competencia que resguarda el artículo 29 de la Carta Política en armonía con el artículo 122 de la Carta, de donde deriva el principio según el cual no pueden existir competencias discrecionales por lo que la vitalidad normativa del artículo 278-1 de la Constitución impide que un órgano subalterno de la Procuraduría General, aunque mediase un acto de delegación se arrogue una competencia que no le corresponde. Evidentemente es inaceptable que la capacidad jurídica de la sala disciplinaria para imponer la sanción tenga como fuente exclusiva un acto administrativo cuya naturaleza jurídica debe honrar los marcos y límites de la delegación según lo dispone expresamente el artículo 209 de la Carta.

En igual proposición, el desamparo ordenado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo frente a una infracción directa y manifiesta de la Constitución, sustrae la naturaleza esencial del Estado Social de Derecho estatuido en la Carta cuyo fundamento no es otro que el respeto a la dignidad humana (artículo 1° Superior) afincada en la vigencia y garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que habitamos en este país.

La remisión que se hace del caso para el conocimiento del juez ordinario implica, lo reiteramos, una lamentable abstención del juez constitucional en demérito de la vigencia de los derechos fundamentales.

4.6. RAMIRO PAZOS GUERRERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me permito expresar las razones adicionales para formular este voto disidente a la sentencia adoptada por la Sala Plena.

4.6.1. Eficacia del otro medio de defensa y la procedencia de las medidas cautelares

El proyecto parte del supuesto que la sola reforma de la Ley 1437 de 2011, supuso el debilitamiento de la acción de tutela en beneficio de los medios de control ordinarios allí previstos: *“se creó una relación entre las medidas cautelares y la noción de una tutela judicial efectiva, buscó redimensionar y rediseñar los poderes del juez de la acción contenciosa para que con ellos de respuesta efectiva a la problemática de la protección oportuna de los derechos (...)”* (p. 52).

Luego señala que *“la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora de la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un ‘perjuicio irremediable’; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea evidente; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo”* (p. 56).

E insiste que la expedición de la referida Ley 1437 *“nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más (...) pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática efectiva y pronta de los derechos (...)”*(p. 57)

Aunque, no se discute la importancia de los alcances de la reforma a la justicia administrativa que introdujo la Ley 1437 y, en especial, el amplio desarrollo que tuvieron las medidas cautelares, la mayoría parece separarse del objeto de la acción de tutela.

En efecto, si bien es preciso fortalecer la jurisdicción administrativa y sus medios de control como juez natural de la administración, no lo es menos que no puede llegar al punto de desplazar el medio de control constitucional para la protección

inmediata de los derechos fundamentales, que es el objeto de la acción de tutela (art. 86 constitucional). La mayoría insiste en que el objeto de la reforma es “desplazar a la acción de tutela cada vez más”, lo cual no deja de ser una afirmación contraria al mandato superior, que concibió a la acción de tutela como un instrumento eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Pretender que la reforma introducida a la legislación administrativa equipara a todos los medios de control con la tutela, no va solamente contra la acción de tutela, sino que distorsiona todo el engranaje de defensa de los derechos, llevando a una peligrosa “tutelización” del derecho.

Llama la atención que la misma sentencia cita el informe de ponencia para segundo debate-Cámara del Proyecto de Ley (Gaceta n.º 951 de 23 de noviembre de 2010), donde se indican varios motivos para negarse el decreto de la medida cautelar: “*que no se afecta la gestión sustantiva de la entidad, no se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros, así como también, por ejemplo, tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras y presupuestales que la administración deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar. Ello implica que la medida cautelar pueda denegarse cuando de esta pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o magistrado ponente ponderará en forma circunstanciada, como se anotó, de conformidad con los requisitos previstos en la aludida disposición*” (cita textual a p. 59 del fallo).

La anterior cita demuestra que no fue la intención del legislador “desplazar” a la acción de tutela y que tomó una serie de restricciones, todas ellas justificadas para el decreto.

Ahora bien, el fallo mayoritario señala que es posible presentar la “*solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 que regula las medidas cautelares de urgencia*” (p. 60).

La interpretación que se hace en el fallo, en el sentido de que el juez puede pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar “*inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el*

cumplimiento del requisito de procedibilidad", es discutible como pasa a exponerse.

En primer lugar, es preciso señalar que la norma deja en manos del juzgador la determinación de cuándo se evidencia *"que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior"*. De modo que no hay certeza de que siempre se pueda pedir y mucho menos que en el caso que se estudió esta medida procediera.

Además, tampoco es claro que la interpretación que se hace resulte conforme a la Constitución, pues resulta contrario a las garantías mínimas del debido proceso y aún del principio de separación de poderes, pues una medida en dicho sentido pone en tela de juicio la presunción de legalidad de la actuación de la administración, sin haberse todavía admitido la demanda, lo cual no parece ajustarse a los mandatos superiores de la Carta.

Según el fallo, el resultado de esa reforma legal es la potencialidad de las medidas cautelares, la cual debería llevar a desplazar a la acción de tutela, argumento discutible, pues supondría limitar el alcance del art. 86 Superior por vía de una ley ordinaria.

Por otra parte, afirma el fallo que *"una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, más no de la solicitud de medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal"* (p. 60 del fallo).

Esta interpretación conlleva a que se puedan decretar medidas cautelares sin que haya si quiera proceso judicial, ¿una medida judicial sin proceso? Esto significa conferir al juez administrativo un superpoder para adoptar dichas medidas sin resolver de manera previa los presupuestos procesales necesarios, como los relativos a la jurisdicción y competencia, para que pueda válidamente asumir el conocimiento del asunto.

De otra parte, esta norma a mi juicio fue modificada por el artículo 613 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), el cual justamente reguló la

audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos. Esta norma posterior y especial, claramente establece que no es necesario agotar el requisito de procedibilidad, exclusivamente, en los siguientes casos: (i) en los procesos ejecutivos; (ii) en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial y (iii) cuando quien demande sea una entidad pública.

De manera que sólo en esos tres supuestos es posible exceptuar la conciliación extrajudicial. Conviene anotar que recientemente la Corte Constitución declaró exequible el segundo de los referidos supuestos legales¹⁷⁵.

Aunque la introducción de las importantes medidas cautelares en el nuevo C.P.A.C.A. es, sin duda, un avance significativo en la garantía de los derechos, surgen las siguientes inquietudes que restan eficacia directa a estas medidas: (i) ¿No es necesario agotar el requisito de procedibilidad? El fallo afirma que no, sin abundar en razones para ello, lo cual no se acompasa con los criterios que en esta materia ha fijado la Sección Segunda de esta Corporación, que es la que conocería eventualmente de este tipo de procesos, en única o segunda instancia; (ii) ¿se puede decretar una medida cautelar sin que haya sido admitida la demanda?, el fallo no esgrime razones suficientes para soportar este aserto; (iii) ¿lo dispuesto por el artículo 235 de la Ley 1437 que prevé la posibilidad de solicitar “el levantamiento de la medida cautelar prestando caución”, no limita el alcance y eficacia de la medida¹⁷⁶? Se afirma en la sentencia que no, porque el tema sería evaluado por el juez: Así las cosas, es posible preguntar si la aplicación efectiva del artículo 235 queda sometida al criterio del fallador ¿no quedaría

¹⁷⁵ Sentencia C 834 de 2013 (comunicado de prensa n.º 45 de noviembre 20 de 2013, el fallo aún no está disponible): “la realización de la audiencia de conciliación cuando se soliciten medidas cautelares de carácter patrimonial, no constituyen un obstáculo que desconozca el acceso inmediato a la administración de justicia. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia, su realización se ha constituido en una de las formas en que puede concretarse los contenidos *iusfundamentales* que esta garantía incorpora. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico carece de fundamento entender que existe un bloqueo al derecho de acceso a la administración de justicia por la mera exigencia de realizar audiencia de conciliación, incluso si se toma en consideración el tiempo que implica llevarla a cabo, ya que la ley prevé un tiempo máximo. Esa obligación constituye una forma de garantizar los derechos de acceso y al debido proceso, por cuanto la conciliación configura uno de los recursos efectivos que están previstos para la salvaguarda de los derechos de que son titulares las personas dentro de un Estado social de derecho. Por tanto, resulta un mecanismo eficaz para la resolución de las controversias y la concreción del derecho de acceso a la justicia”.

¹⁷⁶ Según este precepto: “El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del juez o magistrado ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.”

sometida la eficacia de la medida a la discrecionalidad judicial y, por ende, estaría en entredicho su eficacia en comparación con la acción de tutela?

El artículo 229 de la Ley 1437 que consagra de una denominada “cláusula general” de las medidas cautelares, en su párrafo no excluye de la regulación de las medidas cautelares a la acción de tutela, por el contrario, la integra normativamente. Lo anterior significa, que no es exacto afirmar que se ha producido un “desplazamiento” de la acción de tutela por los medios de control ordinarios.

Por otra parte, es altamente preocupante el mensaje que se sigue de la jurisprudencia sentada por la mayoría de la Sala: ¿desapareció la acción de tutela contra actos administrativos? Curiosamente, con el criterio jurisprudencial que se sienta, queda proscrita la acción de tutela cuando verse sobre actos administrativos, lo que a nuestro juicio riñe con lo dispuesto por el artículo 86 Superior y, además, porque resulta incompatible con el desarrollo que en esta materia ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4.6.2. Perjuicio irremediable

Según la sentencia, no todo perjuicio irremediable, “*por el mero hecho de serlo, de manera inexorable conduce o abre paso a la procedencia o prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues se requiere, no solo que tenga esa entidad, sino que además sea injustificado, que **no provenga de una acción legítima***” (p. 64) –se destaca-. Este pronunciamiento se apoya en una cita jurisprudencial (sentencia T 570 de 2007) que constituye un criterio aislado y que no se aviene a la posición general que ha seguido pacíficamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El fallo –no obstante citarla- termina por pasar por alto que en sede de control de constitucional abstracto, ya la Corte Constitucional determinó que todo tipo de restricciones al respecto es inconstitucional.

En efecto, al declarar inexecutable el inciso segundo del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la Corte razonó que el legislador no puede modificar la naturaleza abierta de la norma constitucional, ya que se trata de “*un concepto constitucional*

abierto de importancia sustancial sin el cual la figura de la tutela quedaría desconectada de la realidad y perdería su virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales”, concepto abierto –agrega– que “es columna de la estructura portante del edificio constitucional y no puede, en consecuencia, ser sustituido o suplantado por el legislador”.

Si no lo puede hacer el legislador, ¿lo puede hacer el juez? La respuesta parece ser afirmativa según el fallo del cual me aparto al señalar que “[l]a jurisprudencia, tanto de esta Corporación, como de la Corte Constitucional, se ha ocupado del tema” (p. 65 del fallo) y al hacerlo, la sentencia T-570-07, limita y de qué manera este medio de control, al señalar que “hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima”. Y luego, sin tener en cuenta la sentencia C-531 de 1993, asevera que cuando un bien jurídico se deteriora irreversiblemente “ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización”.

La anterior afirmación podría dar a entender que si la acción es legítima no procede la acción de tutela. O lo que es igual, que jamás procedería contra actos administrativos que, no obstante su ilegalidad manifiesta, nadie pone en tela de juicio su legitimidad. Esta lectura torna improcedente la acción de tutela en todos los eventos en los que se controvierten actos administrativos, puesto que todos los actos se presumen ajustados al orden jurídico.

Esta posición plantea preocupantes interrogantes en el terreno de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues supondría el desconocimiento de la existencia de daños antijurídicos producidos por una acción legítima estatal. En otras palabras, esto podría llevar a desconocer el régimen objetivo de responsabilidad del Estado, que es patrimonio jurisprudencial de los últimos cincuenta años en Colombia y que está fundada sobre el reconocimiento justamente de la responsabilidad derivada de actuaciones lícitas.

Además, esta decisión se apartaría de un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en un asunto similar al que fue objeto de debate en esta ocasión, y que está contenido en la sentencia SU 712 de 2013, donde se indicó:

3.2.7.- Los precedentes reseñados permiten a la Sala concluir que la acción de tutela puede ser excepcionalmente ejercida como medio para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se impone una sanción disciplinaria, en

especial cuando se involucra el ejercicio de prerrogativas o garantías institucionales de los parlamentarios.

Si bien es cierto que en principio existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puede ocurrir que las circunstancias del caso ameriten la intervención directa del juez constitucional cuando se acrediten los elementos de un perjuicio irremediable o en general cuando la vía ordinaria no se refleje como idónea para asegurar una protección oportuna de los derechos fundamentales del peticionario. Así ocurre, por ejemplo, tratándose de la restricción de derechos políticos que se ejercen en momentos constitucionales preestablecidos y que por su naturaleza no pueden ser objeto de aplazamiento o prórroga de ninguna clase, especialmente cuando se cuestiona la existencia de competencias constitucionales para investigar y sancionar a Congresistas de la República¹⁷⁷.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente deben acreditarse los elementos característicos del perjuicio irremediable, que para estos eventos pueden reseñarse en los siguientes términos¹⁷⁸:

(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso”¹⁷⁹.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos”¹⁸⁰. En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable¹⁸¹.

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia cuando “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”¹⁸². Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”¹⁸³.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para

¹⁷⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-047 de 1999 y T-544 de 2004.

¹⁷⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-1093 de 2004, T-1137 de 2004, T-1039 de 2006 y T-778 de 2005, entre otras.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1093 de 2004.

¹⁸⁰ Sentencias T-1039 de 2006, T-143 de 2003 y T-1093 de 2004.

¹⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1993 y T-1316 de 2001.

¹⁸² Sentencia T-778 de 2005.

¹⁸³ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.

En esta sentencia, la Corte dejó en claro que era procedente interponer la acción de tutela en casos como este, donde están en juego los derechos políticos de una persona que ha sido drásticamente sancionada por la Procuraduría General de la Nación.

4.6.3. Violación del principio del juez natural

El artículo 278 numeral 1 de la Constitución establece que es competencia privativa del Procurador General de la Nación conocer de las situaciones que provengan de infracción flagrante del ordenamiento superior. Ello supone que en estas situaciones habría una suerte de fuero, de modo que no podría ser conocido y decidido el proceso disciplinario contra el tutelante por la Sala Disciplinaria en única instancia por delegación.

Dice esta disposición que el Procurador General de la Nación ejercerá “*directamente*”, entre otras, las funciones relacionadas con desvinculación del cargo “*al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución y la ley*”.

En el caso *sub judice*, uno de los cargos disciplinarios que le fueron formulados al tutelante fue por “*haber expedido el decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, totalmente contrario al orden jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa*” (negrillas fuera del texto), cargo este que se consolidó posteriormente en falta disciplinaria gravísima.

Si la Sala Disciplinaria estimaba que en efecto el tutelante había vulnerado en forma “total” una disposición de orden constitucional, debió en su momento, declararse incompetente para continuar con la investigación y remitirla al Procurador General de la Nación, toda vez que a él corresponde conocer privativamente en aquellos casos en los cuales un funcionario público con fuero incurra en una falta disciplinaria por “*infringir de manera manifiesta la Constitución y la ley*” (artículo 278 superior numeral 1º), por ser esta una regla de competencia

subjetiva, exclusiva e indelegable. Por esta razón, estaría en entredicho la competencia de la Sala Disciplinaria que conoció y decidió el caso.

Y no puede alegarse que se trató de una simple delegación en los términos del artículo 211 superior, pues como dejó sentado la sentencia C 205 de 2005, este mecanismo de distribución de tareas no puede llegar al extremo de anular la atribución del titular, como sucede en este caso, en la medida en que la atribución directa y exclusiva del Procurador queda vaciada de competencia. Es preciso afirmar que la delegación es una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia y, como excepción que es, debe tenerse mucho cuidado al momento de aplicarse.

4.6.4. ¿Se configura la causal del pliego cuando el juez del acto descarta su ilegalidad?

El pliego fue estructurado sobre la pretendida manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad del Decreto 564 de 2012 por afectar supuestamente el principio constitucional de libre competencia.

Consta en el proceso que dicho decreto fue demandado en acción pública de legalidad con fundamento en las referidas razones; sin embargo, el juez natural de la causa se abstuvo, en primer lugar, de suspenderlo provisionalmente y, en segundo lugar, negó las pretensiones de la demanda. Si bien es cierto se encuentra en la actualidad tramitándose el recurso de apelación del fallo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, todavía está incólume la presunción de legalidad que ampara dicho acto, toda vez que hasta este momento no ha sido suspendido ni anulado por la justicia administrativa.

Por lo anterior, estaría en entredicha la estructuración del cargo de falta disciplinaria gravísima por violación manifiesta de la Constitución y la ley por parte del tutelante.

En conclusión, considero que existían razones jurídicas suficientes para acceder a la medida provisional solicitada en la solicitud de amparo, para conjurar un perjuicio irremediable.

En los anteriores términos, dejo consignado mi criterio adicional al salvamento de voto colectivo que se ha expuesto en este escrito.

4.7. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

A continuación consigno las razones adicionales por las cuales no comparto la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sesión del 5 de marzo de 2014, mediante la cual se confirmó la sentencia del 17 de enero de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", a través de la cual se rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia.

DECISIÓN DE LA SALA PLENA

Para la Sala Plena de la Corporación, la presente acción de tutela es improcedente de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, debido a que el accionante cuenta con otro medio judicial idóneo y eficaz, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitarle al Juez de lo Contencioso Administrativo la nulidad de los actos administrativos proferidos dentro de la actuación disciplinaria No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188.

Lo anterior teniendo en cuenta que el régimen de las medidas cautelares regulado en los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, cuenta con la idoneidad suficiente para determinar la improcedibilidad de la presente acción, bajo el entendido de que el “*perjuicio irremediable*” que sirve de fundamento a la demanda, puede ser protegido mediante dichas herramientas procesales, específicamente, el de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

En efecto, en la mencionada sentencia se concluye¹⁸⁴:

“En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir a través del medio de control de nulidad restablecimiento del derecho, de eso no cabe duda; ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) porque procede para evitar un ‘perjuicio irremediable’; y iii) porque la contradicción

¹⁸⁴ Página 57 de la sentencia

que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea evidente; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo [...]"

Para sustentar tal afirmación, se realizó un análisis de los antecedentes legislativos y de la finalidad del Título V, Capítulo XI de la Ley 1437, relativo al régimen de medidas cautelares, del cual se concluyó sobre la idoneidad de dichas medidas para impedir la materialización del "*perjuicio irremediable*" que el accionante invoca en su escrito de tutela.

Más aún, se afirma que las medidas cautelares de urgencia, según la tesis mayoritaria de la Sala, pueden ser solicitadas y decretadas antes de la admisión de la demanda, incluso antes de que el interesado agote los requisitos legales de procedibilidad, que, para el caso concreto, lo era la conciliación prejudicial.

FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO DE VOTO

4.7.1. Procedibilidad de la acción de Tutela contra actos sancionatorios de funcionarios de elección popular. Reiteración del precedente constitucional

Las pruebas aportadas al proceso y la situación fáctica del caso -sanción disciplinaria (administrativa) impuesta a un funcionario elegido por voto popular-, permiten concluir que la acción de tutela de la referencia sí es procedente y debió ser estudiada de fondo por la Sala Plena.

Dicha conclusión se fundamenta en los siguientes argumentos:

4.7.1.1.- Los mecanismos judiciales previstos por el legislador para atacar los actos administrativos sancionatorios no son, para el caso concreto, idóneos y eficaces, debido a que las pretensiones de la demanda, la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales en tensión -derecho al debido proceso, a elegir, ser elegido y a ejercer y desempeñar funciones públicas- y, de forma prevalente, la limitación temporal del disfrute de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 de la Constitución, requieren de una perspectiva *ius fundamental* para resolver el problema jurídico planteado.

El Juez Administrativo al estudiar la demanda por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está determinado por la confrontación del acto administrativo demandado con el ordenamiento jurídico -legal o constitucional-, en tanto que la protección, propiamente dicha de los derechos fundamentales se surte por vía de la acción de tutela.

Lo dicho, claro está, sin perjuicio de la discusión acerca de la posibilidad de evitar la materialización los “perjuicios irremediables”, mediante el ejercicio de las medidas cautelares -suspensión del acto-, situación que se desarrollará más adelante.

4.7.1.2.- Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para cuestionar actos administrativos que imponen una sanción disciplinaria, la Corte Constitucional en SU-712 del 17 de octubre de 2013, sentó el siguiente precedente:

“De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente deben acreditarse los elementos característicos del perjuicio irremediable, que para estos eventos pueden reseñarse en los siguientes términos:

(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso”.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos”. En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable.

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia cuando “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”. Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”

En esa misma sentencia, para llegar a la conclusión de que la tutela era procedente, la Corte efectuó el siguiente análisis:

“3.3.- Procedencia de la tutela en el asunto bajo revisión

Atendiendo los criterios trazados por la jurisprudencia constitucional y las especificidades del caso objeto de examen, la Corte considera que la acción de tutela efectivamente es procedente para reclamar la protección de los derechos invocados por la ciudadana Piedad Esneda Córdoba Ruíz. Ello se explica por las siguientes razones:

- (i) En primer lugar, la demandante ha expuesto argumentos serios y razonables para controvertir la constitucionalidad de la sanción impuesta, relacionados con las garantías institucionales de los congresistas y específicamente con la prohibición de ser despojados de su investidura por una autoridad diferente al Consejo de Estado, y no a través de un acto emanado de una autoridad que no es de naturaleza judicial sino administrativa. Adicionalmente, ha cuestionado la competencia de la Viceprocuradora para decidir la recusación formulada contra el jefe del Ministerio Público, teniendo en cuenta que este último es el nominador de aquélla.
- (ii) En segundo lugar, de las sanciones impuestas se derivan para la accionante graves perjuicios, en tanto no podrá ejercer sus derechos políticos fundamentales, concretamente el derecho a ejercer como Senadora de la República durante el periodo para el cual fue elegida y a ocupar cargos públicos por un término de dieciocho (18) años, con lo cual “se impone una importante restricción temporal al ejercicio de los derechos políticos de rango fundamental”¹⁸⁵. Al respecto la Corte aclara que la sanción disciplinaria no implica por sí sola la afectación ilegítima de sus derechos, ni tampoco configura un daño irreparable; no obstante, la interrupción de sus derechos durante el periodo para el cual fue democráticamente elegida sí la afecta de manera sensible, “porque de esta forma se habría truncado su proyecto político y diluido, por consiguiente la responsabilidad asumida”¹⁸⁶. En la misma línea argumentativa debe recordar que existe un perjuicio irremediable “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”¹⁸⁷.
- (iii) En tercer lugar, concordante con lo anterior, la limitación de sus derechos es el resultado de una sanción disciplinaria que ya se ha hecho efectiva, lo que da certeza sobre la materialización del daño causado.

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1137 de 2004.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006. En el mismo sentido pueden consultarse las Sentencias T-1093 de 2004, T-1137 de 2004 y T-778 de 2005, entre otras.

(iv) En cuarto lugar, se ha restringido el ejercicio de derechos fundamentales de notoria valía en una democracia constitucional, con alcance en todos los foros públicos (inhabilidad general para ejercer cargos públicos) y durante un prolongado espacio de tiempo (18 años).

(v) En quinto lugar, debe tenerse en cuenta la vocación temporal del cargo de Senadora de la República que la accionante venía desempeñando (periodo 2010-2014). En este sentido la Corte precisa que *si bien es cierto que la peticionaria cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo ordinario para controvertir la sanción disciplinaria impuesta, también lo es que en su caso concreto dicho instrumento no se ha reflejado como idóneo ni eficaz para conjurar el daño derivado de la presunta violación de sus derechos fundamentales.*

(...)

(vi) Por último, la Sala constata que *la controversia planteada adquiere notable relevancia constitucional y exige la intervención directa de esta Corporación. En este sentido, es inaplazable que la Corte Constitucional determine con precisión cuál fue el diseño adoptado en la Carta de 1991 en lo relativo a las atribuciones y límites disciplinarios del Procurador General de la Nación respecto de los Congresistas de la República.*

En este orden de ideas, la Corte concluye que la peticionaria estaba autorizada para acudir a la acción de tutela, como en efecto lo hizo, siendo un instrumento idóneo para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales presuntamente afectados. Con ella se busca impedir la exclusión en el ejercicio de un derecho político de quien *“ya ha sido elegida mediante voto popular para ocupar un cargo en una corporación pública”*; derecho que se ejerce en momentos constitucionales previamente definidos que no son susceptibles de aplazamiento, prórroga, suspensión o sustitución, donde *“cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”*¹⁸⁸.

Con todo, es importante advertir que la procedibilidad de la acción de tutela de ninguna manera significa que se hayan vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la peticionaria. Solamente activa la competencia del juez constitucional para abordar el análisis de fondo y determinar si hay lugar o no a conceder el amparo, asunto del cual entra a ocuparse la Sala.” (Subrayas propias)

Sólo bastaría sustituir el nombre de de la servidora pública que instauró la anterior tutela, por el del señor Petro Urrego, para concluir que es procedente la presente acción.

Con mayor razón en este caso, donde se trata de un cargo unipersonal, no de lista o corporación pública.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005.

4.7.1.3.- En la providencia aprobada por la Sala Plena no se hace mención a este precedente constitucional y, por ende, no se desarrollan dichos criterios jurisprudenciales.

Además, el “*test de procedibilidad*” transcrito era determinante para el sentido de la decisión, al punto que hubiera podido modificarla. De haberse efectuado, se hubiera concluido que la acción de tutela de la referencia sí era procedente para exigir la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor Petro Urrego:

4.7.1.3.1.- En el escrito de tutela el accionante expuso argumentos concretos, serios y razonables para controvertir la sanción impuesta (destitución e inhabilidad), los cuales estaban orientados a desvirtuar la potestad de la Procuraduría General de la Nación para restringir los derechos políticos de un funcionario público elegido popularmente.

Adicionalmente, se cuestionó: i) el valor probatorio que la entidad demandada le dio a los elementos de juicio aportados al expediente disciplinario, ii) los fundamentos jurídicos de los cargos imputados (atipicidad), iii) el desconocimiento del principio *pro homine*, iv) la imparcialidad del señor Procurador General de la Nación y, v) la competencia de la Sala Disciplinaria de la referida entidad para proferir el acto administrativo de sanción.

4.7.1.3.2.- La sanción disciplinaria impuesta, notificada el 31 de enero de 2014, se traduce en graves perjuicios para el señor Petro Urrego debido a que no podrá ejercer sus derechos políticos fundamentales, específicamente el derecho que tiene a desempeñarse en el cargo de Alcalde Distrital durante el período en el que fue elegido –desde el año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015-, a más de la imposibilidad de postularse para ocupar y desempeñar cargos públicos por un término de quince (15) años, lo que impone una restricción que puede calificarse como perpetua –muerte política-, dada la drasticidad de la sanción accesoria que supera la entidad de la principal, afectando la proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

4.7.1.3.3.- La limitación de los derechos fundamentales del accionante tiene como fundamento una sanción disciplinaria con consecuencias graves, cuyos perjuicios

son ciertos e inminentes. La ejecución del acto administrativo apareja la separación del cargo, el que se ejerce por un período determinado de tiempo - 4 años -.

4.7.1.3.4.- Los derechos fundamentales que se restringen al demandante se relacionan con la posibilidad de ser elegido y, por lo tanto, de elegir, en lo relacionado con el grupo poblacional que confía en su proyecto político, pilares en que se funda la democracia constitucional colombiana.

4.7.1.3.5.- Si bien es cierto que el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo ordinario para controvertir la sanción disciplinaria impuesta, en el caso concreto dicho instrumento no es idóneo ni eficaz para conjurar el daño derivado de la presunta violación de sus derechos fundamentales, debido a la temporalidad del cargo para el cual fue elegido y la demora de la Administración de Justicia en el trámite y resolución de los procesos ordinarios, más si se tiene en cuenta que, por la naturaleza del asunto, se debe agotar previamente el requisito de conciliación prejudicial.

Súmese que las medidas cautelares previstas por el legislador para el proceso ordinario no tienen la virtualidad de proteger de manera inmediata y eficaz los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados, en la medida en que su regulación es más rigurosa y requiere el cumplimiento de unos requisitos que no se exigen para la acción de tutela.

No puede perderse de vista, además, que el precedente constitucional admite hacer uso de la acción de tutela aún cuando existe la eventualidad de la suspensión provisional o ésta se haya denegado en un proceso contencioso administrativo, en vista de que la acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios, siempre, bajo el entendido de que la acción de tutela prevalece sobre la acción contencioso administrativa, por lo que no puede quedar anulada o limitada por la posibilidad de solicitar medidas cautelares en un proceso ordinario.

En palabras de la Corte Constitucional¹⁸⁹:

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia.

La acción de tutela que como se dijo antes prevalece sobre la acción contenciosa administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes.

Estima la Corte, que con fundamento en el principio de la efectividad de los derechos que consagra la Constitución, le corresponde al juez de tutela decidir sobre la protección de los derechos constitucionales fundamentales, en forma oportuna, aún antes de la conclusión del proceso contencioso administrativo que se hubiere instaurado, mediante la adopción de medidas provisionales que aseguren su goce y vigencia, en situaciones que comprometan su violación o amenaza y en extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones irreparables”. (Subrayas propias)

4.7.1.3.6.- Por último, la controversia planteada por el actor es de evidente relevancia constitucional, toda vez que se busca impedir la exclusión en el ejercicio de un derecho político de quien fue elegido mediante voto popular para ocupar el cargo de Alcalde Distrital; derecho que se ejerce en un momento constitucional previamente definido, no susceptible de aplazamiento, prórroga, suspensión o sustitución, donde “cada día que pasa equivale a la imposibilidad

¹⁸⁹ Sentencia SU-039 de 1997. Posición reiterada en las sentencias T596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, T-513 de 2003, T-435 de 2005, T-609 de 2005, T-948 de 2009, T-498 de 2011, SU-712 de 2013, entre otras.

*absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública*¹⁹⁰.

4.7.1.4.- En conclusión, parafraseando a la Corte Constitucional, si bien es cierto que en principio existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las circunstancias del caso ameritan la intervención directa del Juez Constitucional, ya que se la vía ordinaria no se constituye en un mecanismo judicial idóneo para asegurar una protección oportuna de los derechos fundamentales del accionante, en tanto se trata de la restricción de derechos políticos que se ejercen en periodos constitucionales específicos y, que, por su naturaleza, no pueden ser objeto de aplazamiento o prórroga de ninguna clase, especialmente cuando se cuestiona la existencia de competencias constitucionales para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular.

4.7.2. Medidas cautelares ordinarias. Diferencia con la acción de tutela.

4.7.2.1.- Si bien es cierto que las medidas cautelares representan una herramienta efectiva para garantizar la integridad de los derechos en litigio o, en su defecto, los efectos de la sentencia a proferir, también lo es que, frente a las circunstancias del caso concreto -sanción de un funcionario elegido popularmente para un periodo constitucional determinado-, dichas medidas no resultan ser un mecanismo idóneo y eficaz; lo que se debate mediante el ejercicio de la presente acción de tutela, no es la nulidad del acto administrativo sancionatorio, sino la vulneración de los derechos fundamentales que este implica.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la acción de tutela es una pretensión o proceso judicial autónomo cuya finalidad es la protección de derechos fundamentales y un restablecimiento *in natura* de los mismos.

En virtud de la acción de tutela se puede requerir de la autoridad judicial la protección inmediata de uno o varios derechos fundamentales, aún ante la existencia de otro medio judicial ordinario de defensa, sin importar la relación que dicha solicitud de protección tenga con las pretensiones de una eventual demanda ordinaria o, de ser el caso, con la legalidad de las decisiones del Estado, para las

¹⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005.

cuales si están previstas las medidas cautelares de los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437.

4.7.2.2.- Por su parte, las medidas cautelares ordinarias tienen como finalidad garantizar la efectividad de las pretensiones de la demanda o, en últimas, la protección de los efectos de la correspondiente sentencia, lo que supone la existencia previa de un proceso judicial, en tanto la decisión del Juez encuentra límite en las pretensiones de la demanda.

Así lo dispone el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, al consagrar que las medidas cautelares *“deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda”*.

4.7.2.3.- Las medidas cautelares, según lo dispone el artículo 229 de la Ley 1437, se pueden decretar en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier otro estado del proceso, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

De ello, se colige, tal como lo ha sostenido también la doctrina nacional y extranjera¹⁹¹, que para que pueda hablarse de medida cautelar, necesariamente debe existir un proceso o, al menos, haberse presentado una demanda en forma (artículo 233 de la Ley 1437).

Por consiguiente, no es propiamente una pretensión sino una cautela que busca garantizar aquella, lo que le resta la autonomía que la mayoría de la Sala quiere atribuirle.

Por eso, se ha sostenido que la cautela o medida cautelar: i) pretende asegurar los efectos que ha de producir una sentencia futura, ii) debe ir acompañada de la demanda principal, iii) no existe ni subsiste sin un proceso principal, iv) se toma con fundamento en el *periculum in mora*, es decir, para suplir la demora en el trámite del proceso principal, en aras de *“asegurar”* los efectos de la sentencia en

¹⁹¹ Al respecto se puede consultar: QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “Procesos y Medidas Cautelares”, Bogotá: OKEY Impresores, 2ª Edición, 1991. PALACIO, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 7ª Edición.

caso de que sea favorable al demandante y, v) para que proceda, se debe demostrar la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal del proceso ordinario.

Recuérdese que,

“Dado, pues, que las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, y se hallan encaminadas a asegurar el resultado práctico de otro proceso, parece claro, en primer lugar, que aquéllas caducan con motivo de la sentencia que, en ese proceso, desestima la pretensión deducida por quien las obtuvo.

(...)

En segundo lugar, las medidas cautelares son modificables o mudables, característica que debe apreciarse con referencia a la adaptación de la medida a las necesidades de cada caso particular.”¹⁹²

4.7.2.4.- En ese orden de ideas, otorgarle esa autonomía, al afirmar que puede solicitarse antes de la demanda y sin agotar requisitos de procedibilidad como la conciliación, desconoce su naturaleza y razón de ser.

4.7.2.5.- El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437- en lo relacionado con las medidas cautelares, contiene disposiciones que lo diferencian del régimen de medidas cautelares del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-.

En ese sentido, la referida norma establece un sistema aplicable a cualquier medio de control y un catálogo más amplio de medidas provisionales, dentro de las que encontramos las preventivas, las conservativas, las anticipativas y de suspensión, consistentes en:

- a) Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante.
- b) Suspender un procedimiento o actuación administrativa.
- c) Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
- d) Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra.

¹⁹² *Ibíd*em, pág. 302

- e) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Dichas medidas, se reitera, buscan proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Pero, debe resaltarse que, a diferencia de las demás, la suspensión provisional de un acto administrativo, no se decreta, en sí, a causa del *periculum in mora*, esto es, ante el “*peligro amenazador e inminente*”¹⁹³ que ponga en peligro la satisfacción máxima de la pretensión del demandante, sino, en palabras del artículo 231 de la Ley 1437, “*por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandando y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

4.7.2.6.- En vigencia del régimen contencioso administrativo anterior –Decreto 01 de 1984-, la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos, estaba condicionada a la verificación de los siguientes requisitos:

- a) Que la solicitud hubiera sido presentada y sustentada de modo expreso, ya sea con el escrito de la demanda o en documento separado, siempre que dicha presentación se hubiera hecho antes de ser admitida la demanda.
- b) En el evento en el que se solicitara, además de la nulidad del acto administrativo demandado, el restablecimiento de un derecho, se debía acreditar, al menos sumariamente, la ocurrencia del perjuicio derivado de la ejecución del acto demandado, el cual podía ser actual, eventual o inminente.

Adicionalmente, para que procediera la suspensión provisional del acto demandado, debía existir una “*manifiesta ilegalidad*” o una “*ilegalidad evidente*” frente a las normas superiores que se indicaban como violadas, la que debía resultar del simple cotejo entre el acto demandado y las normas alegadas como transgredidas.

En otras palabras, tal ilegalidad debía ser el resultado del simple cotejo entre el acto cuestionado y el ordenamiento jurídico, sin que fuere necesario un estudio exhaustivo de las normas invocadas¹⁹⁴.

4.7.2.7.- En lo que tiene que ver con la suspensión provisional de los actos administrativos, la Ley 1437 reguló de manera similar esta medida cautelar en relación con lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984.

La única diferencia radica en la eliminación del requisito de la “*manifiesta ilegalidad*”, que restringía el estudio de la solicitud en vigencia del anterior código y en el traslado previo que impone el artículo 233 *ibídem*.

Aunque fundamental, dicha modificación no convierte la suspensión provisional en un mecanismo eficaz e idóneo para amparar derechos fundamentales, pues si bien amplía la competencia del juez a la confrontación del acto demandando con las normas que se invoquen como violadas, ello, por sí solo, no la convierte en un mecanismo que tenga la virtualidad de remplazar a la acción de tutela para hacer efectivos los derechos fundamentales de los administrados, porque esa ponderación debe hacerse atendiendo las circunstancias particulares y concretas del caso y del solicitante.

La suspensión provisional de los actos administrativos sigue estando supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos legales que, tratándose de vulneración de derechos fundamentales, le resta eficacia e idoneidad a la medida, en tanto su finalidad no es la protección de los derechos, sino garantizar provisionalmente el objeto del proceso y restablecer, provisionalmente, la legalidad de las actuaciones administrativas, hasta tanto se profiera una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada.

4.7.2.8.- Por lo anterior, se reitera, encuentra desacertado que la Sala hubiese considerado que “*el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar **previamente** al agotamiento de la conciliación prejudicial*”, pues la

¹⁹³ QUIROGA CUBILLOS, Op. Cit, pág. 33

¹⁹⁴ Ver Consejo de Estado Sentencia del veintiuno de febrero de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón; Sentencia del ocho de mayo de 2003, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera Auto de febrero 19 de 2004, exp.26054 de agosto 25 de 2005.

suspensión provisional no obedece a la gravedad, inminencia y urgencia de proteger un derecho del demandante o de evitar la causación de un perjuicio irremediable, sino al restablecimiento del ordenamiento jurídico ante la violación de normas superiores por parte del acto acusado.

No obstante, aún si la suspensión provisional se solicitara y decretara como una medida cautelar de urgencia, no es posible, de ninguna manera, que se omita el cumplimiento de un requisito de la demanda, como lo es, la conciliación prejudicial.

Obsérvese que el artículo 234 de la Ley 1437, que regula el trámite de las medidas cautelares de urgencia, parte del hecho de que la solicitud de suspensión provisional se presentó junto con la demanda en forma. En otras palabras, el legislador, en aras de garantizar la idoneidad y eficacia de las medidas cautelares de los procesos ordinarios, no modifica o elimina requisitos de la demanda, sino que simplifica el procedimiento de las medidas cautelares, obviando la notificación y traslado de la solicitud a la contraparte de que trata el artículo 233 *ibídem*.

Mucho menos, puede admitirse la solicitud de suspensión provisional sin que se haya presentado la demanda, pues, como se resaltó en la sesión de la Sala Plena del día 24 de febrero de los corrientes, no es posible decretar una medida de tal naturaleza sin tener certeza, siquiera, de la caducidad de la acción, la competencia para conocer del proceso y la "*judicialidad*" del asunto a tratar.

Admitir la tesis contraria, se repite, es darle vida autónoma a las medidas cautelares, lo que contradice la ley y soslaya el requisito de conciliación prejudicial. Con esa interpretación, desaparecería, en todos los casos dicho requisito –la conciliación–, pues en todos se podrían solicitar medidas cautelares de urgencia.

4.7.2.9.- Por último, se insiste, el restablecimiento *in natura* de los derechos fundamentales sólo puede realizarse mediante la acción de tutela, no de las medidas cautelares, por la naturaleza, características y finalidad de aquella, ya que el estudio de la vulneración de los derechos fundamentales no requiere el cumplimiento de ningún requisito especial.

La tutela no busca asegurar la pretensión de un proceso ordinario, sino materializar la protección de derechos fundamentales vulnerados. No es una

acción indemnizatoria, no está diseñada para resolver asuntos litigiosos ni para declarar un derecho.

Este mecanismo judicial autónomo, está previsto para hacer prevalecer un derecho que ya tiene condición de tal y que es de carácter fundamental.

4.7.3. Ausencia de idoneidad y eficacia de la suspensión provisional en el caso concreto

4.7.3.1.- De la fundamentación del escrito de tutela se advierten argumentos serios que atacan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento disciplinario que concluyó con la sanción de destitución e inhabilitación del señor Petro Urrego.

De ahí que resulte necesario realizar un pronunciamiento judicial de fondo sobre la violación de los derechos fundamentales invocados por el actor, debido al perjuicio irremediable que se puede ocasionar con el trámite de del proceso ordinario e, incluso, con la decisión de las medidas cautelares que se llegaren a solicitar.

4.7.3.2.- El señor Petro Urrego fue electo para ejercer como Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá desde el año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, por lo que no admitir la procedencia de la presente acción comportaría, de manera inmediata, la imposibilidad de culminar el período para el cual fue elegido, en detrimento de sus derechos políticos y el de sus electores, y la de postularse para ocupar y desempeñar cargos públicos por el término de quince (15) años, dada severidad de la sanción accesoria impuesta.

No puede perderse de vista que en caso de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo declare nulos los actos administrativos sancionatorios en virtud del un proceso ordinario, el restablecimiento del derecho sólo podría ser económico, pues las cosas no pueden devolverse, en ningún caso, al estado anterior; no puede darse un restablecimiento *in natura* de los derechos al debido proceso, a elegir y ser elegido y a ejercer y desempeñar funciones públicas, dadas las características específicas del caso que se estudia.

4.7.3.3.- En esas condiciones, se insiste, el perjuicio que se le causa al señor Petro Urrego con la sanción impuesta –imposibilidad de culminar su período como

Alcalde y desempeñar cargos públicos por el término de quince años-, cumple las condiciones de ser cierto e inminente, ya que sólo se está a la espera de su ejecución.

Perjuicio que se califica de grave en la medida en que, además involucrar los derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre, asuntos de gran importancia para el cargo que ocupa, cercena la ejecución del programa político por el que fue elegido.

Y, es de urgente atención, por cuanto es necesario prevenir o mitigar su ocurrencia, en caso de que se logre acreditar que la sanción se impuso con violación de las garantías constitucionales, por lo que se requiere un medio eficaz e idóneo que logre, en tiempo, la protección de los derechos fundamentales, que no es otro que la acción de tutela.

4.7.3.4.- Como se explicó en el aparte anterior, no es posible comparar la eficacia e idoneidad de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales, con la finalidad y eficacia de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos, que está prevista, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, para restablecer el ordenamiento jurídico de manera provisional, mientras se dicta una sentencia definitiva.

Recuérdese que para poder solicitar la suspensión provisional de los actos sancionatorios, el señor Petro Urrego deberá instaurar primero una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual deberá agotar previamente el requisito de conciliación prejudicial contenido en los artículos 32 de la Ley 640 de 2001, modificado por el 52 de la Ley 1395 de 2010, 13 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó el artículo 42A a la Ley 270 de 1996, y 161 de la Ley 1437.

4.7.3.5.- Así las cosas, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo idóneo para la protección inmediata y urgente que se requiere en el presente asunto, aún si se decretare la suspensión provisional del acto sancionatorio dentro de los términos establecidos en la ley, pues éstos, junto con los requisitos que se debe cumplir, son mayores y más exigentes que los previstos para la acción de tutela.

4.7.3.6.- Hipotéticamente hablando, en el mejor de los casos, la suspensión provisional de los actos sancionatorios se decretaría el 11 de julio de 2014, cuando ya, seguramente, se habría elegido el reemplazo del Alcalde destituido, lo que hace ineficaz el medio de control y la medida provisional.

Veamos:

4.7.3.6.1.- El acto que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Petro Urrego contra la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación fue notificado el 31 de enero de 2014.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º, literal d), del artículo 164 de la Ley 1437, el actor cuenta con cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento, es decir hasta el 3 de junio del presente año, teniendo en cuenta que es el primer día hábil después del vencimiento del término.

4.7.3.6.2.- Como requisito previo a la presentación de la demanda se requiere agotar el trámite de la conciliación extrajudicial, tal como lo establece el artículo 161 de la Ley 1437, la que debe intentarse dentro del mismo término de caducidad del medio de control.

4.7.3.6.3.- Una vez presentada la solicitud de conciliación, se suspende hasta por tres meses el término de caducidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, vencido el cual se reanuda el plazo para demandar.

Lo anterior significa que de presentarse la petición conciliatoria desde el mismo 31 de enero, se tendría hasta el 2 de mayo para lograr la conciliación.

De ser fallida, se reanuda el término de caducidad el día 5 de mayo, por ser el 1º día festivo, con lo cual podría presentar la demanda hasta el día 5 de septiembre.

4.7.3.6.4.- Si se presentare la demanda, el 6 de mayo de 2014 y se solicitare la suspensión provisional de los actos, el Juez, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 233 de la Ley 1437, debe correr traslado de tal petición a la parte demandada para que se pronuncie sobre ella en el término de 5 días.

Partiendo del supuesto de que el reparto de la demanda se realice el 7 de mayo, el Juez profiera el auto de traslado a más tardar al día siguiente, esto es el 8 de mayo, y se notifique personalmente a la Procuraduría el 9 de mayo, los cinco días hábiles para que el demandado se pronuncie correrían hasta el 16 del mismo mes.

4.7.3.6.5.- De acuerdo con el 233 de la Ley 1437, el Juez deberá decidir la solicitud de medida cautelar dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del traslado, es decir, el 30 de mayo de 2014.

Si se decreta la medida el auto es susceptible de apelación o de súplica, dependiendo de la instancia y, si se niega, tendrá recurso de reposición.

4.7.3.6.6.- Partiendo del hecho de que el Juez decreta la suspensión provisional mediante auto del 30 de mayo, notificado en estado del 3 de junio, la Procuraduría puede interponer recurso hasta el 6 de junio de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 de la Ley 1437, escrito del que se debe dar traslado a los demás sujetos procesales por el término de tres días, esto es, hasta el 11 de junio de 2014.

4.7.3.6.7.- Como lo dispone el artículo 236 de la Ley 1437, el recurso debe ser decidido dentro de los veinte días calendario siguientes a su interposición, lo que significa que el Juez de segunda instancia tiene hasta el 11 de julio de 2014 para tomar la decisión.

4.7.3.6.8.- Así pues, dada la hipótesis expuesta, el señor Petro Urrego podría, en el mejor de los casos, suspender la ejecución del fallo disciplinario a partir del mes de julio de 2014, a pesar de que una vez en firme el acto sancionatorio, se puede ejecutar el mismo, lo que implica la destitución y, por ende, el inicio de las elecciones atípicas.

4.7.3.6.9.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, bajo la hipótesis propuesta, esto es, que el acto sancionatorio fuese ejecutado, i) el 4

de febrero debería convocarse a elecciones, ii) dentro de los 15 días calendario siguientes se deberían inscribir los posibles candidatos (hasta el 25 de febrero) y, iii) pasados 40 días se procedería a realizar la elección (6 de abril), esto es, mucho antes de que se decreta la suspensión provisional del acto sancionatorio.

En ese orden de ideas, para cuando se decida en la vía ordinaria sobre la suspensión provisional -11 de julio de 2014, en el mejor de los casos, se insiste-, ya habrá sido elegido el reemplazo del Alcalde destituido, por lo que la suspensión del acto sancionatorio carecería de idoneidad y eficacia.

4.7.3.7.- En todo caso, sea cual fuere la fecha de presentación de la solicitud de conciliación y de la respectiva demanda con solicitud de suspensión provisional de los actos sancionatorios, es claro, según las normas que rigen la materia, que dicho trámite lleva más tiempo que la elección de un nuevo Alcalde y, mucho más, que el de la acción de tutela, por lo que no puede sostenerse su eficacia e idoneidad en el caso concreto.

4.7.4. Conclusiones

En cumplimiento del precedente constitucional en el caso concreto, la acción de tutela es procedente, como mecanismo principal y autónomo, para estudiar la vulneración de derechos fundamentales ocasionados con actos sancionatorios de funcionarios de elección popular, siempre que se trate de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución.

Como en el presente caso lo que se pretende es la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a elegir, ser elegido y a ejercer y desempeñar funciones públicas, se debe estudiar el fondo del asunto y tomar la decisión que en derecho corresponda para proteger y restaurar *in natura* los derechos fundamentales, en caso de encontrarse vulnerados.

La medida cautelar de suspensión provisional del acto sancionatorio no es eficaz ni idónea para proteger los derechos fundamentales del accionante, en tanto está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos formales y de procedimiento, a la presentación de una demanda ordinaria en forma y al agotamiento previo del requisito prejudicial de la conciliación, lo que dificulta que la medida se tome en tiempo oportuno para asegurar la protección inmediata de los derechos

fundamentales vulnerados, habida cuenta que el periodo como Alcalde Distrital es de cuatro años y que una vez destruido del cargo procede elecciones atípicas para su reemplazo.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones de mi salvamento de voto.

4.8. DANILO ROJAS BETANCOURTH

4.8.1. La sentencia de la que me aparto presenta, a mi juicio, varios equívocos formales y sustanciales. Los primeros tienen que ver con (I) la exclusión de una decisión adoptada sobre la no temeridad y (II) la paradoja de incluir la competencia del procurador general de la Nación en un asunto en el que se afirmó la existencia de otro medio de defensa judicial para la defensa de los derechos presuntamente vulnerados al alcalde Gustavo Petro. Los segundos refieren (III) el tratamiento dado a la (in)eficacia e (in)idoneidad de la tutela en este caso y (IV) al tema mismo de la competencia del procurador.

La decisión sobre no temeridad

4.8.2. La sentencia definitiva debió incluir como parte de su argumentación y decisión, el único aspecto que fue debatido (ampliamente por cierto), votado y aprobado por la mayoría de la Sala -16 votos contra 9, según consta en actas-. La mayoría de la Sala, sin embargo, decidió no hacerlo. Se trata del tema de la temeridad. Cuando el magistrado Guillermo Vargas Ayala presentó su ponencia en la Sala, algunos magistrados iniciaron el debate diciendo que se trataba de un caso en el que habría temeridad y que a pesar de no estar ese aspecto incluido en el proyecto de sentencia, debía ser debatido.

4.8.3. Así se hizo y con razón, pues de haberse aprobado por el Consejo de Estado que había temeridad en la presentación de la tutela, la norma pertinente (art. 38 del Decreto 2591/91) establece una consecuencia radical consistente en la negativa de todas las tutelas presentadas e incluso una eventual investigación disciplinaria. Luego de debatir día y medio el asunto, la Sala votó en la forma señalada y con ello decidió no solo que no había temeridad, sino que se habilitó la

continuación del debate sobre los otros aspectos que traía el proyecto. Pero los demás temas que contemplaba el proyecto inicial, presentado por el magistrado Vargas Ayala, esos sí fueron derrotados -14 votos contra 11, según consta en actas-.

4.8.4. La ponencia de mayorías –que correspondió al magistrado que en orden alfabético sigue en turno, el doctor Alfonso Vargas Rincón- debió entonces y necesariamente incluir la reflexión y decisión adoptada por la Sala en la que se concluyó por 16 votos, que no había temeridad en la presentación de la tutela de Gustavo Petro Urrego. El argumento que se esgrimió en la Sala para desestimar esta expresa solicitud hecha por algunos magistrados, consistente en que el proyecto inicial había sido derrotado y que la nueva ponencia no incluía tal tema, desestima al menos tres realidades: (i) que conforme al reglamento de la Corporación es posible votar por separado algunos aspectos de los proyectos que se presentan y debaten en la Sala; (ii) que hechas las votaciones sobre tales aspectos –argumentos y decisiones-, si se obtiene la mayoría exigida, quedan en firme y deben ser acatadas, aun cuando otros aspectos del mismo proyecto sean derrotados, como ocurrió en este caso y (iii) al igual que en el proyecto de mayorías, en el proyecto inicial la temeridad tampoco fue un tema inicialmente incluido en la ponencia y solo a petición de la Sala –una vez realizado el primer día de debate- el ponente Guillermo Vargas Ayala incorporó como parte del texto un apartado sobre la ausencia de temeridad de la tutela, el cual, como ya se indicó, no fue derrotado. Si se quiere –y sin perjuicio de lo que adelante indicaré sobre la competencia del procurador- fue el único tema del proyecto inicial que obtuvo la mayoría requerida reglamentariamente para considerarse aprobado en Sala Plena Contenciosa.

La paradoja de declarar ineficaz la tutela y sin embargo avanzar sobre el fondo del caso

4.8.5. La Sala igualmente decidió incluir como parte de su argumento, el tema de la competencia del procurador general de la Nación. Sin embargo, previamente decidió –y es lo fundamental de la sentencia definitiva- que había otro medio de defensa judicial más eficaz e idóneo que la acción de tutela. Argumentar y decidir de esta forma entraña una evidente paradoja: o se falla el fondo del asunto –entre ellos especialmente el tema de la competencia del procurador- y entonces hay que necesariamente admitir que la tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para

hacerlo; o se decide que hay otro mecanismo de defensa judicial más eficaz e idóneo que la tutela, lo que impone entonces entrar a fallar de fondo. Pero la mayoría optó por ambas fórmulas que, como se ve, son excluyentes: resolvió que había otro mecanismo de defensa más eficaz que la tutela y, sin embargo, afirmó la competencia del procurador para sancionar con destitución al alcalde Gustavo Petro. Además de ser un añadido argumental inexplicable, merced a la decisión previamente establecida –como ocurriría si se decide que no se es competente pero a continuación se falla de fondo-, constituye por contera un evidente *obiter dicta*, pues en la parte decisoria de la sentencia, nada se dijo sobre tal competencia, como no podía ser de otro modo.

Eficacia de la tutela y de las medidas cautelares del CPACA

4.8.6. No parece existir duda acerca de que, en el papel, las medidas cautelares del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, son más eficaces que la acción de tutela cuando se trata de examinar la posible violación de derechos con la expedición de actos administrativos. Quien mejor expuso este argumento durante el debate fue el magistrado Alberto Yepes Barrero y su aclaración de voto da buena cuenta de ello. Pero basta constatar, de un lado, los términos legales establecidos para el estudio y decisión de tales medidas cautelares, los recursos permitidos, la posibilidad de levantar la medida previa constitución de caución; y de otro, las prácticas judiciales en el contencioso administrativo -que muestran el alargamiento de dichos términos por distintas razones, en especial por congestión laboral-, para concluir que, en casos como el que estudió la Sala a instancias del alcalde Petro Urrego, la tutela es y continúa siendo el mecanismo más idóneo y eficaz al analizar la posible vulneración de derechos fundamentales proveniente de actos administrativos sancionatorios.

Y ello es aplicable incluso de las medidas cautelares de urgencia (art. 234 del CPACA), pues no es concebible su decreto sin que se haya admitido la demanda; de lo contrario, se podría incurrir en situaciones indeseables e injurídicas como que luego de ordenar medidas cautelares, se observe al admitir la demanda que no se era competente, o que no se tenía jurisdicción, o que la acción estaba caducada.

Si se trataba de aplicar la normativa que consagra las medidas cautelares del CPACA y con ello -como se dijo en el debate en una suerte de reivindicación del nuevo código y sus principales mecanismos de protección de derechos-, dar realce a las nuevas potestades del juez administrativo, bien podía la Sala entonces aplicar tales las medidas precautelativas en el proceso de tutela, como se autoriza en el parágrafo del artículo 229 del mencionado código, lo que procede incluso de oficio. A pesar de la claridad de la norma y de su complementariedad con el artículo 7 del Decreto 2591/91, la Sala desestimó su aplicación.

Distinto es que como la presunta violación del derecho fundamental proviene de un acto administrativo –la sanción disciplinaria proferida por la Procuraduría General de la Nación-, lo procedente es la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable. Pero en este punto la mayoría consideró que no existía tal perjuicio en la medida en que el actuar de la Procuraduría había sido legal y legítimo. Para llegar a dicha conclusión citó una sentencia de la Corte Constitucional (T-570 de 2007) que usa tales términos pero en un contexto distinto, como puede verse en la transcripción que aparece en la sentencia de la que me separo.

Y es que no puede ser de otra forma, pues resulta cuando menos curioso que, si se admite por la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, la procedencia de la tutela frente a actos administrativos como mecanismo transitorio, se diga que el perjuicio irremediable existe solo cuando los mismos sean expedidos de forma ilegal o ilegítima –como cuando se expide sin competencia, ejemplifica la sentencia-, pues resulta que si algo caracteriza los actos administrativos es, precisamente, la presunción de legalidad –si se quiere de legitimidad también, para no entrar en las honduras que supone la distinción de estos dos conceptos-. Decir que el acto tiene que ser ilegal o ilegítimo para que se pueda configurar el perjuicio irremediable, es una genuina petición de principio, pues se da por sentado lo que en el estudio de la tutela debe ser objeto de esclarecimiento, a saber, si el acto presuntamente legal, es ilegal (o ilegítimo).

Entonces el carácter del perjuicio irremediable había que buscarlo por otra vía, tal como se hizo en la ponencia inicial –hoy constitutiva del salvamento de voto del magistrado Guillermo Vargas Ayala-, en donde se pusieron de presente aspectos normativos –como la protección de derechos políticos- y fácticos –como el desarrollo de un programa de gobierno del alcalde destituido, en un periodo

electoral en curso-. A tales consideraciones, que aparecen al inicio de estos salvamentos de voto (apartado II-B) y que suscribo en su totalidad, me remito para justificar mi posición acerca de la existencia de un perjuicio irremediable en el presente caso. En todo caso es importante resaltar que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la procedencia transitoria de la tutela en casos como el presente por el truncamiento que tendría un proyecto político sin solución de continuidad (sentencia T-1137/2004) y por el carácter temporal de ciertos derechos fundamentales (sentencia T-1039) (véase al respecto también el análisis hecho en el salvamento del magistrado Jaime Orlando Santofimio –apartado 2.3.3.-).

La competencia del Procurador General de la Nación

Ya he señalado que la sentencia no debió tratar el tema de la competencia del procurador si previamente había resuelto que había otro medio de defensa más idóneo y eficaz que la tutela. Al hacerlo, sin embargo y a pesar del carácter de *obiter dicta* que dicha argumentación posee, queda habilitada la posibilidad de referir el tema y en cierto sentido es una responsabilidad, para no dejar la sensación de que se trató como un tema pacífico.

El argumento más sofisticado en favor de la competencia del procurador general de la Nación para actuar como lo hizo, lo traía la ponencia inicial del magistrado Guillermo Vargas Ayala –ahora convertido en parte de su salvamento de voto-. Además de señalar las razones constitucionales, la tesis desarrolló una interpretación posible del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –la Convención- y enfatizó en la libertad concedida a los Estados Partes para hacer los ajustes institucionales internos relativos a las limitaciones de los derechos políticos.

Soy de la tesis de que el procurador general de la Nación no es competente para imponer la sanción de destitución a funcionarios de elección popular. Adhiero en este punto a las razones expuestas, en los salvamentos de voto de los magistrados Stella Conto Díaz del Castillo y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En efecto, cuando la Corte Constitucional examinó el tema, dejó bien claro que las normas internas pertinentes superan el examen de convencionalidad sí y solo si se está ante un tipo de conductas bien específicas: actos de corrupción. Y el

magistrado Santofimio mostró claramente que ninguno de los cargos imputados al alcalde Gustavo Petro Urrego, poseen tal connotación jurídica.

Un aspecto no ha sido subrayado suficientemente en los argumentos expuestos en tales salvamentos de voto y que vale la pena enfatizar: cuando el artículo 23-2 de la Convención especifica que la limitación de derechos políticos está sujeta a la decisión de un juez competente en sentencia penal, el derecho colombiano lanza un reto a la interpretación más evidente de ese enunciado normativo, consistente en que solo el juez penal puede imponer limitaciones a derechos fundamentales como los políticos.

Esta obvia interpretación resuelve bien el problema de la falta de garantías de una decisión administrativa que imponga las mencionadas limitaciones a sujetos de derechos políticos, tal como lo mostró el caso *López Mendoza vs. Venezuela*. También puede resolver razonablemente los casos en donde a pesar de existir una orden administrativa limitadora de derechos políticos, cumple cabalmente con las exigencias propias del derecho (penal) sancionatorio, como la estricta legalidad, la proporcionalidad de la sanción o el *in dubio pro reo*.

Pero en el derecho colombiano contempla una figura extraña al derecho comparado en general: la pérdida de investidura de congresistas decretada por máximo el juez de lo contencioso administrativo. Esta situación exige reexaminar el contenido del artículo 23-2 de la Convención, para darle un efecto útil respecto de la normatividad interna. Y ese resultado se logra entendiendo que la norma pretende esencialmente asegurar el cumplimiento de las garantías propias del derecho penal cuando un Estado parte disponga institucionalmente la limitación de derechos fundamentales como los políticos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado el punto aún cuando sujeta las garantías mencionadas al escenario del proceso penal (ver el aparte pertinente de la demanda en el caso *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, citado en la nota 21 del salvamento de voto del magistrado Santofimio Gamboa). Un sector de la opinión doctrinaria colombiana igualmente enfatiza ese enfoque, así la decisión sea de carácter administrativo, como ocurre en el caso de la sanción del procurador general de la Nación contra el alcalde Petro Urrego (ver Rodrigo Uprimny, "Garantías penales y destitución", artículo publicado en el diario

El Espectador en enero 18 de 2104 y “Más sobre la destitución de Petro” en el blog de La Silla Vacía publicado en enero 19 de 2014). En el caso del proceso de pérdida de investidura contra congresistas, además de adelantarse por una autoridad judicial –El Consejo de Estado-, la jurisprudencia nacional ha dejado claro que se está ante un proceso de carácter sancionatorio y por lo mismo gobernado por toda la principalística propia del derecho penal.

A partir de esas premisas se puede concluir que, dadas las particularidades del derecho colombiano -que incluye dentro de sus arreglos institucionales la posibilidad de limitar radicalmente derechos políticos fundamentales, como quiera que el resultado de una pérdida de investidura es la imposibilidad de volver a ejercer el cargo-, el artículo 23-2 de la Convención debe entenderse como que las limitaciones allí contenidas no solo las puede disponer un juez penal, sino también el juez contencioso administrativo, en el marco de un proceso sancionatorio guiado por la aplicación exhaustiva de todas las garantías penales.

Por último, si en gracia de discusión se admitiera que el procurador es competente conforme a la Convención, lo cierto es que se trataría de una facultad exclusiva y excluyente, según la distinción establecida en los artículos 277 y 278 de la Constitución, tal como lo exponen con claridad y brillantez los magistrados Gustavo Gómez Aranguren y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sus respectivos salvamentos de voto, apartados que suscribo íntegramente.

4.9. GUILLERMO VARGAS AYALA

Me permito expresar las razones por las cuales me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala.

4.9.1. De la temeridad.-

En las sesiones de la Sala de los días 18, 19 y 24 de febrero, se aprobó que en el asunto bajo estudio no se daban los supuestos contemplados en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, esto es, que la actuación adelantada por el actor fuera temeraria. En este entendido el proyecto aprobado debió detenerse a explicar las razones por las cuales la Sala había desestimado la temeridad, y debió incluir la decisión aprobada.

En efecto, el punto fue planteado en atención al elevado número de acciones de tutela presentadas por diferentes actores, con el fin de controvertir la decisión de la Procuraduría de destituir e inhabilitar al Alcalde de Bogotá, práctica que no implica “*per se*” que estos hayan actuado temerariamente, ya que para arribar a esta conclusión se debe tener la absoluta certeza de que se dan los presupuestos legales.

Vale recordar que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 determina que, “[c]uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

Por tratarse de una norma que proscribe una conducta concreta y que impone sanciones por su incumplimiento, el artículo 38 podría ser interpretado desde al menos tres posturas diferentes: i) exegética o literal, ii) finalista o teleológica, y iii) constitucional.

4.9.1.1.- Exegética o literal

Desde esta primera postura, el artículo 38 regula en forma amplia dos comportamientos distintos según el sujeto que da lugar a la conducta, ya sea una persona, su representante, o un abogado. En el primer evento se proscribe que una misma acción de tutela, bajo el entendido de que se trata de un mismo hecho generador de la vulneración y similares pretensiones, sea interpuesta ante varios jueces o tribunales por la misma persona o su representante; en el segundo se reprocha que un abogado incentive la presentación de varias tutelas respecto de un mismo hecho y pretensiones. Pese a que se trata de una similar conducta, las sanciones difieren según el sujeto que las promueva, así mientras que en el primer caso se expulsan en bloque todas las demandas mediante su rechazo, al abogado se le podrá sancionar con la cancelación de la tarjeta profesional.

La lectura literal es también garantista por cuanto pretende que el artículo 38 configure una excepción frente a la regla que gobierna a la acción de tutela como mecanismo cuyo funcionamiento se rige por los principios de informalidad y no ritualidad, que facilita el acceso a todas las personas a la justicia y como medio para obtener la oportuna protección de los derechos fundamentales. Bajo esta

óptica, la temeridad debe ser interpretada en forma *restrictiva* por cuanto supone una limitación a la implementación de una acción constitucional y a la garantía de aplicación de los derechos fundamentales.

4.9.1.2.- Finalista o teleológica

Esta interpretación involucra aquellos principios y derechos que pretenden ser salvaguardados mediante el instituto de la temeridad, así en primer lugar esta sería una herramienta indispensable para evitar la duplicidad de tutelas, con el consecuente desgaste, desprestigio y pérdida de autoridad de los jueces, así como en el deber de acatamiento de las decisiones judiciales. Esta perspectiva hace un énfasis en los valores que rodean el uso adecuado de los derechos y las responsabilidades que ello acarrea.

Bajo esta orientación podría ubicarse la sentencia C-155^a de 1993, en la que la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 38 en mención. En dicho momento, la Corte consideró que las especiales características que definen al proceso de tutela como un mecanismo eficaz, breve, sumario e informal dirigido a la protección de los derechos fundamentales, aparejan una serie de responsabilidades que deben ser asumidas con transparencia y honestidad por parte de los litigantes, con un compromiso de lealtad para con la rama judicial. En palabras de la Corte:

Es claro entonces que, a la luz de la Carta, no es admisible que se adelante dicho procedimiento por unos hechos y que sea leal y honesto el proponer simultánea o posteriormente la misma petición en repetidas oportunidades, con base en los mismos hechos; obsérvese que dicha acción es prevalentemente desritualizada, supone una dinámica de acción judicial extraordinaria y compromete las acciones y las capacidades judiciales del Estado y para efectos de remover inmediatamente el obstáculo causante del agravio o amenaza de violación del derecho. Si esto es así, nada más coherente y ajustado a la Carta que el Legislador disponga como deber del abogado el de presentar dicho reclamo, contentivo de la petición de tutela, por unos determinados hechos, en una oportunidad, no obstante que lo pueda hacer en cualquier momento y lugar, y que se establezca como sanción disciplinaria la suspensión de la tarjeta profesional por la infracción al deber advertido y, en caso de reincidencia, la cancelación de la misma, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

*También deber recordarse que el artículo 95 de la Carta es categórico en advertir que **"El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"**, y que además, el numeral 1o. de la misma disposición constitucional señala con precisión que **"Son deberes de la persona y del ciudadano: 1o. Respetar los derechos ajenos y no abusar de***

los propios." En este sentido se refuerza la facultad del legislador para regular el ejercicio de la citada acción y para señalar las sanciones que correspondan a las infracciones causadas al estatuto que establece la regulación, cuando la violación sea producto del ejercicio desleal de un derecho de rango constitucional.

Igualmente, debe advertirse que el artículo 26 de la Carta permite al legislador el establecer las hipótesis que comprendan el régimen de vigilancia e inspección de las profesiones, y que este bien puede aparecer en las especiales regulaciones que, para el ejercicio de los derechos reconocidos por la misma Constitución, se señalen por la Ley; además, regular dicha acción y derecho es una competencia que se extiende a materias complementarias y vinculadas con aquella, como es el caso de que se ocupa la Corte en esta oportunidad.

Desde esta óptica, tampoco es admisible el argumento que sostiene la presunta violación al derecho constitucional al trabajo que reconoce el artículo 25 de la Constitución; en efecto, el ejercicio de las profesiones es una de las modalidades del aquel derecho fundamental, que de manera especial es objeto de previsiones constitucionales, para efectos de impedir que aquellas se transformen en vehículos incontrolados de comportamientos atentatorios de los derechos de los demás, o del orden público policivo en sus nociones de moralidad, salubridad y seguridad públicas. Además, dicha vigilancia esta prevista en la Carta y en la ley, dadas las condiciones de reconocimiento social y jurídico que en los regímenes democráticos suelen rodear a quienes ostentan un título profesional de acreditación sobre la idoneidad para practicar y adelantar determinadas actividades, y no resulta extraño a dichas regulaciones el establecimiento de sanciones, que comporten la suspensión en la autorización legal y administrativa para ejercerla o la cancelación de la misma, siempre que se adelante la actuación disciplinaria dentro de los cauces y procedimientos legales previstos, y respetando las reglas del debido proceso establecidas por la Constitución. Se observa que para los casos que se deban juzgar bajo las hipótesis del inciso segundo del artículo 38 del Decreto Ley 2591, operan los mecanismos ordinarios de carácter disciplinario previstos por el régimen general de la profesión de abogado, que encuentran fundamento constitucional en el numeral 3o. artículo 256 de la Carta que establece:

"Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:".....

"3o. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como la de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley"

El carácter especial y la dinámica propia del procedimiento de tutela, impone a la Ley el compromiso de asegurar la efectividad del citado ejercicio, y es natural que se pueda acudir a la sanción que se prevé en la disposición acusada, ya que cuenta con suficiente respaldo constitucional¹⁹⁵.

4.9.1.3.- La lectura constitucional

En forma más reciente, la Corte se ha referido en múltiples oportunidades a las consecuencias derivadas del hecho de presentar acciones de tutela idénticas de forma simultánea o sucesiva, especialmente en lo tiene que ver con la improcedencia del estudio de las solicitudes y la eventual imposición de sanciones.

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-155A de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

Para empezar, se ha establecido que solamente puede considerarse que se han presentado dos o más acciones de tutela *idénticas*, cuando existe una triple coincidencia entre las *partes* involucradas en el trámite, las *circunstancias fácticas* de las que se deriva la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, y las *pretensiones* elevadas por el accionante, es decir, que se invoque el amparo de un mismo derecho fundamental. Cuando no concurren estos tres elementos, el juez constitucional está ante acciones de tutela diferentes y, en esa circunstancia, nada le impide pronunciarse sobre los diferentes casos puestos a su conocimiento.

La Corte además ha establecido los lineamientos constitucionales que contribuyen a determinar tres situaciones distintas respecto de la temeridad y sus consecuencias, así: “(i) *existencia de temeridad que da lugar a sanción*; (ii) *existencia de temeridad pero con exoneración de la sanción al accionante*, y (iii) *inexistencia de temeridad*”¹⁹⁶¹⁹⁷.

i) Existencia de temeridad en la acción de tutela que da lugar a sanción:

Para que proceda la temeridad el juez deberá verificar el cumplimiento de los tres elementos antes reseñados: identidad de partes, circunstancias fácticas y pretensiones, y adicionalmente:

*(iv) Por último, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) citados elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción.*¹²⁰¹

Así las cosas, le corresponde al juez constitucional, en el ejercicio de sus funciones y luego de efectuar un análisis exhaustivo del asunto sometido a su estudio, declarar la improcedencia de una solicitud de tutela y de manera concomitante, imponer la correspondiente sanción, una vez se verifique la identidad de partes, de hechos, de pretensión y adicionalmente se determine que no existe una causa razonable que justifique la reiteración de la acción.

ii) Existencia de temeridad con exoneración de la sanción para el accionante:

¹⁹⁶ [19] Corte Constitucional, Sentencia T-1022 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

En el segundo supuesto, pese a existir la duplicidad de demandas de tutela es posible justificar dicha actuación con base en distintas situaciones. Al respecto la Corte ha señalado:

Es necesario, tal y como lo ha previsto la jurisprudencia constitucional, distinguir aquellos eventos en los que pese a que se configura la temeridad, no es preciso imponer sanción al accionante, en tanto “el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante.”¹⁹⁸

Configurado cualquiera de estos eventos, habrá lugar a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, pero no se impondrá sanción alguna en contra del demandante.

(iii) Inexistencia de temeridad:

En el último evento, también concurren los tres elementos que dan inicialmente lugar a la imposición de la temeridad empero “si el juez vislumbra que en la tutela sujeta a su estudio, la violación a los derechos del accionante se mantiene o se agrava por otras violaciones, deberá decidir de fondo”¹⁹⁹. Así lo dispuso en sentencia T-919 de 2003, al señalar:

Si bien el principal papel del juez de tutela es hacer efectivo el cumplimiento de los fallos de tutela, la Corte ha considerado que en los casos en que se presente una violación por un mismo concepto, cuando la violación se mantenga o se agrave por otra u otras violaciones, el afectado podrá optar por insistir en el cumplimiento ante el juez competente o acudir nuevamente a la acción de tutela.

Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes, hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad.

¹⁹⁸ [21] Sentencia T-1103 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

En este mismo supuesto se pueden ubicar cuando la duplicidad o simultaneidad se motiva por:

*(iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante, y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.^{200*201}*

4.9.1.4.- El caso concreto

Según lo visto, la tutela no puede interponerse más de una vez con fundamento en los mismos hechos, invocando los mismos derechos e involucrando a las mismas partes, a menos que se demuestre una causa expresa y razonablemente justificada que, en todo caso, deberá ser verificada por el Juez. Con todo, si no se dan los presupuestos explicados para demostrar la temeridad y la mala fe, el Juez deberá estudiar de fondo el asunto y en consecuencia proferir la decisión que corresponda.

En el caso concreto, resulta desacertado señalar que la conducta del Alcalde fue temeraria, dado que, en los procesos en que este aceptó la agencia oficiosa²⁰², se evidencia que la invocación de sus derechos fundamentales se presentaron desde la óptica del derecho de acceder a cargos públicos, derecho a ser elegido y al debido proceso; los cuales difieren de aquellos que fueron formulados mediante agencia oficiosa desde la perspectiva del elector, como derecho a elegir y a participar en el ejercicio y control del poder político.

Además, al aceptar la agencia oficiosa, el señor PETRO URREGO manifestó expresamente que no pretendía buscar el amparo constitucional con fundamento en los mismos derechos, hechos y argumentos invocados en este caso, advertencia que desvirtúa cualquier actuar malicioso o abusivo de la acción.

²⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-403/06 M.P Humberto Sierra Porto. Reiterada por ejemplo en las sentencias T-180/12 M.P María Victoria Calle Correa y T-185/13 M.P Luis Ernesto Vargas.

²⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-661 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En el proceso radicado bajo No. 2014-00009-0, el actor fue vinculado por el propio Tribunal Administrativo en calidad de tercero interesado, lo que de plano descarta que se pueda calificar la actuación como temeraria toda vez que su incursión en el proceso se debió a la decisión del Juez de tutela. A esto se suma que, no obstante haber sido vinculado al proceso, manifestó que se abstenía de actuar en él. Finalmente en un cuarto proceso²⁰³, allegó memorial en segunda instancia confiriendo poder a un abogado para defender en general sus derechos en el trámite de la acción, poder sobre el cual no ha habido pronunciamiento.

Lo visto demuestra fehacientemente que no se puede predicar identidad de partes, de derechos invocados y mala fe como elementos estructurales de la figura de la temeridad, conclusión a la que ya había arribado la Sala pero que no fue expuesta en el fallo que finalmente fue aprobado por la mayoría de sus miembros, omisión que se reprocha en este salvamento por la importancia que reviste el tema para el proceso, máxime si se tiene en cuenta la inusitada situación que se ha presentado por las distintas acciones de tutela impetradas, proceder que ha puesto en entre dicho las bondades de esta extraordinaria figura que es, sin duda, uno de los instrumentos más preciados que tiene ordenamiento jurídico colombiano.

4.9.2. Procedencia de la acción de tutela.

Con el objeto de fundamentar la razones que me llevan a sepárame de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, conviene entrar a desarrollar los siguientes aspectos: 1.- Los fundamentos de la Sala para declarar la improcedencia. 2.- El precedente judicial obligatorio aplicable al caso concreto. 3.- Las medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011 (CPACA). 4.- La defraudación de la confianza legítima por aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial.

4.9.2.1. Los fundamentos de la Sala para declarar la improcedencia

Según el fallo, la tutela se aprecia improcedente toda vez que el actor cuenta con otro medio de defensa para la protección de sus derechos fundamentales. En concreto, señala que la discusión planteada en sede de tutela puede ser dirimida a

²⁰² Expedientes Nos. 2013-07023-01, 2013-07054-01.

²⁰³ Expediente No. 2013-07052-01.

través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además, que la medida cautelar de suspensión provisional tal y como fue acogida en la nueva legislación contenciosa administrativa, “tiene la misma prontitud y eficacia protectora de la acción de tutela”²⁰⁴.

En atención a que la existencia de otro medio de defensa no es suficiente para declarar la improcedencia del amparo constitucional ya que, a pesar de ello, este mecanismo es procedente cuando con él se busque evitar un perjuicio irremediable, la Sala optó por exigir que el anotado perjuicio se reputa injustificado y provenga de una acción ilegítima, solo entonces, considera el fallo, se puede hablar de un perjuicio irremediable susceptible de ser evitado a través de la acción de tutela.

4.9.2.2.- El precedente judicial obligatorio aplicable al caso concreto.

Partiendo de las reglas jurisprudenciales que deben aplicarse al asunto, el proyecto presentado por el suscrito hacía un completo análisis para determinar si la solicitud de amparo elevada era o no procedente. Vale entonces volver sobre ello para demostrar de qué manera la Sala se apartó del precedente judicial aplicable al caso concreto.

(i) El régimen general de procedibilidad de la acción de tutela.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política:

“[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991.

Y añade que “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

²⁰⁴ Página 87 del proyecto.

La acción de tutela es, entonces, una acción judicial especial, creada directamente por la Constitución como un procedimiento preferente, sumario, subsidiario o de carácter residual, dirigido específicamente a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 86 de la Constitución señala que este mecanismo de amparo de los derechos fundamentales solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio efectivo de defensa judicial, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La jurisprudencia ha entendido que la procedencia de esta vía procesal excepcional está condicionada a (i) que no existan mecanismos de defensa del derecho vulnerado o amenazado; o a (ii) que a pesar de estar previstos estos mecanismos no ofrezcan una protección eficaz o adecuada al derecho; o, por último, a (iii) que no obstante existir instrumentos procesales idóneos se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Con estos requisitos no se busca nada diferente a asegurar que esta acción, por las anotadas características de preferencia, sumariedad y subsidiariedad o residualidad (según el caso), no sustituya los recursos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho²⁰⁵. Por esta causa resulta imperativo para el Juez de Tutela verificar que las personas hagan uso oportuno y adecuado de los medios ordinarios de defensa puestos a su disposición, cuando ellos ofrezcan una eficaz protección a sus derechos constitucionales fundamentales.

Aun cuando por regla general la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa de su derecho, en casos como el presente en los que se acude a la solicitud de amparo antes que al recurso de reposición que cabe contra la decisión controvertida, el Juez Constitucional debe tomar en consideración lo previsto por el artículo 9 del Decreto Ley 2591 de 1991 y valorar la idoneidad del mecanismo disponible para obtener la protección que se pretende. En virtud de esta disposición “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”; enunciado que debe interpretarse armónicamente con el conjunto de las disposiciones de dicho estatuto para concluir que antes que habilitar un

²⁰⁵ Así, entre numerosa jurisprudencia, la sentencia T-890 de 2011 de la Corte Constitucional.

desplazamiento total de los mecanismos ordinarios de protección del derecho en sede administrativa, la acción de tutela será procedente solo en aquellos eventos en los cuales se esté ante una amenaza seria y cierta de afectación de un derecho fundamental frente a la cual las posibilidades de guarda que ofrecen los recursos administrativos sean reducidas. Lo anterior, claro está, sin que ello obste para que en todo caso, en aras de obtener una protección definitiva, el particular tenga que verse obligado a acudir al Juez Administrativo por las vías ordinarias²⁰⁶.

Algo similar ocurre con la existencia de vías judiciales de defensa del derecho amenazado. En efecto, pese a que por las razones antes expuestas la disponibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el contencioso administrativo y la protección previa que ofrece la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los actos demandados, piedra angular del argumento sostenido por la mayoría de la Sala, esto no supone *prima facie* una objeción a la procedencia de la presente acción de tutela, no se puede pasar por alto que este solo hecho no excluye *per se* la intervención del Juez Constitucional. Esta puede tener lugar de manera excepcional bien porque se constatan los elementos de un perjuicio irremediable, bien porque se acredita que la vía ordinaria no ofrece una garantía adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales del actor.

En este orden, es claro que la simple constatación de la existencia de una vía procesal ordinaria (judicial o administrativa) de defensa de los derechos fundamentales invocados no conlleva forzosamente la improcedencia del amparo constitucional. Dadas las particularidades del caso, le corresponde al Juez de Tutela valorar las razones que alega la parte solicitante para justificar la eventual procedencia excepcional de este recurso.

- (ii) **La procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se impone a un funcionario en funciones una sanción disciplinaria que pone en riesgo la efectividad de derechos políticos y da lugar a que se configure un perjuicio irremediable.**

²⁰⁶ No otra conclusión se puede obtener de las demás reglas contenidas en el precitado artículo 9 del Decreto Ley 2591 de 1991, de conformidad con las cuales la solicitud de amparo (i) ni excluye la posibilidad de hacer uso concomitante o posterior de los recursos en vía administrativa, (ii) ni releva al particular del deber legal de agotar el requisito de

Visto lo anterior, debe manifestarse que el asunto bajo revisión, por encerrar una controversia relativa a derechos políticos amenazados por una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario de elección popular en funciones, remite no solo a la jurisprudencia general decantada por la justicia constitucional en materia de protección de derechos fundamentales frente a la existencia de un perjuicio irremediable, sino además, de forma específica, **a la línea jurisprudencial que se ha ocupado en particular de esta clase de asuntos.**

En efecto, dado el contenido específico de la controversia, la sentencia no podía desconocer la regla jurisprudencial recientemente reiterada en torno a la procedencia excepcional del mecanismo de amparo en eventos en los cuales una sanción disciplinaria amenaza o atenta contra la efectividad de los derechos políticos de un funcionario elegido para un periodo determinado. Lo anterior, puesto que en la sentencia SU-712 de 2013 la Corte Constitucional, luego de poner de manifiesto que “la sanción disciplinaria no implica en sí misma la existencia de un perjuicio irremediable”, reconoce, tras una completa reconstrucción de la línea jurisprudencial decantada en los últimos años sobre esta clase de controversias, que dadas las particularidades que ofrecen, **en estos supuestos la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así, toda vez que los derechos políticos no pueden ser sustituidos o postergados, ya que se ejercen en los momentos constitucionalmente establecidos y en ese orden su disfrute se materializa concretamente durante el lapso comprendido por el periodo institucional respectivo, en virtud de este condicionante temporal, “[c]ada día que pasa equivale a la imposibilidad de ejercer la representación de quienes votaron”²⁰⁷ y una correlativa barrera para el ejercicio del cargo y la realización del proyecto político avalado por el electorado. Con todo, somete la procedibilidad del recurso –lo cual no significa que necesariamente se conceda el amparo o la protección de fondo requerida- a un test más estricto.**

Según lo expresado por la Corte en la sentencia de unificación referida:

procedibilidad consistente en el agotamiento de estos recursos como condición de acceso al contencioso administrativo.

²⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios sea procedente deben acreditarse los elementos característicos del perjuicio irremediable, que para estos eventos pueden reseñarse en los siguientes términos²⁰⁸:

(i) Es necesario que existan “motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso”²⁰⁹.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia sancionatoria ha de amenazar “con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados”.

(iii) La imposición de una sanción disciplinaria “que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos”²¹⁰. En tal sentido, debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, todos ellos característicos de lo que se denomina perjuicio irremediable²¹¹.

(iv) Se cumplen los requisitos de certeza e inminencia cuando “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”²¹². Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave “cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”²¹³.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.

En el caso *sub judice* el demandante cumple con estos requisitos. Veamos:

- En cuanto al primero de ellos, esto es, que existan motivos serios y razonables que permitan fundamentar una posible infracción *ius fundamental* por parte de la providencia disciplinaria, se observa que en el caso concreto la solicitud de amparo expone con suficiencia y claridad los argumentos por los cuales considera afectados sus derechos al debido proceso, al ejercicio de los cargos públicos y a

²⁰⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-1093 de 2004, T-1137 de 2004, T-1039 de 2006 y T-778 de 2005, entre otras.

²⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1093 de 2004.

²¹⁰ Sentencias T-1039 de 2006, T-143 de 2003 y T-1093 de 2004.

²¹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1993 y T-1316 de 2001.

²¹² Sentencia T-778 de 2005.

la honra y buen nombre. Se trata, además, de motivos serios, razonables y razonados, que esencialmente persiguen controvertir a la luz de las garantías que conlleva el debido proceso la constitucionalidad de la interpretación que hizo la Procuraduría tanto de las normas del CDU con base en las cuales se cimentaron los cargos y la sanción impuesta, como del procedimiento y del razonamiento plasmado en el acto sancionatorio y su confirmación. Por ende se atiende esta primera exigencia.

- En lo referente al segundo requerimiento, a saber: que el perjuicio que se deriva de la sanción amenace con anular el ejercicio de uno o más derechos fundamentales del sujeto disciplinado, encuentra la Sala que también se cumple. La clara amenaza que para el ejercicio del derecho a ejercer el cargo para el cual fue elegido el señor PETRO URREGO representa la sanción de destitución impuesta, que lo obliga a abandonar la Alcaldía Mayor de Bogotá, lo mismo que para su derecho a ser elegido conlleva la inhabilidad de quince años establecida, acreditan sobradamente el lleno de este requisito.
- La tercera exigencia obliga a verificar que la sanción ocasione un perjuicio irremediable, lo cual hace forzoso examinar su certeza, inminencia, gravedad y urgencia. En criterio de la Procuraduría el referido perjuicio irremediable es inexistente tal como lo evidencia el hecho que la solicitud de amparo sea interpuesta en calidad (todavía) de Alcalde Mayor de Bogotá. Sin embargo, esta línea de argumentación no es de recibo, pues es claro que aun cuando es cierto lo manifestado, ello no obedece a la falta de inminencia del perjuicio al que se expone el burgomaestre, sino a la falta de ejecutoria de los actos administrativos sancionatorios.

Al respecto debe manifestarse que lo antes expresado acredita la certeza, inminencia, gravedad y urgencia del perjuicio invocado por el actor. Ciertamente, no requiere de mayor esfuerzo considerar que la ejecución efectiva de la sanción conllevaría la afectación seria, cierta y prácticamente irreversible de los derechos políticos del actor, pues, como se mencionó con anterioridad, el condicionamiento temporal del derecho al ejercicio de los cargos públicos supone indefectiblemente que conforme pasa el tiempo expira el periodo institucional dentro del que se debería materializar su ejercicio, con lo cual se allana el camino para la

²¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

intervención excepcional del Juez de Amparo por vislumbrarse una situación constitutiva de un perjuicio irremediable.

En efecto, un análisis detallado del asunto permite apreciar que (i) no se trata de una afectación hipotética o eventual²¹⁴, (ii) cuyo acaecimiento se observa próximo en el tiempo dado el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos que cobran firmeza²¹⁵, (iii) cuya cristalización abocaría al actor a una situación en la que la restitución *in natura* de su derecho sería imposible, toda vez que la separación del cargo a esta altura del periodo implicaría la realización de elecciones atípicas, de modo que a la par que se defraudaría al electorado que lo eligió se frustraría también su proyecto político²¹⁶; y que (iv) **dado el régimen al que está sometido el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, su interposición necesariamente supondría que el acto sancionatorio cobrara firmeza y, por ende, se ejecutara la medida de destitución con las consecuencias ya anotadas, motivo por el cual se hace impostergable la intervención del juez de tutela**²¹⁷.

- El cuarto requisito tiene una estrecha relación con el tercero, toda vez que reenvía a la constatación de los elementos particulares que originan el perjuicio irremediable, pero busca centrar su atención en las consecuencias directas que debe tener el perjuicio irremediable invocado sobre los derechos políticos del actor. Así, se pide la verificación de que en virtud de los ya referidos requisitos de certeza e inminencia “cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública”²¹⁸. E igualmente se pide que la gravedad del perjuicio irremediable constatado consista en involucrar “derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas”²¹⁹.

²¹⁴ *Rectius* constituye una amenaza cierta.

²¹⁵ *I. e.* se presenta inminente.

²¹⁶ Es decir, se llenan las exigencias de la gravedad de la afectación.

²¹⁷ En otras palabras, cumple el requisito de la urgencia.

²¹⁸ Sentencia T-778 de 2005.

²¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de 2006.

Como se puede anticipar, dada la naturaleza política y con periodo institucional del cargo para el cual fue elegido el peticionario, así como el origen popular de su designación y las drásticas consecuencias que tiene la medida sancionatoria adoptada para los derechos políticos del actor al ejercicio de la calidad de Alcalde Mayor de Bogotá y la representación política de su electorado, no hay dudas que también se cumple con este requerimiento.

- Finalmente, indica la jurisprudencia constitucional, es preciso que los medios ordinarios de defensa del derecho no resulten lo suficientemente eficaces para realizar un control oportuno de la legalidad y constitucionalidad de las sanciones cuestionadas. Al respecto debe mencionarse que **aun cuando los distintos medios de control procedentes ante el contencioso administrativo históricamente han demostrado su idoneidad para asegurar la vigencia del Estado de Derecho en Colombia y la realización efectiva del orden constitucional, por lo cual no es viable cuestionar su aptitud global para cumplir con dicho cometido, no escapa al suscrito que para el caso concreto su efectividad resulta dudosa. El motivo: el régimen jurídico al que está sometido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no solo obliga a que de manera previa se deba agotar el requisito de procedibilidad consistente en la solicitud de conciliación prejudicial, sino que, además, presupone que el acto cuestionado haya cobrado firmeza y sea, por lo tanto, ejecutivo y ejecutorio. Circunstancia que, como ya fue mencionado, para el actor representa el forzoso acatamiento de la sanción de destitución acusada en el *sub iudice* de atentar contra sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los cargos públicos y a la honra y al buen nombre y, lo que es lo mismo, equivale a la consumación del perjuicio irremediable identificado *ut supra*.**

En este orden, y en línea con el carácter impostergable de la intervención del Juez de Tutela referido anteriormente, solo la mediación del amparo constitucional resulta idóneo para prevenir la ocurrencia del perjuicio irremediable invocado.

iii) La procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

Visto lo anterior, la Sala debió concluir que, contrario a lo afirmado por el *a quo* en la sentencia recurrida, en el *sub judice* **la acción de tutela es procedente**. Esto, por encontrarnos ante una solicitud de amparo que pese a recaer sobre una decisión administrativa sancionatoria susceptible de ser atacada ante el contencioso administrativo, como quedó evidenciado, reúne los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para que la acción de tutela sea procedente en esta clase de asuntos.

4.9.2.3.- La medida cautelar de suspensión provisional del CPACA no sustituye la acción de tutela.

No cabe duda que la Ley 1437 de 2011 –CPACA introdujo importantes e innovadoras reformas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, particularmente en lo relacionado con las medidas cautelares. Estos cambios se aprecian significativos por su impacto sobre el funcionamiento y la forma como se concibe el contencioso administrativo y por el enorme potencial de cambio de la práctica judicial.

Con este fin, el Código define de manera amplia el **sentido y la finalidad** de las medidas cautelares, regula sus diferentes **modalidades**, establece **los requisitos necesarios para que sean decretadas**, determina el **procedimiento que deben seguir los jueces para adoptarlas** -tanto en los casos ordinarios, como en los excepcionales, prevé la posibilidad de que una medida adoptada sea **revisada** en el curso del proceso y las reglas para su impugnación. Reglamenta también las consecuencias en el caso de que alguna autoridad **reproduzca un acto administrativo** suspendido o anulado.

Las medidas cautelares del CPACA, amplias y generosas, y la acción de tutela como mecanismo transitorio, no pueden entenderse ni enfrentadas ni excluyentes entre sí, sino como complementarias. En efecto, unas y otras deben propender por la protección real y efectiva de los derechos fundamentales amenazados sin incurrir en una inconducente contienda procesal que los haga nugatorios, protección efectiva respaldada por el Pacto de San José.

Bajo estos parámetros, no es cierto lo señalado en el fallo que origina este salvamento de voto, en el sentido de que la suspensión provisional haya sustituido

la acción de tutela como mecanismo transitorio. Si bien comparto que la nueva configuración de la medida cautelar hace de esta una medida más expedita para la protección de los derechos de quienes se vean afectados por un acto administrativo, es el Juez, en el caso concreto, quien debe verificar si esta se torna idónea o no para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, la mecánica procesal no puede colocar al actor con sus derechos amenazados a precisar la acción que técnicamente procede, de la cual dependerá en últimas la protección o no de sus derechos fundamentales. La garantía de protección obliga a que sea el Juez y no el actor, quien con independencia de la acción ejercida, determine la eficacia e idoneidad de la protección constitucional de los derechos en cada caso concreto.

En el presente asunto, dadas las especificaciones y reglas a que se encuentra sometida la medida cautelar, esta se aprecia ineficaz para evitar que los derechos políticos del actor se vean efectivamente conculcados, toda vez que el presupuesto básico para que proceda la mediada es que esta se solicite o se decrete de oficio **en el proceso**. Esta es la única lectura posible que permite el artículo 229 del CPACA, cuando advierte que “[e]n todos los **procesos** declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en **cualquier estado del proceso**, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias (...)”.

A lo anterior debe agregarse, que el medio de control procedente para controvertir un acto como el que profirió la Procuraduría es el de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio se encuentra supeditado a que el acto demandado se encuentre en firme, y a que se agote el trámite de la conciliación extrajudicial²²⁰.

²²⁰Ley 1437 de 2011. Artículo 161. *Requisitos previos para demandar*. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Todo lo visto permite concluir que en este caso específico el medio de defensa que otorga el CPACA no es idóneo para evitar el perjuicio irremediable, en atención a que, para poder solicitar la medida cautelar en el proceso contencioso es necesario que se consuma el daño, esto es, que quien solicita el amparo se notifique del acto administrativo, que este quede en firme, que el tutelante **deje** de ser Alcalde y ya, sin serlo, acuda ante la justicia ordinaria para pedir las medidas cautelares. Al momento de que se profiera la medida cautelar, el acto sancionatorio ya habrá cobrado plena firmeza y el derecho del señor PETRO URREGO a ejercer el cargo para el cual fue elegido, estaría plenamente vulnerado.

En ese sentido, se comparten plenamente las afirmaciones expuestas por el Consejero de Estado GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN en el salvamento de voto proferido en este mismo caso, según las cuales “si se estudia la tutela como mecanismo transitorio es porque existe otro medio de defensa que a la sazón no resulta eficaz”.

En vista de todo lo anterior, no es correcto sostener que la suspensión provisional que contempla el CPACA haya sustituido a la acción de tutela. Dicha premisa es incorrecta porque, tal y como acontece en este proceso, en algunos casos sólo a través del amparo constitucional es posible evitar un perjuicio irremediable. A lo dicho ha de agregarse, que no fue el querer del legislador suplantar la acción de tutela con las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo, y que resulta impensable, en el marco del Estado Social de Derecho, que los derechos fundamentales sólo puedan ser protegidos a través de medios judiciales ordinarios.

4.9.2.4. La defraudación de la confianza legítima por aplicación de un cambio jurisprudencial.

La nueva postura asumida por la Sala configura, en mi sentir, un cambio en el precedente judicial aplicable al caso concreto. Como se ha podido avizorar, la regla jurídica de la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013 señala

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

que, tratándose de actos que imponen sanciones a funcionarios de elección popular, la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siempre que se den los presupuestos explicados en precedencia.

El fallo del cual me aparto no reconoce la existencia de este precedente, e impone una nueva regla jurídica consistente en la improcedencia del recurso de amparo por la existencia de otro medio judicial. Se trata de la imposición de un nuevo canon de interpretación procesal por vía jurisprudencial, que difiere de la interpretación precedente.

En este contexto, nos encontramos ante un evidente cambio jurisprudencial que defrauda la **confianza legítima del actor**, como quiera que éste tenía la esperanza fundada y objetiva de que la acción que interpuso era el mecanismo idóneo para ello, habida cuenta de que el precedente judicial imperante para el momento en que acudió a la jurisdicción así lo indicaba. Por ende, el intempestivo cambio en las reglas de acceso a la administración de justicia debía ser aplicado a casos subsiguientes so pena de menoscabar la expectativa que razonadamente depositan los usuarios de la justicia en el aparato judicial, bajo la firme convicción de que este debe ser mínimamente coherente.

Esta posición no es novedosa, la Corporación viene sosteniendo que las reglas de acceso a la justicia no pueden ser variadas intempestivamente, para verificar lo dicho deviene pertinente recordar lo dicho por la Sección Tercera en la fallo de 4 de mayo de 2011 en el expediente número: 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) en el que se dijo:

“Y si al momento de presentarse una demanda, el usuario de la administración de justicia se ampara en un criterio jurisprudencial que le orienta la manera como debe hacer valer sus pretensiones, constituiría un obstáculo inadmisibles, el que con posterioridad la jurisprudencia misma se encargara de cambiar el planteamiento en su momento adoptado y -al hacerlo- le cerrara las puertas a la jurisdicción.

Como el acceso a la justicia necesita de un conjunto de garantías que posibiliten y hagan realidad el ejercicio de este derecho fundamental, el Estado debe propiciar las condiciones jurídicas y materiales para su vigencia en términos de **igualdad** (art. 13 constitucional). Y por ello si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho, es

claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto.

Una decisión en ese sentido, claramente obstaculiza el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia y se erige en una barrera ilegítima erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance.

En otros términos, el derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que ese derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un **mínimo de certidumbre** en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en ese punto no tengan por qué menguar su alcance.”

Esta postura jurisprudencial ha sido revalidada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que expresamente ha sostenido que en estos eventos se vulnera la confianza legítima de la parte afectada con el cambio jurisprudencial.

“No obstante lo anterior, con miras a materializar cualquier cambio jurisprudencial bajo el panorama antes descrito, la Sección debe tener en cuenta la aplicación del principio de confianza legítima, como elemento configurativo de su carga de transparencia, para efectos de validar la escogencia de nueva tesis propuesta, esta es, aquella que defiende la nulidad por el desconocimiento de tal prohibición y que empezó a desarrollarse con algunos *obiter dictum* en sentencias dictadas en el mes de febrero de 2013.

El principio de confianza legítima brinda *“protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado.”*²²¹.

La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa se ha valido del principio de confianza legítima para proteger los derechos fundamentales de los administrados entendiéndolo como un principio que, a pesar de ser derivado de otros, adquiere una *“identidad propia en virtud de las propias reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado”*²²², por lo que la confianza en el Estado no es sólo deseable, sino también jurídicamente exigible.

En este sentido, es posible que el Estado cree expectativas y las defraude en sede administrativa, legislativa o judicial, generándose así su responsabilidad y el correlativo deber de repararlo, en virtud de lo consagrado por el artículo 90 de la Constitución Política.

Importa a nuestro análisis la creación de expectativas por parte del Estado- Juez. Bajo esta óptica, se considera que las autoridades judiciales pueden llegar a

²²¹ VALBUENA HÉRNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Pág. 465.

²²² Ver sentencia SU – 601 de 1999 MP Vladimiro Naranjo.

defraudar la confianza legítima de sus administrados y causar ciertos daños antijurídicos que deben repararse, aun cuando no medie en la decisión el dolo o la culpa del juzgador.

La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando *“el administrado tiene razones plausibles para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y discernimientos plasmados en forma repetida e insistente en las decisiones judiciales, las cuales tiene la connotación de ‘precedentes judiciales’ y constituyen fuentes creadoras del derecho”*²²³.

En este orden ideas, los administrados tienen derecho a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la Ley por parte de los jueces, sin que aquello implique que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo; simplemente consiste en que en aquellos casos en los que el fallador pretenda alejarse de la línea jurisprudencial, debe motivar su sentencia y ésta se debe ajustar a derecho²²⁴.

El apartamiento de los precedentes jurisprudenciales debe encontrarse debidamente sustentado en una motivación razonable y suficiente, capaz de explicar el abandono de posturas y doctrinas seguidas por el propio órgano judicial en el pasado, pues es claro que el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional. Más aun cuando en nuestro actual sistema de fuentes la jurisprudencia *“puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva”*²²⁵.

A propósito del tema, se advierte cómo en la práctica la invocación de precedentes jurisprudenciales se ha vuelto cada vez más frecuente y cotidiana por parte de los jueces, lo cual permite predicar que la doctrina del precedente judicial, así configurada, ha venido conquistando más espacios en nuestro derecho interno, pues la reiteración y la observancia de criterios ya definidos en el pretérito en asuntos de naturaleza similar y que han llegado a conformar una línea jurisprudencial estable, decantada y definida, son consideradas como condiciones de racionalidad, validez y coherencia de las decisiones judiciales.

Resulta indiscutible, por lo tanto, que el precedente judicial juega un importante papel argumentativo y persuasivo en el derecho colombiano. Es así como las líneas jurisprudenciales se tratan como si tuvieran autoridad vinculante, lo cual explica que en la práctica muchos casos sean resueltos de conformidad con los mismos criterios que fueron aplicados en casos iguales o similares por el mismo órgano judicial.

Así mismo, si la autoridad -sea administrativa o judicial- opta por cambiar o rectificar el criterio con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, **de**

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Corte constitucional. Sentencia T-321 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Aclaración de Voto Consejero, ALBERTO YEPES BARREIRO, Radicación número: AP 170013331003201000205-01, Accionante: JAVIER ELIAS ARIAS IDARRAGA.

modo que no sorprenda al administrado que resultará afectado por la nueva postura. (Por ejemplo, una forma de adaptación está contemplada en los fallos de tipo académico).

En tales condiciones, el método de interpretación resulta relevante, en la medida en que deberá consultar inexcusablemente las disposiciones constitucionales. Es decir, la tesis jurídica que remplace a otra, para que no lesione el principio de confianza legítima, debe ser respetuosa de las normas superiores pertinentes.²²⁶

Entonces, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado reprocha que los cambios jurisprudenciales se apliquen retroactivamente, por lo que no se explica cómo, para el presente asunto, se deciden variar las reglas de la procedibilidad de la acción de tutela con fundamento una tesis nunca antes sostenida por esta Corporación y que le impide al actor acceder a la justicia para salvaguardar sus derechos fundamentales. De ese modo, y sin que quepa lugar a duda alguna, la Sala vulnera la confianza legítima del señor PETRO URREGO al imponer una nueva regla de procedibilidad de la acción de tutela en abierto desconocimiento de sus propios precedentes jurisprudenciales.

No sobra advertir, como lo hice en la discusión del proyecto, que nunca la Sala Plena ni ninguna sección del Consejo de Estado han desechado el estudio de una acción de tutela por considerar que existen las medidas cautelares del CPACA como otro medio de defensa judicial. Por eso, aceptar por primera vez que, las medidas cautelares del CPACA son otro mecanismo de defensa judicial, y aplicarlo de inmediato a este caso, confirma la vulneración de la confianza legítima.

4.9.3. La contradicción de la Sala al declarar improcedente la tutela y al mismo tiempo resolver el cargo de falta de competencia.

Con todo respeto por quienes acogieron el proyecto que finalmente fue aprobado, debo poner de presente la evidente contradicción en que se incurrió al resolver el argumento del actor tendiente a demostrar que la Procuraduría General de la Nación no era competente para imponer la sanción disciplinaria.

Como lo anota el Consejero DANILO ROJAS BETANCOURTH en su salvamento de voto, resulta paradójico que la Sala haya decidido declarar la acción de tutela improcedente pero al mismo tiempo se pronuncie sobre un asunto de fondo tal

²²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 2011 – 0775. Fallo de 12 de septiembre de 2013

como lo es el referido a la competencia de la Procuraduría para sancionar al Alcalde. Lo cierto es que uno y otro aspecto son excluyentes entre sí, dado que la improcedencia de la acción impide que el Juez haga pronunciamiento alguno sobre los argumentos tendientes a señalar la violación de los derechos fundamentales invocados en la solicitud, de suerte que, al referirse a la competencia, la Sala incurre en insalvable contradicción.

La paradoja a la que se refiere el consejero ROJAS BETANCOURTH es un más evidente cuando el proyecto plantea como conclusión que no hay perjuicio irremediable porque la actuación de la Procuraduría no fue injustificada ni ilegítima en tanto que obró con competencia, con apego a los procedimientos, con fundamento probatorio adecuado, en aplicación de las normas vigentes, sin engaño ni desconocimiento de precedentes vinculantes. Pero nada de esto, salvo lo atinente a la competencia, fue objeto de estudio por parte de la Sala, se trata, por lo tanto, de una afirmación carente de fundamento.

Se denota, además, que es insostenible el argumento tendiente a señalar que el perjuicio es irremediable siempre que se derive de una actuación injustificada o que provenga de una acción ilegítima, ya que la constatación de ello implica verificar si el caso concreto reviste una vía de hecho, circunstancia que sólo puede ser analizada luego de determinar si el recurso de amparo es o no procedente.

Con todo, se incurre en una imprecisión, pues se confunden las causales genéricas de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha definido frente a las providencias judiciales (que son las que el Juez de tutela debe verificar como primer paso antes de entrar a examinar el fondo del asunto en esta clase de reclamaciones y que hacen referencia a (i) la relevancia constitucional, (ii) el agotamiento de los recursos disponibles, (iii) la inmediatez, etc.) con las denominadas causales específicas (defecto orgánico, fáctico, sustantivo, procedimental, etc.),²²⁷ que son las referidas por el proyecto, y en rigor no tienen como finalidad condicionar la procedibilidad del amparo sino permitir al Juez valorar el mérito de la reclamación, es decir, ir al fondo del asunto, lo que, por otra parte, constituye otro yerro, pues una tutela contra acto administrativo termina sometida al parámetro de control definido por la jurisprudencia para la tutela contra providencias judiciales.

También es del caso advertir que el proyecto afirma “el proyecto inicialmente presentado a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, traía resuelto el aspecto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación, en los términos que a continuación se resumen.”

Debo resaltar que en la sesión correspondiente, pedí el uso de la palabra para manifestar que no era pertinente la inclusión del tema de la competencia porque la acción, a juicio de la mayoría, debía declararse improcedente, y que fuera eliminado el texto introductorio antes transcrito, por considerar que en el nuevo proyecto el resumen descontextualiza el documento original.

En vista de lo anterior, considero necesario presentar en su debido contexto todos los argumentos que expuse a la Sala, según los cuales la Procuraduría General de la Nación aunque competente, desconoció los derechos fundamentales al actor, tal y como pasaré a exponer en los puntos 5 y siguientes de este salvamento.

4.9.4.- El silencio de la sentencia frente a la intervención de terceros

Otro aspecto que brilla por su ausencia y que podría incluso comprometer la legalidad de la decisión, es el relacionado con las intervenciones que a lo largo de la segunda instancia hicieron terceros que buscaron participar en el trámite del proceso y que no fueron tenidos en cuenta al momento de proferir la sentencia. Tales intervenciones pueden clasificarse de la siguiente manera:

4.9.4.1.- Recusaciones

Los ciudadanos SERGIO ERICK LIZARAZO²²⁸ y ROBERTO HERMIDA IZQUIERDO,²²⁹ recusaron al Consejero de Estado, doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, por considerar que en él recaen circunstancias que le impedían participar en el trámite de la acción de tutela.

4.9.4.2.- Recurso de reposición

²²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2005

²²⁸ Fl. 854.

²²⁹ Fl. 844.

El día 7 de febrero del año en curso, el señor ADOLFO AGUDELO RODAS presentó recurso de reposición contra la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se negaron los impedimentos manifestados por algunos Consejeros. En el sentir del recurrente, la decisión adoptada por la Sala debía ser revocada y en su lugar aceptar el impedimento de la doctora MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO²³⁰.

4.9.4.3.- Coadyuvancias

También se presentaron escritos coadyuvando las pretensiones del actor y otras solicitando que estas fueran negadas.

4.9.4.3.1.- Coadyuvancias en contra de las pretensiones del actor

El ciudadano JUAN ESTEBAN ORREGO CALLE allegó al proceso un escrito en el que solicita se tenga en cuenta su intervención en el presente proceso, con el *“fin de que sean revocadas las determinaciones adoptadas vía tutela que derivaron la suspensión de la sanción disciplinaria impuesta conforme a la ley respecto del Señor Alcalde Mayor de la Ciudad”*²³¹.

Así mismo, se arrió al proceso el escrito suscrito por MARÍA DEL ROSARIO FERNÁNDEZ DE CASTRO CAÑEDO, en el que pide *“Dejar en firme el fallo disciplinario de la Procuraduría contra el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. (...) y/o lo de su competencia II No tomar ninguna decisión contra nuestro ordenamiento jurídico o instituciones II Preservar los derechos del 68.8% de electores bogotanos que no votamos por el señor Petro, y los más de 350.000 mil (sic) que firmamos la revocatoria del mandato del señor Gustavo Petro.”* ²³².

4.9.4.3.2.- Coadyuvancias en favor de las pretensiones del actor y otras solicitudes.

²³⁰ Fl. 839-842.

²³¹ Fl. 804.

²³² Fl. 846-852.

Los señores JOSÉ MILTÓN GÁLVIS GÓMEZ,²³³ CHRISTIÁN ALBERTO NIÑO²³⁴ y GIOVANNY FLÓREZ CHAPARRO,²³⁵ presentaron solicitudes dirigidas a que se garantice la justicia y la protección de los derechos fundamentales del actor. También piden la acumulación de “todas las tutelas” referentes al Alcalde, con el fin de que se unifiquen las posiciones de los Magistrados. Para terminar, pretenden que los Magistrados que se encuentren en causales de inhabilidad e incompatibilidad se declaren impedidos.

Mediante escrito de 11 de febrero de 2014, el señor JOSÉ ERNESTO PÁRAMO ALTURO, manifestó que el proceso mediante el cual fue destituido el actor se encuentra viciado de nulidad, toda vez que la actuación de la Procuraduría constituye una desviación de poder dado que el funcionario competente para destituir al Alcalde del Distrito de Bogotá es el Presidente de la República. En el mismo sentido, señala que la decisión asumida por la Procuraduría omitió consultar a la Contraloría General de la República y a la Contraloría Distrital, en franca contradicción de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política²³⁶.

4.9.4.4.- Los intervinientes en la acción de tutela.

Según se desprende del segundo inciso del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991,²³⁷ quienes cuenten con un interés directo en el proceso podrán intervenir en él. La jurisprudencia constitucional ha entendido que esta expresión legal implica que la anotada intervención se haga atendiendo a las reglas procesales propias del instituto de la coadyuvancia, de manera que: “en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones.”²³⁸

En este contexto, cuando un tercero interviene en el trámite de una acción de tutela, el Juez debe verificar cuál es el interés que le asiste a más de que sus

²³³ Fl.863-867.

²³⁴ Fl.869-870.

²³⁵ Fl.872-876.

²³⁶ Fl. 856-860.

²³⁷ Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

intervenciones se encuentren en plena consonancia con las pretensiones del actor o de la entidad o persona demandada, según la parte a la que coadyuve. Una vez se haya constatado esto, el tercero queda integrado de tal manera a la *Litis* que sus solicitudes no pueden pasar inadvertidas, de suerte que deben ser tenidas en cuenta para resolver el correspondiente asunto.

A propósito de ello, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las actuaciones de los coadyuvantes quedan legitimadas cuando se niega un acto suyo en contravención del derecho de defensa y de la idea de justicia que inspira el trámite de la acción de tutela, por consiguiente, en el proceso se debe propugnar la protección de las garantías procesales de estos sujetos, de manera que su derecho de defensa se ve conculcado si se les impide participar procesalmente.²³⁹

Pues bien, el suscrito estima censurable que la Sala haya aprobado el proyecto de sentencia sin que en este se tuvieran en cuenta las diferentes intervenciones que realizaron los terceros, más allá de que estas tengan o no vocación de prosperidad, se trata, por sobre todo, de atender los argumentos de quienes creen que la decisión judicial puede eventualmente afectar sus derechos, bajo la égida garantista e informal propia de este tipo de procesos.

A lo anterior se suma que, sin razón aparente o conocida, el proyecto de fallo que finalmente fue aprobado se detuvo a estudiar la recusación que se presentó contra el Consejero Ponente, de manera que se expusieron las razones por las cuales este no se encontraba incurso en causal de recusación, pero guardó silencio respecto las demás intervenciones, otorgando así un tratamiento procesal diferente a los terceros sin que existiera justificación alguna para ello.

4.9.5. La competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer una sanción consistente en la destitución e inhabilidad del Alcalde Mayor de Bogotá en funciones

A efectos de establecer si la Procuraduría General de la Nación era competente para sancionar al Alcalde, se hace imperioso revisar (i) lo concerniente a la

²³⁸ Corte Constitucional. T-269 de 2012

²³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2006.

legitimidad de esta competencia a la luz de la CADH, para poder determinar si ha habido o no una afectación ilegítima de los derechos políticos del peticionario; para estudiar enseguida lo referente a (ii) la competencia que el artículo 323 Superior reconoce al Presidente de la República para destituir al Alcalde Mayor de Bogotá y su incidencia sobre las potestades sancionatorias de la Procuraduría y, por último, (iii) lo atinente a las competencias que el artículo 278 de la Constitución encomienda directamente al Procurador General de la Nación.

(i) La legitimidad convencional (y constitucional) de la competencia sancionatoria del ente de control disciplinario

Aun cuando el texto de la Constitución es explícito en otorgar amplias facultades investigativas y sancionatorias a la Procuraduría²⁴⁰, en virtud de las cuales puede ejercer sus poderes sobre todas las personas que ejerzan funciones públicas, “inclusive las de elección popular”²⁴¹, de acuerdo con los argumentos de la parte demandante, debido a lo previsto en el artículo 23.2 CADH solo un juez competente en proceso penal puede disponer de los derechos políticos de las personas. Por ende, sostiene, dada su naturaleza administrativa la Procuraduría no tendría competencia para llevar a cabo un procedimiento disciplinario que, como el adelantado, desemboca en sanciones que limitan o restringen los derechos políticos del señor PETRO URREGO. De este razonamiento el actor deriva una supuesta afectación ilegítima de sus derechos políticos consagrados por la CADH.

En contraste, la Procuraduría sostiene que es plenamente competente para imponer sanciones como la destitución o la inhabilidad para ejercer cargos públicos, por lo cual la afectación ilegítima a los derechos políticos del actor invocada en la demanda sería inexistente. Manifiesta que en la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional ya se pronunció respecto a este tema sobre la base de un cargo estructurado en un argumento semejante al que ahora se plantea, y concluyó que dichas facultades no eran contrarias al artículo 23.2 CADH. Añade que lo resuelto recientemente en la sentencia SU-712 de 2013 es una refrendación de lo anterior y considera además que el artículo 30 CADH permite que las leyes nacionales limiten los derechos reconocidos en la

²⁴⁰ *Cfr.* artículos 125, 277, 278 y 284 de la Carta.

²⁴¹ Artículo 277 numeral 6° de la Constitución.

Convención (y entre ellos los políticos) para atender fines de interés general, y que ese es el caso de los procedimientos disciplinarios en Colombia.

Al respecto, se tiene que las competencias de la Procuraduría para imponer sanciones como la destitución de un funcionario de elección popular o la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos de ninguna manera riñen con lo establecido por el artículo 23.2 CADH. Por ende mal puede hablarse de una afectación ilegítima de los derechos políticos del peticionario. De un lado, (a) los precedentes constitucionales invocados por la parte demandada, además de tener fuerza vinculante ofrecen una perspectiva que permite esclarecer el asunto competencial; de otro, se tiene que una revisión del habitual respeto que la jurisprudencia de la CIDH ha guardado por el (b) margen de apreciación que la CADH otorga a los Estados miembros para el desarrollo y cumplimiento de sus disposiciones, acompañado de la valoración de la arquitectura institucional del Estado colombiano en la Constitución en general y de la Procuraduría en particular, brinda también una línea de razonamiento que hace posible disipar con mayor ahínco cualquier duda que se tenga respecto de la competencia del ente de control para imponer esta clase de medidas.

a) Los precedentes constitucionales que avalan la competencia de la Procuraduría General de la Nación.

Tal como es destacado por la parte demandada, el argumento de la falta de competencia de la Procuraduría para imponer sanciones que afectan los derechos políticos de las personas no puede ser de recibo, por cuanto ya ha sido valorado y desestimado por la jurisprudencia constitucional.

Así, pues, no se trata solo de que según lo dispone el artículo 277 numeral 6º de la Constitución el Procurador General de la Nación se encuentre facultado para ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive sobre los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley. Tampoco se debe solo a que la Justicia Constitucional ya haya sentado como premisa básica de nuestro ordenamiento que los derechos políticos, al igual que todos los demás que integran la Carta de derechos, no pueden considerarse

absolutos ni inmunes a una configuración legal acorde con los intereses de la colectividad, siempre que sea respetuosa de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad²⁴². Para el caso concreto se debe tener en cuenta de manera especial el hecho que la facultad de la Procuraduría para imponer sanciones restrictivas de los derechos políticos de los sujetos de control disciplinario fue encontrada acorde al artículo 23.2 CADH por la Corte Constitucional al realizar el control de convencionalidad que le fue propuesto en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad. Por ende, se trata de una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional²⁴³ y como tal debe ser respetada.

En efecto, en la sentencia C-028 de 2006 la Corte tuvo que resolver la cuestión de si los artículos 44 numeral 1, 45 literal d) y 46 inciso 1 de la Ley 734 de 2002 vulneraban el bloque de constitucionalidad al consagrar como posibles consecuencias del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría, la destitución e imposición de inhabilidades para el ejercicio de las funciones públicas. Lo anterior, bajo el cargo que tales previsiones resultaban contrarias a lo dispuesto por el artículo 23 de la CADH, en virtud de la cual la Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o *condena, por juez competente, en proceso penal*; circunstancia esta última que en criterio de los demandantes se infringía en los preceptos acusados.

De acuerdo con lo expresado en aquella ocasión por la Corte Constitucional, una interpretación sistemática y coherente de la CADH con otros instrumentos internacionales permite concluir que no se presenta la infracción denunciada. Según se lee en dicha sentencia:

*“(...) es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las **interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales**, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí,*

²⁴² *Vid.*, p. ej., las sentencias C-952 de 2001, C-100 de 2004 o C-028 de 2006.

²⁴³ Artículo 243 de la Constitución.

con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.

Ahora bien, en caso de que frente a un determinado problema jurídico concreto la interpretación armónica de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no acuerde una respuesta satisfactoria, con fundamento en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, será necesario acudir a otros tratados internacionales relevantes.

Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

En tal sentido, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, aprobada por el seno de esta última el 26 de marzo de 1996, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el propósito de combatir dicho flagelo.

De igual manera, más recientemente, en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en su artículo 8.6. alude expresamente a la imposición de medidas disciplinarias contra la corrupción:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, **medidas disciplinarias** o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente

adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador” (negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, para la Corte Constitucional en tanto que forman parte de un sistema coherente y armónico como es el Derecho Internacional Público, los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática, de suerte que se armonicen sus disposiciones y se haga posible que los Estados atiendan de forma adecuada los desafíos que les plantea la transformación de la realidad y de las dinámicas y problemas sociales que deben encarar.

Por ende, como quedó visto, y tal como fue reiterado por la misma Corte en la ya referida Sentencia SU-712 de 2013, “a partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En consecuencia resulta inviable considerar que en virtud de la aplicación directa de este precepto convencional el ente de control carece de facultades sancionatorias como las ejercidas en los actos controvertidos en este juicio de amparo. Por esto, desde la perspectiva de los precedentes constitucionales examinados nada hay que objetar a la competencia sancionatoria de la Procuraduría; razón por la cual no podría considerarse que se está frente a una afectación ilegítima de los derechos políticos del peticionario. Lo anterior, toda vez que si bien es cierto que éstos se han visto limitados como consecuencia de la decisión sancionatoria que ahora se controvierte, no lo es menos que se trata de una decisión que desde el punto de vista de la competencia sancionadora resulta incuestionable y, por lo tanto, es legítima.

- b) **El margen de apreciación de los Estados miembros de la CADH en el desarrollo y aplicación de sus disposiciones y el particular diseño institucional de la Procuraduría General de la Nación en la Constitución Colombiana.**

Al razonamiento anterior se debe añadir otro argumento básico para justificar la conformidad de la competencia sancionatoria de la Procuraduría con las disposiciones de la Convención, a saber: el margen de apreciación que la CIDH ha reconocido a los Estados miembros en desarrollo y aplicación de las disposiciones de la CADH; que en el caso concreto se traduce en la legitimidad de la formulación de un sistema de control disciplinario de los servidores públicos que aun cuando, *prima facie*, podrían generar dudas sobre su compatibilidad con el artículo 23.2 CADH, por habilitar la imposición de sanciones restrictivas de los derechos políticos por un órgano al que formalmente no le asiste la calidad de autoridad jurisdiccional, visto de cerca y a partir de la valoración concreta del diseño institucional de la Procuraduría en el orden constitucional nacional, se muestra conforme a las exigencias mínimas del sistema interamericano.

Debido a la falta de comprensión unánime o uniforme de las cláusulas de la Convención y la forma como éstas deben ser interpretadas, desarrolladas y aplicadas por los diferentes Estados, y habida cuenta del carácter democrático y soberano de éstos, la CIDH ha aludido en diferentes oportunidades al margen o capacidad de apreciación que les corresponde a efectos de adoptar medidas que permitan conciliar la efectividad de los derechos consagrados con las particularidades históricas, sociales, culturales o políticas de cada potencia²⁴⁴. El artículo 30 CADH brinda cobertura suficiente a esta prerrogativa, que en últimas busca armonizar los derechos garantizados en la esfera internacional con los intereses y circunstancias propias de cada Derecho interno.

En particular esta discrecionalidad en materia de regulación o configuración de los derechos políticos fue reconocida por la CIDH en el caso CASTAÑEDA GUTMAN VS. MÉXICO. Este precedente, en el cual se controvierte una limitación al derecho a participar en política contemplada por el sistema electoral mexicano, esclarece

²⁴⁴ Vid. CIDH, Opinión Consultiva 4 de 1984, sobre la legitimidad de una reforma constitucional en Costa Rica al régimen de naturalización de extranjeros. También véase, p, ej., la sentencia CASTAÑEDA GUTMAN VS. México, del 6 de agosto de 2008, en la cual se reconoce la amplitud de la competencia de los Estados para el desarrollo de sus modelos electorales. En sentido similar la sentencia CHOCRÓN CHOCRÓN VS. Venezuela, del 1 de julio de 2011, resalta la imposibilidad de la CIDH para determinar cuál es el sistema legal que mejor garantiza la independencia judicial.

importantes elementos para la comprensión del régimen jurídico del artículo 23 CADH que resultan indispensables para el caso que se resuelve. Entre otros aspectos en esta decisión se pone de relieve que:

- El artículo 23 CADH debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma²⁴⁵.

- El párrafo 2 del artículo 23 de la CADH establece que la Ley puede reglamentar el ejercicio de tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. En él se definen entonces las razones por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 y tiene como propósito único a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos²⁴⁶.

- Siempre que no se traduzca en medidas desproporcionadas o irrazonables, los Estados pueden legítimamente utilizar estos límites para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos²⁴⁷.

- Con todo, no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la CADH²⁴⁸.

- Lo anterior, no solo porque el sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado, sino también porque la CADH establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y

²⁴⁵ Consideración jurídica No. 153.

²⁴⁶ Consideración jurídica No. 155.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ Consideración jurídica No. 161.

culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos²⁴⁹.

De lo que se trata, entonces, es de reconocer a las autoridades nacionales la discrecionalidad necesaria para desarrollar, dentro del marco de los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que impone la Convención, un sistema de ejercicio de los derechos políticos acorde con su tradición institucional, sus valores y con las singularidades de su realidad y de su propia visión de la materia.

Siendo esto así, y teniendo en cuenta las especificidades del diseño institucional de la Constitución Colombiana, y en especial el celo exhibido por el Constituyente al momento de definir el esquema de pesos y contrapesos responsable tanto del equilibrio como del control de los poderes públicos en general, **no hay duda que el régimen disciplinario perfilado por la Carta en sus artículos 4, 6, 113, 117, 124, 125, 209, 210 y 275 a 278, concretado por la Ley 734 de 2002, constituye un desarrollo legítimo del referido margen de apreciación**; razón por la cual en manera alguna atenta contra el citado artículo 23.2 CADH.

Esta posición encuentra respaldo en dos argumentos fundamentales: De un lado, la consideración de la importancia de la función de control disciplinario otorgada por la Constitución a la Procuraduría, reflejada en la autonomía funcional e independencia orgánica que hoy se le concede a este ente de control; y de otro, la valoración de los contenidos mínimos en los cuales la jurisprudencia de la CIDH ha cimentado la idea de la garantía de la protección judicial que se debe observar en los eventos de restricción de los derechos políticos de las personas.

- ***La independencia y autonomía de la Procuraduría General de la Nación en el conjunto de la institucionalidad colombiana***

En lo referente a los rasgos fundamentales del diseño institucional de la Procuraduría en Colombia debe resaltar que el mismo es expresión del empeño del Constituyente en la definición de un esquema robusto de controles sobre los

²⁴⁹ Consideración jurídica No. 166.

poderes públicos, capaz de hacer frente a consabidos problemas institucionales como la corrupción, la ineficiencia o la indisciplina del funcionariado público. El denuedo con que se abordó esta materia se hace patente a lo largo de todo el texto constitucional.

De una parte se puede apreciar en la proliferación de disposiciones puntuales que hacen explícita su preocupación por el control específico de los distintos niveles de la Administración Pública²⁵⁰; de otro, se vislumbra en una regulación acorde con la cual las instancias más elevadas del poder público se encuentran sometidas a una pluralidad de fórmulas de responsabilidad que se concretan en instituciones tan diversas como los controles político, disciplinario o fiscal, en la declaratoria de pérdida de investidura o en el juzgamiento penal de su conducta en general y contencioso administrativo de los actos electorales y de todas sus decisiones como autoridad del Estado. Lo anterior, sin contar con el control que se deriva del ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, como tribunales constitucionales, así como de los jueces de tutela, *habeas corpus*, acciones populares y de cumplimiento.

A lo anterior se debe sumar el hecho que la lectura de los antecedentes constitucionales permite evidenciar que el compromiso del Constituyente con el control del poder público, en general, y de la Administración Pública en particular, le llevó a fortalecer la tradicional institución del Ministerio Público. Convencida de la necesidad de extender su órbita de influencia y su campo de acción frente a las más restringidas competencias con que surgió en 1830 la Procuraduría y fue evolucionando a lo largo de nuestra vida republicana, la Asamblea Nacional Constituyente debatió sobre la conveniencia de crear “una entidad que vigile la conducta oficial de los empleados y simultáneamente defienda, proteja y

²⁵⁰ Así, por ejemplo, la cláusula general contenida en el artículo 6º, según la cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley “y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, es claramente ilustrativa de esta tendencia. De forma más concreta se observa una alusión al control disciplinario en disposiciones como el artículo 209 y su referencia a que “[l]a administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley”. O también en el artículo 210 que encomienda al legislador definir “el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. La trascendencia de esta función se hace igualmente manifiesta en el artículo 125, según el cual en virtud de su estabilidad reforzada el retiro de los funcionarios de carrera administrativa procede solo “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley”. La amplitud con la cual el artículo 277 configura la

promueva la inviolabilidad de los Derechos Humanos. Además, que sirva de intermediaria entre las agrupaciones populares y el Estado Colombiano²⁵¹.

En últimas, se optaría por estatuir dos instituciones parcialmente diferenciadas: La ya tradicional Procuraduría General de la Nación y la “nueva” Defensoría del Pueblo²⁵². Pero fiel a su propósito, en lo concerniente a la primera de ellas el órgano constituyente introdujo importantes cambios orientados a fortalecer su independencia orgánica y su autonomía funcional²⁵³. Con el fin de excluir todo vínculo jerárquico con el Gobierno se dispuso (i) que se trata de un órgano que no forma parte del poder ejecutivo²⁵⁴, (ii) a cargo del Procurador General de la Nación²⁵⁵, (iii) funcionario elegido por el Senado²⁵⁶, (iv) de terna conformada por candidatos procedentes de distintos órganos del poder público (Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado)²⁵⁷, (v) para un periodo definido de cuatro años²⁵⁸, (vi) con unas competencias y atribuciones señaladas por la Constitución²⁵⁹ y (vii) un régimen laboral, salarial y prestacional para sus funcionarios igualmente delineado en sus bases por la norma constitucional²⁶⁰.

competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar servidores públicos, inclusive a los de elección popular, es otra evidencia de ello.

²⁵¹ Gaceta Constitucional, No. 38. Ponencia “Ministerio Público” de los Constituyentes: Armando Holguín Sarria y Hernando Londoño Jiménez.

²⁵² Frente a la decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente en primer debate de atribuir a un nuevo órgano denominado Defensoría del Pueblo las funciones disciplinaria y de protección y defensa de los derechos humanos el Gobierno Nacional presentó ante los constituyentes la conveniencia de una escisión institucional y funcional semejante a la que finalmente se instauró en la Constitución de 1991; iniciativa que a la postre saldría avante. *Vid.* Gaceta Constitucional, No. 91. “El Ministerio Público y el Defensor de los Derechos Humanos”, Constancia ante la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del Señor Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle Lombana, y del Consejero para la Asamblea Constitucional, Manuel José Cepeda.

²⁵³ Se destacan estos rasgos como atributos que deberían informar el régimen de la Procuraduría General de la Nación en distintos debates de la Asamblea Nacional Constituyente. *Cfr.* Gaceta Constitucional No. 25 (Ponencia “Ministerio Público”, del Constituyente José Ma. Velasco Guerrero), Gaceta Constitucional No. 89 (Ponencia “Defensor del Pueblo”, de la Constituyente Ma. Teresa Garcés Lloreda) y Gaceta Constitucional No. 123 (Acta de Sesión de Plenaria). También se hace referencia a la necesidad de separar este órgano del Gobierno y del Legislativo y poner así fin a la tendencia que en este sentido se ha observado en las Constituciones Nacionales precedentes. *Vid.* Gaceta Constitucional No. 38 (Ponencia “Ministerio Público”, de los Constituyentes: Armando Holguín Sarria y Hernando Londoño Jiménez).

²⁵⁴ Artículos 113 y 117 de la Constitución.

²⁵⁵ Artículo 275 de la Constitución.

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Ibidem.*

²⁵⁸ *Ejusdem.*

²⁵⁹ Artículos 277 y 278 de la Carta.

Con esas características, es claro que en Colombia aun cuando la Procuraduría no forma parte de la rama judicial conforme a lo previsto por el artículo 116 de la Ley Fundamental, no es menos evidente que en razón de las referidas garantías institucionales de independencia orgánica y autonomía funcional tampoco forma parte del Gobierno ni del Poder Ejecutivo²⁶¹. Es, a voces del artículo 113 Superior, uno de los otros órganos (fuera de las clásicas ramas ejecutiva, legislativa y judicial) que integran el poder público con las anotadas características de independencia y autonomía “para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”, y un “órgano de control” al tenor de lo previsto por el artículo 117 Constitucional. Sin duda, una arquitectura institucional que mediante un desarrollo escrupuloso de la separación de poderes apunta al ideal constitucional del afianzamiento del Estado de Derecho.

Tal como ha resaltado la Corte Constitucional, “[e]n la Constitución Política de 1991, el Procurador General de la Nación no depende ya, en sus funciones del Presidente de la República. Ello obedece a la filosofía que inspira todo el ordenamiento constitucional contemporáneo, según la cual los órganos de control no deben depender ni funcional ni orgánicamente de los organismos que ellos mismos controlan, porque tal dependencia no sólo implica en sí misma una contradicción lógica irreconciliable, sino que por sobre todo, incide negativamente en el ejercicio efectivo del control”²⁶².

En este orden, y tomando en cuenta las consideraciones de la CIDH sobre la interpretación del artículo 23 CADH y el margen de apreciación que le es dado a los Estados para la regulación de los derechos políticos de sus ciudadanos, se concluye que la Procuraduría tiene competencia para sancionar con destitución o

²⁶⁰ Artículo 280 de la Constitución.

²⁶¹ En esta circunstancia y en el fortalecimiento de sus facultades de investigación y sanción estriban dos de las mayores innovaciones introducidas por la Carta de 1991 en relación con el régimen de la Procuraduría frente a su reglamentación en la Constitución de 1886. Esto, por cuanto, como explica la Corte Constitucional en la sentencia C-229 de 1995, “el anterior ordenamiento señalaba, en su artículo 142, que el Ministerio Público era ejercido por el Procurador pero bajo la suprema dirección del Gobierno. Además, ese ordenamiento no confería al Ministerio Público una función constitucional específica de imponer sanciones disciplinarias sino que señalaba que el Procurador debía “cuidar” que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñaran cumplidamente sus deberes”.

²⁶² Corte Constitucional, sentencia C-743 de 1998.

inhabilidad a los funcionarios del Estado sin que hacerlo resulte, de por sí, contrario a la norma convencional en cita.

- **Garantías mínimas fijadas por la jurisprudencia de la CIDH en materia de la protección judicial que se debe observar en eventos de restricción de derechos políticos:**

De conformidad con lo expresado en el apartado anterior se tiene que según fuera establecido por la CIDH²⁶³ (i) el párrafo 2 del artículo 23 CADH no puede ser objeto de una interpretación aislada ni literal, pues no se debe ignorar el conjunto de la Convención ni los principios básicos que la inspiran²⁶⁴; (ii) el propósito del enunciado contenido en dicho párr. 2 no es otro que “evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”²⁶⁵, mediante, por ejemplo, un uso ilegítimo de la potestad de regulación de estas posiciones jurídicas por parte de los Gobiernos; y (iii) no es procedente entender que los derechos políticos solo son limitables por las razones definidas por el párrafo 2²⁶⁶, ya que la CADH establece “lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales”²⁶⁷. Por ende, conforme se concluyó de manera precedente, las potestades que legalmente asisten a la Procuraduría para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado no atentan o infringen dicha previsión de la Convención.

No obstante, como es resaltado por el solicitante, el precedente LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA permite cuestionar la conformidad de las facultades sancionatorias de la Procuraduría con el artículo 23.2 CADH. No de otra forma se explica que en dicho pronunciamiento la CIDH haya encontrado vulnerado el artículo 23 CADH por el hecho de haber recibido esta persona una sanción de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por parte de una autoridad administrativa. Con todo, como fue resaltado por la Corte Constitucional en la

²⁶³ Fallo MENDOZA GUTMAN VS. MÉXICO.

²⁶⁴ Consideración jurídica No. 153.

²⁶⁵ Consideración jurídica No. 155.

²⁶⁶ Consideración jurídica No. 161.

²⁶⁷ Consideración jurídica No. 166.

sentencia SU-712 de 2013, el examen detallado de dicho pronunciamiento permite afirmar que esa conclusión no es trasladable al caso *sub examine*.

En efecto, según lo manifestado por la CIDH en dicho asunto:

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

En consecuencia, teniendo en cuenta la forma como se desarrolló el caso bajo revisión dadas las características del sistema de control disciplinario en Colombia, es ostensible que difícilmente se podría arribar a una conclusión semejante a la alcanzada en dicha ocasión por la CIDH. Los significativos factores diferenciales entre uno y otro supuesto permiten establecer con suficiencia una distinción capaz de justificar de forma razonada una conclusión divergente.

En este sentido, debe considerarse que en el ordenamiento jurídico colombiano las decisiones de la Procuraduría (i) aun cuando no provienen de una autoridad que formalmente tenga la calidad de juez, sí **tiene la calidad de autoridad independiente y autónoma**, rasgo determinante para la configuración de la garantía de la protección judicial acuñada por la CIDH²⁶⁸; la cual adicionalmente (ii) impone **sanciones disciplinarias que, como las penales, son “una expresión del poder punitivo del Estado** y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”²⁶⁹, (iii) por lo que se puede considerar -especialmente si se pone en valor el atributo de independencia atrás referido- que su actividad **representa una función especial, que aun cuando no sea estrictamente judicial no es tampoco expresión de la típica potestad administrativa**

²⁶⁸ *Vid.* sentencia CHOCRÓN CHOCRÓN VS. VENEZUELA, del 1 de julio de 2011. También la sentencia REVERÓN TRUJILLO VS. VENEZUELA, del 30 de junio de 2009. La razón de ser de esta consideración es simple: se trata de “evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”. *Cfr.* Sentencia CHOCRÓN CHOCRÓN... *Op. Cit.*, consideración jurídica No. 97.

²⁶⁹ *Cfr.* Caso BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, sentencia de 2 de febrero de 2001. También caso VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

sancionatoria (de hecho, gracias a la ya referida garantía de independencia se podría afirmar que la labor que desempeña en Colombia este órgano de control es más próximo a la lógica de la función judicial que a la de la Administración Pública convencional, dado el tradicional carácter jerárquico de ésta y sus estrechos nexos con el Gobierno); así como que (iv) por mandato constitucional²⁷⁰ **sus investigaciones y sanciones deben respetar las garantías propias del debido proceso**²⁷¹, por lo cual en cumplimiento de sus funciones la Procuraduría no solo profiere actos de simple condena, sino que debe instruir un procedimiento al interior del cual se brinden las oportunidades de defensa que establece la Ley.

Aparte de lo expuesto no puede perderse de vista el hecho que en el orden jurídico nacional las decisiones sancionatorias de la Procuraduría son pasibles del control jurisdiccional del contencioso administrativo; lo cual refuerza aún más las garantías procesales y asegura la tutela judicial de las personas afectadas por esta clase de determinaciones.

La vigencia de estas garantías en el derecho nacional no solo permite fundamentar razonadamente una conclusión divergente a la alcanzada por la CIDH en el precitado caso LÓPEZ MENDOZA, sino que además hacen posible constatar la compatibilidad sustancial del sistema de control disciplinario diseñado por el Constituyente y desarrollado por el legislador nacional con la exigencia convencional, según la cual solo una autoridad que atienda los mínimos que impone la garantía de la protección jurisdiccional (*rectius* independencia y apego a los principios de legalidad y debido proceso) pueda adoptar medidas restrictivas o limitativas de los derechos políticos de las personas.

- **Conclusión.**

Se concluye entonces, con base en los razonamientos anteriores, que examinada la convencionalidad del sistema de control disciplinario diseñado por la Constitución Política de Colombia y desarrollado por la Ley 734 de 2002, la Procuraduría General de la Nación tiene suficientes facultades para investigar a los funcionarios públicos del Estado colombiano y, de ser el caso, imponerles

²⁷⁰ Artículo 29 de la Constitución.

sanciones como la destitución o inhabilidad para ejercer cargos públicos. En estas condiciones no hay duda que las determinaciones adoptadas por el órgano de control sobre los derechos políticos del peticionario no representan, de por sí, un desconocimiento de los derechos garantizados por los artículos 23 de la CADH y 40 de la Ley Fundamental colombiana.

Con todo, y en línea con la preocupación expresada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013²⁷², es menester dejar constancia de que pese al encaje convencional de la fórmula de control disciplinario adoptada por la Constitución y la Ley nacional, como se desprende de las numerosas controversias políticas y jurídicas que de tiempo acá proliferan en el país a causa de esta materia, es éste un asunto que bien merece una reflexión global y una discusión abierta y a fondo sobre los pros y los contras del sistema actual. No se trata solo de ambientar eventuales reformas coyunturales orientadas a corregir aspectos discutibles o inconvenientes del arreglo institucional contenido en la Carta, sino más bien de profundizar la convencionalización de nuestro Derecho en un aspecto tan crucial para la salud del sistema democrático y del Estado de Derecho como el control disciplinario de los funcionarios públicos en general y los de elección popular en particular.

(ii) La compatibilidad de la potestad sancionatoria de la Procuraduría sobre el Alcalde de la Capital con la competencia que el artículo 323 de la Constitución reconoce al Presidente de la República para destituir a este funcionario

Un segundo cuestionamiento del demandante a la competencia de la Procuraduría para adoptar la sanción de destitución impuesta, es la facultad exclusiva que supuestamente reconoce el artículo 323 de la Constitución al Presidente de la República para tomar esta determinación, y que en su criterio desarrolla el artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993. Según lo expresado en la demanda estas

²⁷¹ *Vid.*, entre otras, de la Corte Constitucional, las sentencias T-393 de 1994, T-418 de 1997, C-013 de 2001, C-175 de 2001, C-555 de 2001, C-948 de 2002, T-10934 de 2004, T-561 de 2005, C-818 de 2005, C-762 de 2009, T-499 de 2013.

²⁷² De acuerdo con lo expresado en la consideración jurídica 7.8 *in fine* de la providencia citada, la Corporación constata que “ese fue el diseño institucional adoptado en la Carta Política y responde a su coherencia interna, de manera que el tribunal constitucional no es competente para corregir eventuales imperfecciones, adoptar los correctivos o implementar las reformas estructurales con el fin de que sea directamente una autoridad judicial la encargada de ejercer el control disciplinario de los parlamentarios”.

disposiciones fueron ignoradas por el ente de control, pues solo el Presidente de la República podría tomar la decisión de separar de su cargo al Alcalde Mayor de Bogotá. Siendo esto así, concluye el actor, al haber impuesto esta sanción la Procuraduría obró por fuera de sus potestades constitucionales y legales²⁷³.

Este cargo no encuentra fundamento en la Constitución y la Ley. Esto, por cuanto pese a ser cierto que de conformidad con lo previsto por el inciso 6º del artículo 323 de la Carta “[e]n los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde”²⁷⁴, no lo es menos que se trata de una disposición que está lejos de tener el alcance que se le da en la demanda. En efecto, basta con efectuar una interpretación literal de este enunciado para evidenciar que la facultad que al respecto se reconoce al Jefe de Estado solo opera y se activa en los eventos en los que así lo contemple la Ley; de suerte que es al legislador a quien corresponde, en el marco de los principios, las instituciones y las garantías que establece la Constitución, determinar en qué casos el Presidente de la República puede o debe destituir o suspender al Alcalde Mayor de Bogotá. Es, pues, como ha sido sostenido por la Corte Constitucional, “una facultad excepcional que requiere causales específicas”²⁷⁵ definidas por la Ley; las cuales, se reitera, no pueden desconocer el conjunto de disposiciones que conforman la Constitución.

Por este motivo se impone entender que antes que el desconocimiento de las facultades sancionatorias que la propia Constitución atribuye al Ministerio Público²⁷⁶ o la definición de una peculiar jerarquía entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Presidente de la República -muy discutible desde el principio de la autonomía territorial sancionado por la Carta²⁷⁷-, lo que persiguen los artículos 314 y 323 constitucionales al habilitar al legislador para definir causales taxativas que activen dicha prerrogativa del Jefe de Estado no es nada diferente a reconocer la necesidad y conveniencia de que en determinados supuestos excepcionales se le revista de dicha potestad. De aquí a la luz de una interpretación en conjunto y armónica de las distintas disposiciones constitucionales en juego, deba concluirse

²⁷³ Folio 65.

²⁷⁴ Esta disposición tiene un contenido análogo al del inciso 4º del artículo 314 de la Carta (modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2002), que prevé una facultad semejante en cabeza del Presidente y de los Gobernadores para suspender o destituir alcaldes municipales.

²⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 1995.

²⁷⁶ Artículo 277.6 de la Constitución.

que **estos preceptos no pueden implicar que el Ministerio Público carezca de facultades para imponer directamente las sanciones que estime del caso en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.**

Así, tal como es explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-229 de 1995, fallo en el cual se explora a fondo el significado de los artículos 314 y 323 en el orden constitucional vigente²⁷⁸, lo previsto en estas disposiciones se debe entender de manera armónica con la facultad constitucional reconocida a la Procuraduría para imponer las sanciones derivadas del ejercicio de la potestad disciplinaria externa que con exclusividad le confía la Carta. Por esto se debe asumir que (i) las causales que en virtud de dicha habilitación establezca la Ley son constitucionales, en primer término, cuando hacen referencia a aquellos casos en los cuáles el alcalde actúa como un agente del Presidente o del gobernador, como sucede por ejemplo en materia de orden público (artículo 296 de la Carta)²⁷⁹ y también (ii) “cuando hacen referencia a otros casos definidos por el Legislador, siempre y cuando se respete la potestad de supervigilancia disciplinaria del Ministerio Público y no se vulnere el contenido esencial de la autonomía territorial”²⁸⁰.

Por ende, como de manera explícita concluye la Corte Constitucional, en virtud de estos preceptos superiores no puede ser atribuida al Presidente y a los gobernadores una facultad genérica y constitucionalmente forzosa “de hacer efectiva la suspensión o destitución en todos los casos derivados de sanciones disciplinarias, por cuanto se estaría desconociendo la facultad sancionadora propia de la Procuraduría”²⁸¹. Esta es, entonces, una atribución excepcional que *puede* (y no que *tiene* que) ser encomendada al Presidente en relación con la ejecución de las sanciones impuestas por el Ministerio Público en desarrollo de sus competencias constitucionales directas; cuyo ejercicio (i) presupone, en todo caso,

²⁷⁷ Cfr. Artículo 1 y 287 y ss. de la Constitución.

²⁷⁸ En esta providencia se debate la constitucionalidad del artículo 104.2 de la Ley 136 de 1994, disposición en la cual al regular las causales de destitución de los alcaldes se contemplaba la solicitud de la Procuraduría como una de ellas. El cargo examinado era el supuesto desconocimiento de la potestad disciplinaria externa que en exclusiva reconoce la Carta a la Procuraduría, pues para los demandantes la norma demandada implicaba atribuir al Presidente de la República y a los gobernadores la facultad de imponer las sanciones de destitución y suspensión de los alcaldes en los casos de faltas disciplinarias.

²⁷⁹ Así lo reconoce también la Corte Constitucional en las sentencias C-032 de 1993 y C-179 de 1994.

²⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-229 de 1995.

que así lo disponga una Ley que establezca la correspondiente causal y (ii) que en absoluto resulta incompatible con el poder general que la propia Constitución atribuye al ente de control para instruir procesos disciplinarios y adoptar las medidas sancionatorias, incluida la destitución de alcaldes de elección popular, que juzgue del caso.

Visto lo anterior debe señalarse que la referida prerrogativa presidencial fue regulada por el artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993. De conformidad con dicha previsión:

ARTICULO 44. Destitución. El Presidente de la República destituirá al alcalde mayor:

1. *Cuando contra él se haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal.*
2. ***Cuando así lo haya solicitado el Procurador General de la Nación, y***
3. *En los demás casos previstos por la Constitución y la ley.*

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes y la forma como la Ley Disciplinaria ha regulado la sanción de destitución y su ejecución, para la Sala no hay duda que lo dispuesto por el numeral 2º del referido artículo 44 del Decreto Ley 1421 de 1993 en manera alguna excluye la competencia sancionatoria del Procurador General de la Nación. Esto, por cuanto según lo establecido por el artículo 44 CDU:

Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. *Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*

A su vez, el artículo 45 del CDU señala respecto de esta sanción que:

Artículo 45. Definición de las sanciones. 1. La destitución e inhabilidad general implica:

- a) ***La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección...*** (negrillas fuera de texto).

²⁸¹ *Idem.*

Por último, el artículo 172 CDU, al definir las reglas correspondientes a la ejecución de las sanciones, dispone lo siguiente:

Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones.
La sanción impuesta se hará efectiva por:

1. ***El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.***
2. *Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.*
3. *El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.*
4. *Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.*
5. *El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales.*
6. *Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.*
7. *La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.*

Parágrafo. *Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación (negrillas fuera de texto).*

En este orden resulta claro que, en virtud de lo dispuesto por la legislación disciplinaria: (i) todos los servidores públicos pueden ser sancionados por la Procuraduría con destitución, de llegar a incurrir en falta gravísima dolosa o realizada con culpa gravísima; (ii) en caso de ser impuesta esta sanción, con independencia de la forma de acceso al cargo, el funcionario sancionado deberá ser separado del mismo; (iii) a efectos de su ejecución, una vez en firme la decisión sancionatoria, deberá ser cumplida por el funcionario legalmente designado como el competente para ese fin; el cual naturalmente variará según el cargo ocupado por el sancionado, y quien (iv) para el caso de los Alcaldes de Distrito es el Presidente de la República. En últimas, es al Presidente a quien, con arreglo al principio de coordinación interadministrativa, corresponde efectuar múltiples actos en relación con el Jefe de la Administración local de la Capital,

tales como recibir su renuncia²⁸², disponer el cese en sus funciones cuando sea declarado judicialmente en interdicción²⁸³, declarar la vacancia absoluta o temporal, según el caso, y designar su reemplazo cuando deba abandonar el cargo por motivos de salud²⁸⁴, o concederle sus vacaciones, licencias y permisos a que tiene derecho y designar su reemplazo²⁸⁵.

Visto lo anterior es evidente no solo que la Ley habilita a la Procuraduría a imponer la sanción de destitución al Alcalde Mayor de Bogotá sino que, una vez en firme la decisión, deberá ser **comunicada al Presidente de la República**, a quien el CDU confía su ejecución. Antes que una expresión de subordinación jerárquica del ente de control a este último, que no tendría lugar en virtud de los principios constitucionales de independencia y autonomía funcional con los cuales fue revestido por la Constitución el órgano disciplinario, es éste un arreglo institucional que busca hacer operativos tanto los principios de legalidad y responsabilidad como el de colaboración armónica entre los poderes públicos para asegurar la realización de sus fines²⁸⁶. Así las cosas, conforme al régimen legal definido por el CDU, antes que excluir la competencia sancionatoria de la Procuraduría, **el papel meramente ejecutivo** que en este caso otorga la Ley al Presidente de la República es su confirmación: **el ente de control instruye y decide el proceso disciplinario y, de ser el caso, el Jefe de Estado ejecuta la sanción impuesta.**

De este modo, la resolución sancionatoria adoptada por la Procuraduría en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, una vez en firme, por virtud del rango del sujeto sancionado, debe ser comunicada al Presidente de la República, a quién el legislador otorgó un plazo de diez días para su ejecución a partir del recibo de la comunicación.

(iii) Las competencias cuyo ejercicio encomienda directamente al Procurador General de la Nación el artículo 278 de la Constitución

Otra de las censuras que formula el demandante es la competencia para adelantar e imponer la sanción adoptada, porque el numeral 1º el artículo 278 de la Carta,

²⁸² Artículo 43 del Decreto Ley 1421 de 1993.

²⁸³ Artículo 46 *idem*.

²⁸⁴ Artículo 47 *ibidem*.

²⁸⁵ Artículo 50 *eiusdem*.

²⁸⁶ Artículo 113 inciso 3º de la Constitución.

establece que estos asuntos son de conocimiento directo y exclusivo del jefe del Ministerio Público y en este evento fue la Sala Disciplinaria de la Procuraduría la que instruyó el proceso e impuso la sanción disciplinaria. Para el demandante, toda vez que el caso se ha tratado como una infracción manifiesta de la Constitución y la Ley, era de competencia privativa e indelegable del Procurador General de la Nación²⁸⁷.

De acuerdo con lo expresado por la Procuraduría, la supuesta delegación indebida del Procurador en la Sala Disciplinaria del ente de control no resulta indebida por cuanto las faltas imputadas al actor “no estuvieron soportadas en los supuestos contenidos en el numeral 1º del artículo 278 de la Constitución”²⁸⁸. Por esta razón se indicó que sí resultaba aplicable lo previsto por el numeral 22 y el parágrafo del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, “que posibilitan que los procesos disciplinarios de competencia exclusiva del procurador general de la nación (*sic*), como ocurre en el caso del alcalde mayor de Bogotá (*sic*), puedan delegarse solamente en dos únicos funcionarios especiales, entre los que se encuentra la Sala Disciplinaria”²⁸⁹.

Tampoco este argumento es de recibo. Varias razones sustentan esta consideración. La primera, de índole sustancial, consiste en valorar la cualificación de la gravedad de la falta que exige la Constitución para que se configure el supuesto en cuestión: el artículo 278.1 de la Carta no alude de manera genérica a cualquier violación a la Constitución o la Ley, precisa que se debe tratar de una infracción “manifiesta”. En este orden, la intensa y compleja discusión jurídica que subyace a la controversia que se ventila en sede de tutela desdice de dicha condición frente al caso que se debate, pues difícilmente un juicio adelantado sobre la base del desconocimiento de manera manifiesta de la Constitución y la Ley puede tener tantas aristas, complicaciones técnicas y jurídicas y opiniones divergentes como las que se observan en el *sub judice*. Lo “manifiesto”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es aquello “[d]escubierto, patente, claro”²⁹⁰; es decir, lo visible o “[q]ue se distingue bien”²⁹¹. El solo hecho de que cada una de las piezas procesales principales del expediente disciplinario supere con creces la centena de páginas (y a veces la duplique o hasta la triplique)

²⁸⁷ Folios 750-755.

²⁸⁸ Folio 394.

²⁸⁹ Folio 394 revés.

²⁹⁰ *Cfr.* www.rae.es

²⁹¹ *Idem. Vid.* Significado del adjetivo “claro”.

excluye de tajo el carácter manifiestamente contrario a la normatividad superior y legal que la parte demandante pretende ahora imprimirle al procedimiento emprendido en su contra.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con el hecho de haberse pronunciado dos jueces administrativos de manera preliminar en contra de la suspensión provisional del Decreto 564 de 2012, pese a haber sido su expedición una de las razones de la sanción impuesta al burgomaestre: es la evidencia de que a juicio de dos autoridades judiciales dicho acto no encierra contradicción alguna con la Constitución o la Ley, luego el asunto deviene inmediatamente discutible y, por lo tanto, no patente.

Igual consideración se podría hacer de la falta de unanimidad del fallo de tutela impugnado. En efecto, el disenso al interior del *a quo* hace perceptible que lo que para la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal fue una actuación legítima de la Procuraduría para la Magistrada discrepante fue cuestionable, entre otras, por haber desconocido la facultad legítima que tiene la Administración Distrital de adoptar una nueva política pública en materia de prestación del servicio público de aseo; que se traslada también al plano del impacto ambiental de la decisión del Alcalde Mayor del Distrito. Argumentos, en suma, que permiten reforzar la consideración de que desde una perspectiva sustantiva no se está frente a una controversia que pueda caer dentro del concepto de la infracción manifiesta de la Constitución o la Ley a que alude el artículo 278.1 de la Carta.

A lo anterior se suma una razón de índole formal con un doble sustento: por un lado, observa la Sala que en ninguna de las piezas procesales principales del expediente disciplinario se evidencia que la Procuraduría haya dado a las faltas imputadas la connotación de envolver infracciones manifiestas de la Constitución y la Ley. Solo en el segundo cargo del pliego, acogido en la resolución sancionatoria del 9 de diciembre de 2013, se hace referencia a la imputación de una falta por “[h]aber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá **totalmente contrario al ordenamiento jurídico**, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa” (negritas fuera de texto), **pero lo totalmente contrario a la Constitución y la Ley no necesariamente tiene la calidad de ser manifiesto.**

Por otro lado, debe considerarse que a la luz de las previsiones contenidas en el Capítulo II del Título XI del Libro IV del CDU, referente a los procedimientos especiales que se adelantan ante el Procurador General de la Nación, las investigaciones que se adelanten en ejercicio de la competencia exclusiva e indelegable del Procurador General de la Nación deben someterse a un rito procesal especial. Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 182 CDU, “[c]uando la conducta por la cual se procede sea alguna de las previstas en el artículo 278, numeral 1, de la Constitución Política, el procedimiento aplicable será el previsto en este capítulo”. Lo cual, según lo establece el artículo 183 de dicho estatuto, supone que “[c]onocida la naturaleza de la falta disciplinaria, el Procurador General de la Nación declarará la procedencia del procedimiento especial y citará a audiencia al servidor público investigado, mediante decisión motivada”. En el presente caso, entonces, de la forma como se adelantó el procedimiento se puede inferir que no se atribuyó dicha naturaleza especial a las faltas investigadas, toda vez que (i) no se produjo la declaración prevista por el artículo 183 CDU, y por lo mismo (ii) no se sometió la investigación al procedimiento especial conforme a lo ordenado por el artículo 182 *idem*, sino al trámite ordinario.

En estas condiciones, es claro que, contrario a lo afirmado por el demandante, no se está ante una investigación adelantada por una infracción manifiesta de la Constitución y la Ley a la que resulte aplicable el régimen contemplado por el artículo 278.1 de la Carta. En consecuencia, tal y como fue indicado por la Procuraduría en el acto administrativo por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto, la investigación adelantada y la sanción impuesta se fundamentan en la competencia general prevista por el artículo 277.6 de la Carta, en relación con el cual no hay lugar a predicar una imposibilidad de delegación siempre que se observen los requisitos que al efecto define la Ley.

Esta última circunstancia lleva a considerar que, como regla general, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, el Procurador General de la Nación tiene respecto de las responsabilidades que le encomienda el artículo 277 constitucional la potestad de ejercerlas por sí mismo o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad. Mas también hace forzoso tener en cuenta que según lo previsto por el inciso 3º del párrafo de dicho precepto, dada la especialidad de las competencias que ejerce el Procurador

General en única instancia en virtud de lo previsto por el numeral 22 del mismo artículo 7 sobre algunos altos funcionarios como el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva o el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C, sólo podrá delegarlas en el Viceprocurador General o en la Sala Disciplinaria, evento en el cual el trámite respectivo no perderá su naturaleza de única instancia.

En efecto, según lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000 en los apartados pertinentes:

Artículo 7º. Funciones. *El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:*

1. *Representar a la Procuraduría General de la Nación ante las autoridades del poder público y los particulares.*

(...)

8. *Distribuir las funciones y competencias atribuidas en la Constitución o la ley a la Procuraduría General de la Nación, entre las distintas dependencias y servidores de la entidad, atendiendo criterio de especialidad, jerarquía y las calidades de las personas investigadas, cada vez que por necesidades del servicio se requiera.*

(...)

22. *Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ejercer el cargo.*

(...)

Parágrafo. *El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política. **Las señaladas en el artículo 277 constitucional y las demás atribuidas por el legislador podrá ejercerlas por sí, o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, en los términos establecidos en este decreto.***

Las funciones y competencias que en este decreto se atribuyen a las procuradurías delegadas, territoriales y judiciales, se ejercerán si el Procurador General de la Nación resuelve asignarlas, distribuir las o delegarlas en virtud de las facultades previstas en este artículo. No obstante, el Procurador General podrá ejercer dichas funciones, pudiendo asumirlas en cualquier momento o delegarlas en otros funcionarios, dependencias de la entidad o comisiones especiales disciplinarias cuando lo considere necesario para garantizar la transparencia, imparcialidad y demás principios rectores de la función administrativa y disciplinaria.

Las competencias disciplinarias consagradas en los numerales 21, 22, 23 y 24 de este artículo, sólo podrá delegarlas en el Viceprocurador General o en

la Sala Disciplinaria; en este caso, el trámite respectivo no perderá su naturaleza de única instancia.

En materia disciplinaria, la delegación podrá abarcar total o parcialmente la tramitación de la instancia (negritas fuera de texto).

En este orden, fuerza concluir que al tratarse de una investigación que no se sometió al régimen especial del artículo 278 numeral 1º de la Carta, se adelantó en ejercicio de las facultades generales que la Constitución en su artículo 277.6 y el Decreto Ley 262 de 2000 le otorgan al Procurador. Por esta razón aun cuando se trata de un procedimiento que se debía adelantar en única instancia en consideración al sujeto investigado, el mismo podía ser objeto de delegación siempre que se atendiera la exigencia fijada por el inciso 3º del párrafo del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2002, esto es, que dicha encomienda se efectuara al Viceprocurador General de la Nación o a la Sala Disciplinaria del ente de control, tal y como aconteció en el caso concreto.

4.9.6.- Los señalamientos de afectación al debido proceso

El estudio efectuado en el apartado anterior, permite entender que desde la óptica de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, la sanción impuesta al señor PETRO URREGO no puede tildarse de contraria a sus derechos fundamentales por los supuestos vicios de competencia del órgano que adoptó la decisión alegados por la parte demandante en la solicitud de amparo. Con todo, dadas las particularidades del régimen jurídico colombiano, que la Procuraduría General de la Nación se encuentra habilitada para investigar y sancionar servidores públicos en general, incluidos los de elección popular, no significa que cualquier resolución que ésta adopte en ejercicio de sus competencias sea válida o legítima. Para ello será necesario, además, que lo resuelto se ajuste a las exigencias formales y materiales que el ordenamiento jurídico impone a esta clase de determinaciones, de allí que las consideraciones del proyecto que finalmente aprobó la mayoría de la Sala, referidas al perjuicio irremediable sean, se reitera, insostenibles, ya que implican que el Juez realice un estudio del fondo del asunto para luego pronunciarse sobre la procedencia de la acción.

En este orden, la Sala debió proceder a examinar los cargos elevados por el actor en relación con la presunta vulneración de la garantía del debido proceso en la

actuación adelantada por la Procuraduría. El hecho de tratarse de un procedimiento administrativo, que para el caso particular es además expresión del poder punitivo del Estado, obliga al respeto pleno del artículo 29 de la Constitución, en virtud del cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Lo previsto por el CDU en sus artículos 4²⁹², 6²⁹³, 9²⁹⁴, 13²⁹⁵, 14²⁹⁶, 17²⁹⁷, 18²⁹⁸, 19²⁹⁹, 128³⁰⁰ y 129³⁰¹, en los cuales se definen algunas de las salvaguardas esenciales que supeditan el ejercicio de la potestad disciplinaria, confirma lo anterior y ofrece un marco jurídico preciso para confrontar la actuación acusada desde esta óptica específica.

Así, en tanto que mandato de aplicación de las formas y garantías legales propias de cada procedimiento el debido proceso resulta indisponible por las autoridades judiciales y administrativas y enfrenta al Juez de Tutela al doble desafío de defender un derecho fundamental sin desplazar al Juez Ordinario ni inmiscuirse en

²⁹² **Artículo 4°. Legalidad.** El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

²⁹³ **Artículo 6°. Debido proceso.** El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

²⁹⁴ **Artículo 9°. Presunción de inocencia.** A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. // Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

²⁹⁵ **Artículo 13. Culpabilidad.** En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

²⁹⁶ **Artículo 14. Favorabilidad.** En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

²⁹⁷ **Artículo 17. Derecho a la defensa.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

²⁹⁸ **Artículo 18. Proporcionalidad.** La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

²⁹⁹ **Artículo 19. Motivación.** Toda decisión de fondo deberá motivarse.

³⁰⁰ **Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba.** Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

³⁰¹ **Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.** El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad

los asuntos de su resorte. Por ende, más que a una valoración exhaustiva de la legalidad formal de la actuación enjuiciada, el examen que se emprende en sede de tutela debe orientarse a salvaguardar la eficacia del artículo 29 constitucional. En últimas, de lo que se trata es de asegurar la vigencia efectiva de una garantía que comprende “un grupo de cautelas de orden sustantivo y de procedimiento sin presencia de las cuales no resultaría factible asegurar la vigencia del Estado social de derecho ni proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas”³⁰².

En esta línea, debe señalarse que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió rechazar la acción de amparo constitucional impetrada por el Alcalde al no encontrar que la Procuraduría haya incurrido en una vía de hecho. En efecto, luego de revisar las actuaciones adelantadas por ese organismo de control, el *a quo* concluyó que en el proceso disciplinario mencionado en esta providencia, la accionada no realizó valoraciones equívocas o amañadas del acervo probatorio ni desconoció de manera arbitraria alguno de los medios de prueba aportados o solicitados en forma oportuna por el disciplinado.

El Alcalde, inconforme con la decisión adoptada por el Tribunal, mediante apoderado la impugnó por haber desestimado el defecto fáctico en que incurrió la Procuraduría y eludido la ocurrencia de la violación de los derechos fundamentales cuyo amparo se pretende en este proceso.

Si bien el Juez de Tutela no está llamado a fungir como revisor de las valoraciones probatorias efectuadas por el titular de la potestad disciplinaria, resulta fácil entender que en tratándose de determinar si en el curso de la investigación se observaron a cabalidad las ritualidades que son propias del debido proceso y si se respetaron o no las garantías y los derechos a él asociados, no queda otro camino distinto a remitirse al examen del acervo probatorio, no propiamente para juzgar la legalidad de las decisiones adoptadas ni para controvertir el alcance o sentido de las evaluaciones realizadas en aplicación del principio de la sana crítica, sino simplemente para verificar si los derechos de audiencia, contradicción y defensa fueron cabalmente respetados. El enfoque, pues, no es otro que el impuesto por la

del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

Constitución al encomendar al Juez de Tutela la guarda de los derechos fundamentales.

En ese contexto, el Juez de Tutela se debe ocupar de analizar si se configura o no el defecto invocado por el accionante, esto es, si la Procuraduría incurrió en una indebida apreciación del acervo probatorio, si omitió la valoración de algunas de las pruebas obrantes en el expediente disciplinario o en la negativa de acceder a la recepción de algunos medios de convicción que habrían podido cambiar el sentido de la decisión disciplinaria.

(i) Violación al debido proceso por infracción de los principios de presunción de inocencia e imparcialidad

El actor estima que el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría es contrario a los principios de presunción de inocencia e imparcialidad, teniendo en cuenta que en el pliego de cargos se hacen afirmaciones que dan a entender que a esas alturas del proceso disciplinario no se presumen las infracciones imputadas sino que se dan por ciertas.

En ese sentido pone de presente algunos apartes del pliego de cargos³⁰³ que hacen referencia a hechos que califica como notorios y de público conocimiento y a la valoración de pruebas que, según el pliego, demostraban la comisión de las faltas disciplinarias.

Para despejar este punto se hace necesario hacer referencia a la presunción de inocencia en el marco del proceso disciplinario regulado por el CDU, no sin antes reconocer que el mismo encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política según el cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo

³⁰² Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2009.

³⁰³ Folio 726.

consagró en el artículo 9 del CDU³⁰⁴, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142³⁰⁵ del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

Se trata de una presunción *iuris tantum* que ofrece la garantía al disciplinado de no ser objeto de sanción alguna hasta tanto no se den los presupuestos legales previstos para ello. La jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁰⁶, acogida por el Consejo de Estado³⁰⁷, ha considerado que la presunción sólo puede ser desvirtuada cuando se establezca que la conducta que originó la investigación es disciplinable, que la ocurrencia de esta se encuentre debidamente acreditada y, finalmente, que el autor y responsable sea el investigado.

Conforme se ha podido apreciar, la presunción de inocencia se desconoce cuando se **impone una sanción** a pesar de que la conducta (i) no es considerada legalmente falta disciplinaria, (ii) no se encuentra acreditada probatoriamente o (iii) no fue cometida por el investigado.

Pues bien, según las voces de los artículos 162 y 163 del CDU³⁰⁸, el pliego de cargos es la acusación que formula el operador disciplinario, toda vez que a lo

³⁰⁴ **Artículo 9. Presunción de inocencia.**- A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

³⁰⁵ **Artículo 142. Prueba para sancionar.**- No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

³⁰⁶ *Vid.* entre otras, la sentencia T-696 de 2009.

³⁰⁷ *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de agosto de 2012. Rad: 2011-00394. C.P.: Victor Hernando Alvarado.

³⁰⁸ **Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos.**- El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos.- La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.

largo de la investigación se ha demostrado objetivamente la falta disciplinaria y que existe suficiente material probatorio para comprometer la responsabilidad del investigado, se califica la investigación y se concretan las conductas y las faltas por las que se ha llamado al servidor público o sujeto disciplinable a responder, teniendo la posibilidad de desvirtuarlos rindiendo los correspondientes descargos y solicitando las pruebas que estime pertinentes.

Por su parte, la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que el pliego de cargos:

*“es una relación o resumen de las faltas o infracciones que concreta la imputación jurídico fáctica enrostrada al funcionario público o particular que cumple funciones públicas sometido a investigación, y de otro lado, que es la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de imputación para su defensa y al investigador para proferir congruentemente y conforme al debido proceso el fallo correspondiente. En ese contexto, dentro de la clasificación de los actos administrativos, el pliego de cargos es un acto de preparatorio, que se define como “...aquellos que adopta la administración para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto”, lo que significa, que al no definir la cuestión sujeta a análisis resulta no demandable ante la jurisdicción, pues si bien tiene un carácter resolutorio al formular unos cargos, no es definitivo, por ende, advierte la Sala que el control judicial del sub lite no se hará sobre este acto. Tampoco serán objeto jurisdiccional, las notificaciones de los actos demandados porque la notificación per se no es un acto administrativo, es de mero impulso relacionado con el principio de publicidad y eficacia del acto”.*³⁰⁹

Se tiene entonces que el pliego de cargos, por su naturaleza, puede contener expresiones afirmativas relacionadas con la descripción de las conductas investigadas, las normas violadas y la forma de culpabilidad en que estas fueron cometidas; de manera que si la Procuraduría realizó afirmaciones tales como: “la suscripción de dicho contrato interadministrativo es irregular”³¹⁰, “para la Sala está demostrado”, entre otras aseveraciones del mismo talante, no desconoce el principio de presunción de inocencia.

4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.

5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

7. La forma de culpabilidad.

8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

³⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2012, Rad. No. 0384-10. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

³¹⁰ Folio 727.

Aunado al anterior argumento, se encuentra el criterio adoptado tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación, según el cual la violación de la presunción de inocencia se da cuando se impone una sanción a pesar de que la presunción no ha sido desvirtuada. Así las cosas, como quiera que la decisión de proferir cargos no comporta sanción alguna, resulta impropio señalar que a través de ella se haya desconocido o vulnerado el aludido principio.

Igual suerte corre el argumento referido a la supuesta violación del principio de imparcialidad como consecuencia de las expresiones que contiene la decisión de cargos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta el contenido y alcance de este principio rector de la función administrativa conforme lo dispone el artículo 209 de la Carta Política.

En líneas generales, el principio de imparcialidad exige que la función administrativa sea ejercida con probidad, esto es, que el sujeto en cuya cabeza se encuentre radicada la potestad para ejercerla se encuentre ajeno a circunstancias que comprometan su independencia, es decir, que no esté incurso en conflicto de intereses o en causal de impedimento.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que este principio se revela como “uno de los principios integradores del derecho al debido proceso que encuentra aplicación en materia disciplinaria. Este principio tiene como finalidad evitar que el juzgador sea “juez y parte”, así como que sea “juez de la propia causa”. Asimismo, el CDU hace referencia al principio de imparcialidad como uno de los que rigen la actuación procesal en materia disciplinaria (Art. 94), y adicionalmente establece de manera expresa la imparcialidad del funcionario que adelanta la investigación disciplinaria en la búsqueda de la prueba (Art. 129)”³¹¹.

De lo anterior se desprende que la imparcialidad tiene dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva. La primera exige que el servidor público o particular que cumple la función administrativa no tenga interés en la actuación, ya sea porque tuvo contacto anterior con el asunto sometido a su consideración por razón de sus funciones o porque se haya pronunciado sobre el mismo. La segunda se encuentra referida a que el sujeto encargado de la función no tenga o haya tenido

³¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-1034 de 2006.

relaciones con las partes que puedan verse eventualmente afectadas por la decisión.

En ese contexto, el referido principio se transgrede en los procesos disciplinarios cuando el servidor encargado de adelantar la correspondiente investigación se encuentre incurso en causal de impedimento o conflicto de intereses y aun así siga conociendo de las diligencias disciplinarias. Se trata, entonces, de una circunstancia que no tiene relación con lo planteado por el actor, y que le permite llegar a la conclusión de que en este punto no le asiste razón.

(ii) Violación al debido proceso por ausencia de tipicidad en la falta disciplinaria dispuesta por el artículo 48 numeral 31 CDU y por falta de acreditación del dolo

El actor estima violado su derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

“La Procuraduría no probó la calidad de determinador de mi mandante, pues no demostró que éste, con pleno conocimiento y conciencia, hubiera desplegado actuaciones o gestiones para inducir o instigar a los funcionarios de la UAESP o de la EAAB a realizar conductas por fuera del ordenamiento jurídico, simplemente asume que por ser el nominador y ejercer control de tutela, los representantes legales de dichas entidades van a obrar necesaria e indefectiblemente de cualquier manera para complacer a su nominador”³¹².

En lo relacionado con la calificación de la falta como dolosa, manifiesta:

“Se reitera que la violación del debido proceso también se presenta al dar por acreditado el dolo de mi mandante con fundamento en que recibió unas comunicaciones que le hacían saber de la ilegalidad de sus actuaciones”³¹³.

En vista de que el actor señala que no se probó su calidad de determinador ni el elemento volitivo de la conducta, porque las pruebas analizadas para ello eran insuficientes y otras que se practicaron daban cuenta de la ausencia de responsabilidad, pero no fueron debidamente apreciadas o se omitió su valoración, se deben precisar dos puntos esenciales cuales son: (a) algunas consideraciones sobre la incidencia de la garantía del artículo 29 de la Constitución sobre el

³¹² Folio 729.

³¹³ Folio 732.

aspecto probatorio del trámite disciplinario, (b) la calidad de determinador del actor y (c) la demostración del dolo.

a) Consideraciones generales sobre las implicaciones concretas de la garantía del debido proceso sobre el aspecto probatorio de una investigación disciplinaria

Antes de abordar el análisis de fondo del asunto bajo examen y siendo coherentes con los que se ha venido sosteniendo a largo de este salvamento, resulta oportuno señalar, a manera de premisa, que cuando las decisiones adoptadas por un operador jurídico disciplinario son cuestionadas en un proceso de amparo bajo el cargo de haberse configurado una vía de hecho por defecto fáctico derivado del rechazo de las pruebas aportadas o solicitadas por el investigado o la falta de apreciación o indebida valoración de las mismas, corresponde al Juez de Tutela entrar a verificar si esa determinación desconoce o no el debido proceso. No se puede desconocer, como se refirió anteriormente, que el enfoque que prevalece en este juicio es el de la garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior, en atención a que es perfectamente posible que se configure un defecto factico cuando la decisión se funda en unos medios de prueba que no son idóneos para demostrar el hecho que se investiga. Se hace entonces necesario que el Juez de Tutela revise la ocurrencia del defecto alegado, ante lo cual deviene inevitable realizar el examen del acervo probatorio y la valoración efectuada por la Procuraduría General de la Nación.

No se trata, desde luego, de entrar a sustituir a quien tiene la potestad disciplinaria en el cumplimiento de las potestades que le confiere la Constitución y la Ley, pero sí de determinar si su proceder vulneró o no los derechos fundamentales del disciplinado, esto es, si se omitió o no la valoración de los medios de prueba válidamente allegados al proceso, si se dejó de decretar y practicar alguna prueba que era de suyo útil, pertinente y conducente para esclarecer los hechos materia de investigación, o se fundamentó la decisión en una prueba que era abiertamente inepta para demostrarlos.

Como es bien sabido, en los procesos de corte punitivo la garantía del debido proceso se encuentra estrecha y directamente asociada al derecho que tienen los

investigados de aportar pruebas y solicitar la práctica de aquellas que estimen necesarias para demostrar su inocencia o desvirtuar la inexistencia de la falta que se les imputa, así como tener la certeza de que la conducta por la cual fueron merecedores de una sanción se encuentra plena y debidamente acreditada.

No obstante lo anterior, no podrá perderse de vista que el titular de la potestad sancionatoria se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico para evadir o rechazar legítimamente aquellos medios de convicción aportados en forma irregular o inoportuna al proceso o cuando se trate de pruebas ilícitas, impertinentes, inconducentes, superfluas o inútiles. En ese contexto, cuando la prueba aportada o solicitada por el investigado no tiene las características anteriormente anotadas, su eventual rechazo o falta de valoración equivale a desconocerle el derecho que tiene de defenderse al privarlo de la posibilidad de desvirtuar los cargos que le han sido formulados. Hechas las anteriores acotaciones, procede la Sala a examinar la valoración respectiva en los siguientes términos:

b) De las pruebas sobre la calidad de determinador del disciplinado frente al cargo No. 1 (artículo 48 numeral 31 CDU)

Para efectos de verificar el defecto fáctico alegado por el actor se hace necesario recurrir al régimen probatorio que gobierna el proceso disciplinario consagrado en el Título VI del CDU, del cual se destacan los artículos 128³¹⁴, 129³¹⁵, 141³¹⁶ y 142³¹⁷. Del contenido de las mencionadas disposiciones se desprende lo siguiente:

1. Toda decisión de fondo adoptada en el curso del proceso disciplinario debe fundamentarse en pruebas legalmente practicadas. 2. El operador disciplinario

³¹⁴ **Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba.**- Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

³¹⁵ **Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.**- El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

³¹⁶ **Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas.**- Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

³¹⁷ **Artículo 142. Prueba para sancionar.**- No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

debe valorar con el mismo criterio tanto las pruebas que comprometan la responsabilidad del investigado como aquellas que lo eximan de responsabilidad. 3. La valoración de las pruebas debe ser conjunta y con apego a las reglas de la sana crítica. 4. Sólo podrá proferirse fallo sancionatorio cuando las pruebas lleven a la certeza de la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del sujeto disciplinario.

Conforme se puede advertir, el proceso disciplinario carecerá del debido sustento probatorio cuando se desconozca alguna de las reglas anteriormente descritas. Ahora bien, con el fin de determinar si en el presente asunto se configura un defecto probatorio constitutivo de la violación del derecho fundamental al debido proceso, **es forzoso constatar, en sede de tutela, si la valoración probatoria fue absolutamente equivocada o si la decisión se fundamentó en una prueba que no era apta para ello o no se valoró alguna que era definitiva para llegar a la verdad procesal.**

Así, pues, se tiene que la conducta por la cual fue sancionado el Alcalde fue descrita de la siguiente manera:

“Quedó demostrado que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el segundo semestre de 2012 tomó la decisión de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, con lo cual determinó al director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) para que suscribieran el contrato interadministrativo 017 de 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá llevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida”³¹⁸.

La falta disciplinaria se encuentra descrita en el artículo 48 numeral 31 en los siguientes términos:

“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

³¹⁸ Folio 225 cuaderno No. 9.

Como se evidencia del enunciado legal, le corresponde a la Procuraduría demostrar que el Alcalde determinó a los gerentes de la EAAB, de Aguas de Bogotá S. A. E.S.P. y al director de la UAESP, para que celebraran los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012 con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa.

De contera, el análisis probatorio frente a esta falta disciplinaria debe dirigirse a dos aspectos: 1. Que el Alcalde determinó a los funcionarios a celebrar los contratos interadministrativos; y 2. Que debido a esa determinación, los referidos funcionarios celebraron el contrato en contravía de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa.

Al estudiar el expediente, se observa que la valoración probatoria realizada al respecto se encuentra tanto en el pliego de cargos proferido el 20 de junio de 2013, como en el fallo de única instancia de 9 de diciembre de 2013 y en el auto mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra este último de 13 de enero de 2014. Resulta entonces de primera importancia examinar con detalle la postura expuesta en relación con este punto en cada una de dichas determinaciones. Por este motivo se transcribirán *in extenso* los apartados pertinentes.

El pliego de cargos señaló:

***“4.1.2 En cuanto a la determinación del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, para la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 entre la UAESP y la EAAB y el 0809 del 4 de diciembre de 2012 entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá.*”**

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la suscripción del convenio 017 del 11 de octubre de 2012 y, posteriormente, la suscripción del convenio 0809 de 2012, a juicio de la Sala, fueron la forma en que se materializó la decisión del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, para que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Así las cosas y teniendo en cuenta que en los párrafos anteriores quedó objetivamente demostrado que la suscripción de los convenios 017 del 11 de octubre de 2012 entre la UAESP y la EAAB, y el convenio 0809 de 2012, suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá, fueron, desde el punto de vista contractual, totalmente irregulares, ya que estas empresas no tenían la experiencia y la

capacidad técnica requeridas, le corresponde a la Sala valorar las pruebas allegadas al expediente para analizar en qué medida la celebración de esos convenios y las consecuencias que se derivaron de ellos son atribuibles al disciplinado, en su condición de alcalde mayor de Bogotá.

En tal sentido, tanto las quejas, diligencias, las piezas probatorias y los hechos de público y notorio conocimiento apuntan a señalar que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, para el segundo semestre del año 2012 tomó la decisión de que una empresa pública del Distrito asumiera la prestación del servicio público de aseo. De la misma manera, estas pruebas demuestran que dicha decisión se quiso mantener como fuera, con lo cual se generó que las empresas del Distrito suscribieran contratos interadministrativos totalmente irregulares.

Para confirmar esta aseveración, analicemos los siguientes aspectos:

4.1.2.1 La fórmula de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá fue una decisión del gobierno distrital.

La suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 fueron firmados por el director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá, respectivamente. Esto, en principio, daría a pensar que el hecho de que las empresas distritales asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá fue una consecuencia exclusiva de un acuerdo de voluntades entre los directivos de cada una de esas empresas, por lo que jurídicamente dicha decisión estaría ajena al señor alcalde mayor de Bogotá.

Sin embargo, ante un requerimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el entonces director de la UAESP HENRY ROMERO TRUJILLO, mediante la comunicación del 20 de noviembre de 2012, refirió que la decisión de que la EAAB asumiera la prestación del servicio público de aseo de manera transitoria había sido tomada por el Gobierno Distrital. Allí se dijo lo siguiente:

En este marco, la UAESP dada la “situación especial” bajo la cual se presta el servicio público de aseo en la ciudad, está adelantando el trámite ante la CRA para que se viabilice el estudio de verificación de motivos para conceder la prestación de los residuos no reciclables, que sean objeto de recolección y transporte por parte de los recicladores de oficio, llamados también “residuos ordinarios”, mediante su concesión con inclusión de Áreas de servicio Exclusivo ASE, y el trámite precontractual licitatorio bajo el régimen del estatuto contractual estatal. **Mientras se concluye lo anterior, se ha decidido por parte del Gobierno Distrital que de manera transitoria la EAAB asuma la prestación del servicio de aseo en la ciudad, apoye las acciones para dar cumplimiento a las metas de corto plazo del plan del esquema de inclusión de la población recicladora, y también promueva el enfoque de prestación del servicio de aseo hacia el “aprovechamiento” y el programa “Basura Cero” del Gobierno Distrital**”. (Negrillas fuera de texto).

De ese modo, fue el entonces director de la UAESP quien señaló que dicha decisión estuvo a cargo del «Gobierno Distrital», el cual, conforme a lo establecido en el artículo 53 del Decreto Ley 1421 de 1993, está conformado, en primer lugar, por el señor alcalde mayor de Bogotá. Por ello es que el entonces director de la UAESP relacionó de manera directa dicha decisión con el programa «Basura Cero» del Gobierno Distrital, aspectos que analizados en su conjunto

trascendieron más allá de un solo acuerdo de voluntades entre los directivos de la UAESP y las empresas públicas de servicios públicos del Distrito.

4.1.2.2 El señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición del alcalde mayor de Bogotá, era el presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Bogotá.

Para el momento en que se suscribieron los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición del alcalde mayor de Bogotá, era el presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Bogotá. Es decir, frente al primer contrato interadministrativo (017 de 2012), era el presidente de la **entidad contratista**, mientras que para el segundo (809 de 2012) era presidente de la **entidad contratante**. Esta condición está acreditada en todas las actas de Junta Directiva y los acuerdos de la EAAB que fueron expedidos durante el año 2012, en donde el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO firmó en condición de presidente.

Ahora bien, de manera particular, la Sala debe resaltar algunas actas de Junta Directiva y algunos acuerdos que fueron expedidos por la EAAB y que estuvieron relacionados con la prestación del servicio público de aseo. El primero de ellos es el Acuerdo n.º 12 del 5 de septiembre de 2012 mediante el cual se modificó el Acuerdo n.º 11 de 2010, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Mediante este último acuerdo, la Junta Directiva de la EAAB, en el año 2010, adoptó un marco estatutario para dicha entidad. En consecuencia, el Acuerdo n.º 12 del 5 de septiembre de 2012, firmado por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de presidente, tuvo por objeto, entre otras cosas, ampliar el objeto social para que se incluyera el servicio público de aseo. Esta ampliación del objeto se materializó en la modificación del artículo 4 del Acuerdo n.º 11 de 2010 y se hizo a un mes, aproximadamente, de suscribir el convenio 017 del 11 de octubre de 2012 entre la UAESP y la EAAB.

En segundo documento es el Acuerdo n.º 13 del 2 de octubre de 2012, mediante el cual la Junta Directiva autorizó la participación de la EAAB en otra empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo objeto fuera la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el Distrito Capital, documento que también fue firmado por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de presidente. En consecuencia, es otra evidencia de que el disciplinado, dada su condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB y alcalde mayor de Bogotá, tenía la inequívoca voluntad de que una de las empresas del Distrito asumiera la prestación del servicio de aseo, no obstante que a esa fecha la administración Distrital todavía no tenía claro si la EAAB participaría en otra entidad o si asumiría la prestación del servicio, lo que en efecto ocurrió a través de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012.

El tercer documento es el Acta de Junta Directiva n.º 2483 del 12 de octubre de 2012.120 Allí participaron, entre otros, el señor alcalde mayor de Bogotá, en su condición de presidente de la Junta Directiva, y el señor DIEGO BRAVO, en su condición de gerente general de la EAAB. De manera especial, obsérvese el registro de la intervención del señor gerente general de dicha empresa:

De forma introductoria y con autorización de la Junta Directiva, el doctor Diego Bravo Borda, Gerente General de la EAAB-ESP, **indica que para asegurar la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, se hace necesario que**

la empresa realice unos movimientos presupuestales con destino a la adquisición de la flota de vehículos que se utilizarán para este fin. **Explica que fruto de las discusiones que ha llevado a cabo la Administración Distrital en cabeza del Alcalde Mayor de Bogotá se concluyó que el Acueducto de Bogotá debe ser el operador público de aseo en tanto se constituya la nueva sociedad, esto debido a que la creación de la nueva entidad requiere mayor tiempo y trámites que denotan una gran complejidad. Por ello, se suscribirá un convenio con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, con base en las facultades otorgadas para ello por la ley y por el Auto 275 de la Corte Constitucional, para asegurar la prestación del servicio y la incorporación de la cadena productiva de los recicladores. (Negrilla fuera de texto).**

Sin duda alguna, la intervención del gerente general de la EAAB ratifica que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá provenía de la decisión del alcalde mayor de Bogotá, al afirmar que las discusiones que se habían llevado a cabo en la Administración Distrital «estaban en cabeza del Alcalde Mayor», todo con el fin de que la EAAB fuera el operador público del servicio de aseo. Adicionalmente y como un dato que confirma la ligereza y las irregularidades de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012 entre la UAESP y la EAAB, téngase en cuenta que mientras este convenio se celebró el 11 de octubre de 2012, las modificaciones presupuestales de la EAAB tuvieron lugar un día después, es decir el 12 de octubre de 2012, y en este específico tema el gerente general afirmó, en esa fecha, que se «suscribiría un convenio con la UAESP», cuando lo cierto es que el día anterior ya se había firmado.

Así mismo, en esta Acta de Junta Directiva también se pusieron a consideración unos proyectos de acuerdo, los que finalmente se convertirían en los acuerdos número 16, 17 y 18 del 12 de octubre de 2012. Con estos acuerdos, firmados en la misma fecha del Acta n.º 2483, la EAAB pudo materializar las modificaciones presupuestales necesarias para la prestación del servicio público de aseo, todos ellos con la firma del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de presidente de la Junta Directiva. Del mismo modo, mediante el Acta n.º 2484 del 29 de octubre de 2012, se recomendó al Confis Distrital la aprobación del anteproyecto de ingresos y gastos para el 2013, argumentada en la iniciación de la prestación del servicio de aseo a partir del mes de diciembre de 2012.

Así las cosas, además de que estas actas de Junta Directiva y Acuerdos tienen la firma del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en su condición de presidente de la EAAB, está demostrado igualmente en el expediente que el disciplinado era quien efectuaba la convocatoria a los demás miembros de la Junta Directiva, pues así está establecido en los artículos 11 y 12 del Acuerdo n.º 11 de 2010, y muestra de ello son las copias de algunas de las citaciones que se hacían, bien como presidente de la Junta Directiva o a título de alcalde mayor de Bogotá.

4.1.2.3 La temática del servicio público de aseo fue tratada en reuniones llevadas a cabo en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá y con la presencia y dirección del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.

Todas las condiciones anteriormente anotadas demuestran que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo provenía del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá. Ahora bien, para reafirmar dicha conclusión, en el

sentido de que los temas relacionados con la prestación del servicio público de aseo no solo tenían lugar en la Junta Directiva de la EAAB o en actos públicos y oficiales, la Sala tiene probado que el tema de la prestación del servicio público de aseo también fue tratado tanto a nivel de consejos de gobierno —presididos por el señor alcalde mayor de Bogotá— como en reuniones que el mismo disciplinado lideró para estos efectos. En cuanto a este tipo de reuniones, mediante la visita especial del 12 de febrero de 2013, se allegó un récord de estas, las cuales estuvieron relacionadas con el tema de aseo y en donde se contó con la presencia de los funcionarios de las entidades del Distrito, como la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. Sobre este reporte de reuniones, la funcionaria que suministró dicho documento manifestó lo siguiente: «efectivamente **son reuniones en la que tiene presencia el señor alcalde mayor de Bogotá** y también en las que se especifican las palabras “Sala de Crisis”...». (Negrillas fuera de texto).

Adicionalmente, la Sala destaca lo afirmado por el funcionario que atendió dicha visita especial:

PREGUNTADO: Sírvase hacer una enumeración de los diferentes servidores públicos de la alcaldía que de una u otra manera participaron en el tema relacionado con la prestación del servicio público de aseo.

CONTESTÓ: En lo que a mí me consta **desde el 4 de octubre de 2012**, fecha desde la cual estoy de director jurídico distrital encargado, **han participado el alcalde mayor; el doctor GUILLERMO ASPRILLA, como secretario de Gobierno; el doctor ORLANDO RODRÍGUEZ como secretario general encargado; doctora SUSANA MUHAMAD, como secretaria distrital de Ambiente; la doctora MARIA MERCEDEZ MALDONADO, secretaria distrital de Hábitat; JORGE ROJAS, secretario Privado; LUCILA REYES, directora legal de la Secretaría de Ambiente; doctor DIEGO BRAVO, gerente del Acueducto de Bogotá; el doctor HENRY ROMERO, como gerente encargado de la UAESP; la doctora NELLY MOGOLLÓN, como gerente de la UAESP; DIEGO PEÑA, que es subsecretario jurídico de la Secretaría de Hábitat; OMAR ORTEGA, asesor del despacho del secretario de Gobierno. Esos son los que en este momento recuerdo. (...)**

PREGUNTADO: En el entendido de que son varios servidores públicos que usted ha mencionado, **indíquenos en donde se reunían estos funcionarios con el señor alcalde mayor de Bogotá** a tratar los temas relacionados con la prestación del servicio público de aseo. **CONTESTÓ: En el despacho del alcalde mayor de Bogotá.**

(Negrillas fuera de texto).

De ese modo, mientras que las pruebas analizadas en los numerales precedentes demuestran que el señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tomó la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo, los documentos e informaciones obtenidas en esta visita especial concuerdan de forma precisa con dicha conclusión, pues los registros muestran que a partir del mes de junio de 2012 se presentaron diecinueve reuniones en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, las cuales eran lideradas por el mismo disciplinado en su condición de alcalde mayor de la ciudad capital.

4.1.2.4 El señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición del alcalde mayor de Bogotá, asumió como suya, en varios actos públicos y oficiales, la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo.

Durante el segundo semestre del año 2012, los diferentes medios de comunicación registraron varias noticias de las cuales se puede inferir que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo provenía del señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. Sobre este preciso aspecto, al expediente se allegó la copia de innumerables registros que obraban en el expediente administrativo a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, revisada la cantidad de noticias¹³⁰ y tal como lo resumió la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 14902 del 4 de abril de 2013,¹³¹ toda la opinión pública supo de los distintos anuncios del señor alcalde mayor de Bogotá en cuanto a que las empresas del Distrito debían asumir la prestación del servicio público de aseo. Entre las noticias que más se destacan se encuentran las siguientes:

1. «Hasta con Policía Petro impedirá el servicio de aseo de empresas privadas»¹³²: esta noticia recogió las declaraciones dadas por el alcalde en una entrevista, en las que el burgomaestre distrital hizo referencia a que a partir del 18 de diciembre de 2012 el único autorizado a prestar el servicio de aseo en la ciudad era la EAAB.
2. «Modelo de libre competencia para la recolección de basuras no lo declaran los operadores: Petro»¹³³: en esta noticia se ratifica que el alcalde mayor de Bogotá era de la posición de que los operadores privados no podía prestar el servicio de aseo, por lo que el único autorizado era la EAAB.
3. «Petro anuncia medidas policivas contra operadores privados de recolección de basuras»¹³⁴: esta noticia hizo mención a una entrevista del señor alcalde mayor GUSTAVO PETRO en el Canal Capital. Allí se registró que el alcalde manifestó que en caso de que los operadores privados decidieran salir a las calles después del 18 de diciembre de 2012 a prestar el servicio de aseo el Distrito podía tomar medidas.
4. «Alcalde Petro pide al Gobierno respetar sus decisiones sobre aseo» esta noticia hace alusión a un debate realizado en la Comisión Sexta del Senado, en donde el alcalde se ratificó en la decisión de que a partir del 18 de diciembre de 2012 no permitiría que ningún operador, distinto al Acueducto, prestara el servicio de aseo.

Obsérvese que esta última noticia guarda absoluta coherencia con otra de las pruebas ordenadas y practicadas durante el trámite de la presente actuación disciplinaria. En efecto, mediante la comunicación del 23 de abril de 2013,¹³⁶ el subsecretario general del Senado de la República envió todas las actas correspondientes a los debates realizados sobre el esquema de Basuras en la ciudad de Bogotá.¹³⁷ En esta documentación, se destaca el acta n.º 19 del 14 de noviembre de 2012¹³⁸ en la que participó el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá. En esta sesión, el disciplinado de manera clara dejó entrever que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo provenía de su despacho, pues hizo referencia, entre otras cosas, a que se debía construir **«el modelo de aseo que el alcalde escogiera para incluir a la población recicladora**

en condiciones de igualdad material» y que dichas decisiones «gozaban de la autonomía constitucional y que pertenecían a un **ente territorial**, que en este caso se llamaba **Distrito Capital**». 139 (Negrillas fuera de texto).

4.1.2.5 Hechos posteriores a la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, que confirman que la decisión de que se asumiera la prestación del servicio público de aseo por parte de una entidad del Distrito provino del señor alcalde mayor de Bogotá.

Luego de que se firmaron los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá, profirió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012. Según el artículo 2 de este Decreto, se adoptó un «Esquema Transitorio del Servicio de Aseo» para garantizar el cumplimiento del programa Bogotá «Basura Cero» establecido en el Acuerdo n.º 489 de 2012, por el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá, en el periodo 2012 – 2016.

En tal sentido, llama poderosamente la atención que este Decreto se hubiese expedido con posterioridad a los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, pues en sentir de la Sala estos convenios celebrados entre las entidades del Distrito eran los que debían ajustarse a la adopción del modelo implementado por el alcalde mayor de Bogotá y no que este modelo tuviera que ajustarse a lo que ya se había pactado entre las entidades del Distrito, sin perjuicio de que la suscripción de dichos contratos tenía que ser legal, pues para la Sala es claro que las entidades del Distrito no contaban con la debida capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio de aseo.

Con todo, esta especial circunstancia es la que lleva a la Sala a concluir que la expedición del Decreto 564 de 2012 no fue otra cosa que la forma en que se posibilitó que las empresas del Distrito pudieran asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en un cien por ciento, decisión con lo cual posiblemente se afectó el principio de libertad de empresa, tal y como se explicará en el segundo cargo formulado.

Pese a lo anterior, la Sala encuentra una relación muy cercana entre la suscripción de los contratos interadministrativos y la expedición de este Decreto, pues sin este acto administrativo era claro que la decisión del alcalde mayor de Bogotá, consistente en que se prestara el servicio de aseo en el cien por ciento de la ciudad por parte de las entidades distritales, podía quedar afectada, ya que existía la posibilidad de que otras empresas entraran a competir en igualdad de condiciones.

De esa manera, y sin perjuicio del análisis de responsabilidad que tendrá que hacerse por la expedición del Decreto 564 de 2012, este hecho posterior demuestra que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo estuvo de principio a fin en cabeza del señor alcalde mayor de Bogotá, quien siempre tuvo el dominio sobre la situación y quien a su vez le daba las órdenes y demás instrucciones a los directores y gerentes de las empresas del orden distrital.

Consecuente con lo anterior y como una muestra de que dichas instrucciones se siguieron presentando con posterioridad a la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 y de la expedición del Decreto 564 de

2012, obsérvese el informe de 24 de diciembre de 2012, suscrito por el gerente general de la EAAA DIEGO GRAVO BORDA y dirigido al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO. En este documento, el gerente general le informó al señor alcalde mayor lo siguiente:

De acuerdo con **sus instrucciones** a primera hora de la mañana del día 24 de Diciembre me desplazé a la ciudad de Cartagena **para tomar conocimiento del estado en el que se encontraban los carros compactadores de basura** de el (sic) primer desembarco que provino de la ciudad de Miami, y para identificar el estado en el que se encontraba el proceso de nacionalización de los mismos.

Durante todo el día mantuve comunicación con usted para informarlo de cada uno de los pormenores del asunto que se puede resumir en que el aspecto físico de la mayor parte de los vehículos presenta un notable estado de corrosión y que se estaban haciendo las diligencias para que se hiciera la limpieza, desinfección y fumigación de los carros, de acuerdo con las exigencias que para el efecto hicieron tanto autoridades nacionales como autoridades locales.

(...)

Como es de su conocimiento una vez realizado ese procedimiento se debía seguir con los trámites para la correspondiente formalización del ingreso de los carros al país.

(Negrillas fuera de texto).

Se trata de un informe pormenorizado de las actividades y funciones que estaba desempeñando el gerente general de la EAAB presentado al jefe de la administración distrital, pero, según la misma comunicación, como consecuencia de las instrucciones dadas por el señor alcalde mayor de Bogotá, aspecto que guarda total coherencia con las demás piezas probatorias que demuestran que durante el segundo semestre de 2012 la decisión de la administración distrital de asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá siempre estuvo en cabeza de su alcalde mayor.

4.2 CONCLUSIÓN PROBATORIA

Conforme al análisis anterior, está demostrado que el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, para el segundo semestre del año 2012, tomó la decisión de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, sin que estas contaran con la más mínima experiencia y capacidad requeridas. Esta decisión se materializó en la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente, celebración que llevaron a cabo los directores y gerentes de estas entidades del Distrito en virtud de la determinación del señor alcalde mayor de Bogotá.”³¹⁹ (Negrillas del texto original)

³¹⁹ Folios 39 a 45 cuaderno No. 3.

De otra parte, en cuanto el fallo de única instancia, se dijo en relación con la calidad de determinador del investigado lo siguiente:

“Por la otra, en cuanto a la determinación del disciplinado, también se analizaron las diferentes comunicaciones que obran en el expediente, que daban cuenta de la decisión adoptada por el señor alcalde mayor de Bogotá; la condición del disciplinado como presidente de la Junta Directiva de la EAAB; las diferentes reuniones sobre este tema llevadas a cabo en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, las cuales contaron con su presencia y dirección; los varios actos públicos y oficiales, en donde se demostró que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo fue del señor alcalde.

En consecuencia, tampoco es cierto que las afirmaciones que hizo la Sala no estuvieran acreditadas en pruebas, pues, por el contrario, en el proceso abundan diferentes medios de convicción que respaldan todas estas afirmaciones. En todo caso, muchas de las pruebas practicadas en juicio corroboran estas conclusiones, para que la Sala, con el grado de certeza exigido, pueda elaborar sus conclusiones.”³²⁰

Finalmente, el auto de 13 de enero de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo de única instancia, sostuvo:

“24. Frente al primer cargo formulado, es cierto que el señor alcalde mayor de Bogotá no tuvo participación directa en las precisas actividades que conformaron las etapas precontractuales y contractuales de los contratos interadministrativos, como por ejemplo la elaboración de los estudios y actividades muy puntuales. Pero es lógico considerar que en una estructura administrativa intervienen sinnúmero de funcionarios, todos ellos cumpliendo los determinados roles que le son asignados, pero con la inapelable particularidad de que las funciones se ejercen en la dirección de los ordenado por los respectivos superiores. En el presente caso, esta situación es evidente, pues la asignación de la prestación del servicio de aseo a las entidades públicas del Distrito siempre estuvo bajo el dominio y la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá, quien además tenía una segunda condición como miembro de la Junta Directiva de la EAAB, tal y como lo demuestra todas las pruebas obrantes en el proceso, conclusión que es totalmente consecuente con muchos de sus argumentos de exculpación.

Así las cosas, en la medida en que la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá son entidades descentralizadas del Distrito, pero que las decisiones en cuanto a la prestación del servicio de aseo las tomó el señor alcalde mayor de Bogotá, la conclusión ineludible, conforme al sinnúmero de pruebas obrantes en el proceso, es que el mandatario distrital <determinó> a los directores y gerentes de esta entidad para que se celebraran los contratos interadministrativos que o permitieran que las entidades públicas, sin ninguna experiencia y capacidad, asumieran la prestación del servicio de aseo. Por ello, frente al primer cargo, el título de imputación fue la cláusula contenida en el artículo 26 del Código Disciplinario Único que dispone lo siguiente:

³²⁰ Folio 41 reverso cuaderno No. 9.

Artículo 26. Autores. **Es autor quien** cometa la falta disciplinaria o **determine a otro a cometerla**, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función. (Negrillas fuera de texto)

Adicionalmente a esta forma de imputación, la Sala tuvo en cuenta todos los requisitos y elementos que se necesitan para haber estimado la realización de la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, comportamiento que consiste en el incumplimiento de los principios de la contratación pública para lo cual es necesario que se indiquen las reglas que se inobservaron como lo indica la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, análisis que en forma extensa contiene el fallo impugnado y a cuyas razones la Sala se remite en su integridad.

25. Continuando con la figura del determinador en materia disciplinaria, el señor defensor manifestó que esta forma de autoría no fue debidamente sustentada ni probada en el pliego de cargos ni en el proceso. Al respecto la Sala reitera que dicho señalamiento no es cierto, pues, en relación con esta modalidad de conducta, de forma concreta en el cargo formulado se dijo lo siguiente:

Haber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.

(...)

En ese sentido, el cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hace a título de determinador, modalidad de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 26. AUTORES. **Es autor quien** cometa la falta disciplinaria o **determine a otro a cometerla**, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función. (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, lo que denominó el señor defensor como <fijar políticas, directrices u orientaciones> es lo que conforme a las pruebas obrantes en la actuación corresponde con la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá de que las empresas del Distrito debían asumir la prestación del servicio de aseo. Tan evidente y clara es esta conclusión, que en muchos otros argumentos de los sujetos procesales se ha dado a entender que esto se hizo por varias razones, entre ellas <vincular a la población recicladora>, <descartelizar contratistas>, <bajar las tarifas>, <comprar flota de mejor tecnología>, entre muchas otras. Es decir, el presupuesto imprescindible de estos argumentos de defensa es partir de la idea de que efectivamente el señor alcalde tomó la decisión de implementar un nuevo modelo de aseo (SIC) en la ciudad de Bogotá, la cual obviamente se materializó con la suscripción de los convenios interadministrativos celebrados entre las entidades del Distrito.

Ahora bien, un aspecto distinto es que jamás se encontrará una prueba que demuestre que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categóricamente y

literalmente a determinado funcionario que <tenía que violar el ordenamiento jurídico>, pues ello sería impensable y poco probable. Sin embargo, en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico, en la forma como lo expone el señor abogado defensor, pues si así fuera se podría cometer cualquier tipo de irregularidad y el argumento de exculpación sería siempre, en términos simple y literales, que jamás <se determinó a infringir el ordenamiento jurídico>.”³²¹

Visto lo anterior, se estima que la Procuraduría obró de manera cuestionable al establecer la calidad de determinador del Alcalde; más aún, **al hacerlo, incurrió en protuberante error que salta a la vista**. En efecto, como se pasa a analizar, el ente disciplinario fundó su criterio en medios de prueba no aptos, omitió apreciar las evidencias que señalan la falta de responsabilidad del disciplinado y se encuentra ausente cualquier medio probatorio verdaderamente demostrativo del elemento subjetivo con el que se cometió la falta. Para el suscrito, la valoración realizada es evidentemente equivocada y de ella se desprende la vulneración al derecho fundamental al debido proceso. A continuación se aborda por separado cada uno de estos puntos.

- ***La ineptitud de los medios probatorios por no estar referidos al tema de la prueba***

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría dirigió su análisis a aspectos ajenos al tema de prueba, toda vez que la valoración concreta de los documentos y testimonios analizados permite apreciar que estas evidencias estuvieron orientadas a demostrar que la decisión consistente en que el Distrito Capital prestara directamente el servicio público de aseo (al menos en forma transitoria) recaía en el Alcalde Mayor, cuando, como se indicó líneas atrás, **lo que importaba para efectos de imputar la calidad de determinador de dicho servidor público, era acreditar que éste había conducido a los gerentes de la EAAB, de la EAB y al director de la UAESP, a participar en la celebración de un contrato con desconocimiento de los principios que regulan la administración estatal y los principios de la función administrativa.**

³²¹ Folios 414 y 415 cuaderno principal No. 2.

En efecto, si se examinan las conclusiones probatorias a las que arribó la accionada, que valga decir, se mantuvieron invariables en todas las etapas del proceso disciplinario, se advierte con facilidad que éstas se encuentran dirigidas a demostrar que el Alcalde decidió que el Distrito prestaría el servicio público de aseo, y no que éste determinó la celebración de unos contratos con violación de los precitados principios. Para advertir lo anotado basta con acudir a las mentadas conclusiones realizadas por la Procuraduría en las que se expresa:

“(…)Sin embargo, ante un requerimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el entonces director de la UAESP HENRY ROMERO TRUJILLO, mediante la comunicación del 20 de noviembre de 2012, refirió que la decisión de que la EAAB asumiera la prestación del servicio público de aseo de manera transitoria había sido tomada por el Gobierno Distrital.(…)

De ese modo, fue el entonces director de la UAESP quien señaló que dicha decisión estuvo a cargo del «Gobierno Distrital».

Ahora bien, de manera particular, la Sala debe resaltar algunas actas de Junta Directiva y algunos acuerdos que fueron expedidos por la EAAB y que estuvieron relacionados con la prestación del servicio público de aseo

En consecuencia, es otra evidencia de que el disciplinado, dada su condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB y alcalde mayor de Bogotá, tenía la inequívoca voluntad de que una de las empresas del Distrito asumiera la prestación del servicio de aseo, no obstante que a esa fecha la administración Distrital todavía no tenía claro si la EAAB participaría en otra entidad o si asumiría la prestación del servicio, lo que en efecto ocurrió a través de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012.

Sin duda alguna, la intervención del gerente general de la EAAB ratifica que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá provenía de la decisión del alcalde mayor de Bogotá,

De ese modo, mientras que las pruebas analizadas en los numerales precedentes demuestran que el señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tomó la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo, los documentos e informaciones obtenidas en esta visita especial concuerdan de forma precisa con dicha conclusión, pues los registros muestran que a partir del mes de junio de 2012 se presentaron diecinueve reuniones en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, las cuales eran lideradas por el mismo disciplinado en su condición de alcalde mayor de la ciudad capital

Durante el segundo semestre del año 2012, los diferentes medios de comunicación registraron varias noticias de las cuales se puede inferir que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo provenía del señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. Sobre este preciso aspecto, al expediente se allegó la copia de innumerables registros que obraban en el expediente administrativo a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De esa manera, y sin perjuicio del análisis de responsabilidad que tendrá que hacerse por la expedición del Decreto 564 de 2012, **este hecho posterior demuestra que la decisión de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo estuvo de principio a fin en cabeza del señor alcalde mayor de Bogotá**, quien siempre tuvo el dominio sobre la situación y quien a su vez le daba las órdenes y demás instrucciones a los directores y gerentes de las empresas del orden distrital.

Así las cosas, en la medida en que la UAESP, la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá son entidades descentralizadas del Distrito, pero que las decisiones en cuanto a la prestación del servicio de aseo las tomó el señor alcalde mayor de Bogotá, la conclusión ineludible, conforme al sinnúmero de pruebas obrantes en el proceso, es que el mandatario distrital <determinó> a los directores y gerentes de esta entidad para que se celebraran los contratos interadministrativos que o permitieran que las entidades públicas, sin ninguna experiencia y capacidad, asumieran la prestación del servicio de aseo.³²² (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Como es sabido, el tema de prueba se encuentra constituido por los hechos que es necesario probar en la medida que componen los supuestos fácticos de las disposiciones legales que se quieren aplicar en el caso concreto. En consecuencia, los apartes transcritos conducen a encontrar una manifiesta carencia en el análisis probatorio indispensable para concretar que el Alcalde haya determinado la conducta consistente en celebrar un contrato interadministrativo **irregular**. En ese sentido, y en consonancia con lo dicho *ut supra*, **el tema de prueba para establecer la calidad de determinador del Alcalde estaba relacionado con la probanza de hechos que dieran cuenta de que este instigó, indujo, instó o exhortó a los representantes de la EAAB, de la UAESP y de Aguas de Bogotá a celebrar los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 809 de 4 de diciembre de 2012 con desconocimiento de las normas rectoras de la contratación estatal y de los principios que gobiernan la función administrativa.**

Precisamente, el tema de prueba permite al operador encontrar con claridad qué hechos son los relevantes para el caso y cuáles deben ser probados. Al respecto, se observa que el hecho relacionado con la decisión asumida por el Alcalde para que el Distrito participara en la prestación del servicio público de aseo no merecía ser acreditado, no solo por no constituir el elemento central de la falta imputada - consistente para el caso, se repite, en la determinación de la celebración de contratos o acuerdos sin apego a las normas rectoras de la contratación estatal y

de los principios que gobiernan la función administrativa-, sino porque había sido reconocido incluso por él mismo en su versión libre cuando afirmó:

“Buena parte de las motivaciones de queja de la investigación tienen que ver exclusivamente con el hecho de que escogimos un operación pública en el modelo de aseo que estimamos pertinente. Es decir que escogimos una empresa de carácter oficial que adelantara, sin exclusividad, la operación de aseo en la ciudad de Bogotá.”³²³

Igualmente, al tratarse de una decisión adoptada por una autoridad administrativa que quedó consignada en un acto administrativo (Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012), bastaba con remitirse al contenido y la existencia de este para confirmar la ocurrencia de ese hecho, lo cual muestra el evidente equívoco cometido.

Es claro entonces que **la prueba de que el Alcalde haya decidido que el Distrito se encargaría de la prestación del servicio público de aseo sin exclusividad, no es idónea para demostrar la calidad de determinador en la celebración de unos contratos que la Procuraduría juzga como irregulares**, ya que ese solo hecho no tiene la virtualidad de desvelar la actuación del servidor público tendiente a que se suscribiera el negocio jurídico y menos aún que al hacerlo se transgrediera el ordenamiento jurídico.

Para entender la figura jurídica de *determinador*, se debe acudir al concepto que sobre el particular ha sido acogido por la jurisprudencia de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, ya que se trata de un instituto propio del Derecho Penal del cual bebió el legislador para regular la autoría y participación en la comisión de ilícitos disciplinarios. Además de lo anterior, este referente resulta útil porque la Corte Constitucional, con acertado criterio, ha señalado que, entendiendo que se trata de dos disciplinas jurídicas con fines distintos en la función sancionadora del Estado, en el disciplinario deben aplicarse *mutatis mutandis* los principios complementarios,³²⁴ del Derecho Penal. En tal sentido se debe señalar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que “el determinador, (...) es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden,

³²² Folios 39 a 45 cuaderno No. 3

³²³ Folio 421 del cuaderno No. 2. Minutos 11:30 a 11:50.

³²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009.

convenio o cualquier medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal”.³²⁵

Por consiguiente, para acreditar la responsabilidad disciplinaria del investigado, era preciso demostrar en el proceso que, conforme lo exige el tipo disciplinario, llevó, a través de un medio idóneo, a otros funcionarios a *“participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*.

En definitiva, se tiene establecido que la Procuraduría no probó la calidad de autor determinante del Alcalde en relación con la falta disciplinaria descrita en el artículo 48 numeral 31 del CDU, con lo cual se violó su derecho fundamental al debido proceso. En este punto la Sala debe resaltar que el deber del titular de la potestad disciplinaria no se agota en sustentar sus decisiones en una o varias pruebas, sino que exige que éstas sean suficientes y concluyentes para enrostrar responsabilidad y que sean razonablemente valoradas.

Por todo lo visto, se encuentra que la Procuraduría desconoció el derecho al debido proceso del actor como quiera que en la decisión mediante la cual lo sancionó realizó una valoración probatoria absolutamente equivocada, fundada en pruebas que no eran aptas para ello, lo cual configura un error en el juicio valorativo ostensible, flagrante y determinante de la decisión; motivos suficientes para considerar que el amparo solicitado con base en este cargo debió ser concedido.

- ***Violación al debido proceso por ausencia de apreciación de las pruebas que demuestran la falta de responsabilidad***

En relación con la regla contenida en el artículo 129 CDU que consagra la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, observa la Sala que

³²⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de febrero de 2004, Rad. No. 19.886.

ésta se encuentra dirigida a exigir que la investigación que adelante el operador disciplinario se realice con el mismo rigor en relación con los hechos que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, así como los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo exoneren de responsabilidad.

Se trata de asegurar que el estudio del material probatorio allegado al proceso disciplinario no se limite con exclusividad a las pruebas que comprometen la responsabilidad del investigado, habida cuenta de que también deben considerarse, con igual criterio, las pruebas que lo favorezcan.

El actor pone de presente que la Procuraduría desconoció algunos testimonios en los que se demuestra que el Alcalde no determinó a servidor público alguno a realizar actuaciones trasgresoras del ordenamiento jurídico y que, por el contrario, fue claro en señalar que era necesario ejecutar los estudios técnicos y jurídicos necesarios para que el Distrito asumiera la prestación del servicio público de aseo.

Los testimonios a los que se hace referencia son los rendidos por José Orlando Rodríguez, María Mercedes Maldonado y Carlos Alberto Acero, quienes sobre el particular y bajo la gravedad de juramento señalaron:

- Testimonio de José Orlando Rodríguez:

“Sírvasse informar si usted participó en las reuniones o juntas de la empresa de acueducto en las que se discutió sobre la prestación del servicio de aseo?”

R/ Sí, por la integración de la junta directiva de la EAAB que esta conformada, entre otras, por la secretaria general, en mi calidad de encargado de la secretaria general participe a partir del mes de agosto de 2012 en esa junta directiva.

Sírvasse informar si en dichas reuniones en las que se discutió sobre la prestación del servicio de aseo, se discutió sobre la necesidad de elaborar los estudio jurídicos, técnicos y financieros para asumir esta prestación o para relación de este servicio?”

R/ si, por supuesto que sí, en el mes de agosto justamente en la primera junta en que participé me fue enviada el borrador del acta del mes de julio de esa junta para que yo le hiciera observaciones, obviamente no le hice participaciones ni podía por no haber participado en ella, pero si me enteré de su contenido y en ese contenido el alcalde mayor que precedía la junta le pide a la administración de la EAAB que haga no solo un reforzamiento de la parte gerencial administrativa sino

todos los estudios de conveniencia , técnico, jurídico, económico, para la eventual prestación del servicio de aseo en cumplimiento de las órdenes impartidas por la corte constitucional y en cumplimiento también del programa o de su plan de desarrollo basura cero aprobado por el consejo de la ciudad.

(Suspenden audiencia para busca anexos del expediente) (Minuto 1 a 3)

Usted ha manifestado que ha traído copia de las actas de las que tuvo conocimiento en las que se discutió sobre el tema de la prestación del servicio de aseo, se refirió usted a un acta de julio que está aquí con el número 2478, que es el acta a la que usted se refiere o se refirió en la declaración anterior?

R/ si es esta, y me refiero a ella porque quería decirle al despacho que desde esa fecha, 25 de julio, que es desde cuando tengo información, seguramente antes habrán otras en las que habrán hecho mención al tema del aseo actas con algunas menciones,

¿acta del 2012?

R/ si, 25 de julio de 2012, (...) el alcalde intervino y en la parte final decía que el alcalde “instruye a la administración para afrontar los nuevos retos que trae la realidad capitalina para que en corto plazo se constituya el equipo gerencial capacitado en aguas bogota, se define el esquema para la atención al cliente y el control de perdidas de la empresa de acueducto y se conmine a determinar la entidad que asumirá el servicio de aseo en la ciudad debido a la situación actual que se presenta con los contratos vigentes suscritos con los operadores de aseo en la unidad administrativa especial de servicios públicos, actividades que deben desarrollar con base y esto lo quiero resaltar en el estudio de viabilidad jurídica y financiera correspondiente, de la planeación de la logística requerida en materia operativa y la conformación del equipo gerencial para el manejo del aseo y la gestión comercial del agua.”

Con esto lo que quiero significar es que ya desde esa época el alcalde como miembro de la junta directiva del a empresa de acueducto proponía porque ese es el papel de los miembros de la junta: proponer, y si todos acogen pues se convierte en una orden a la administración que se hicieran los estudios y justamente de viabilidades jurídicas, financieras, de planeación y operativas que se requirieran para que se manejara a partir de la empresa de acueducto el aseo y la gestión comercial del agua.

Entonces la junta directiva en esa sesión, dice acá, recomienda proveer todas las alternativas posibles para la operación comercial de la “empresa al terminar la segundas generación de las zonas de gestión y para definir un modelo que sea efectivo y redunde en beneficio a los usuarios de la ciudad e igualmente exhorta la junta directiva a la administración a examinar cuidadosamente la capacidad gerencial y asumir la operación comercial de la empresa de acueducto y suplir las necesidades en materia de recolección de basura, que en caso de ser necesario se modificara el marco estatutario en la próxima sesión”.

O sea que la junta directiva acoge la propuesta del alcalde pero va más allá y propone que en la próxima sesión, del mes de agosto seguramente, se hiciera la modificación al estatuto de la empresa de Acueducto de Bogotá.³²⁶

- Testimonio de Carlos Alberó Acero.

Usted recuerda si en alguna de esas juntas se discutió el tema de servicio de aseo?

R/ Si recuerdo que en algunas de esas juntas se discutió el tema del aseo.

Recuerda si en algunas de esas discusiones la junta directiva y por supuesto el señor alcalde cuando discutieron el tema del servicio del aseo solicitaron que se hicieran los estudios correspondientes para viabilizar la posibilidad del servicio?

Puntualmente si lo solicito directamente al acueducto yo no lo recuerdo, lo que si se es que en las juntas directivas cuando se debatió el tema y se puso el tema sobre la mesa el señor alcalde enfatizo la necesidad de que la ciudad no se viera avocada a una emergencia sanitaria y que era urgente que de alguna manera se tomaran acciones al respecto, dado que la comisión reguladora, la superintendencia de servicios públicos domiciliarios tiene acueducto y aseo se ventilo el tema en una junta con el señor alcalde donde lo más lógico era que la empresa que se encargara del tema fuera la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Eso fue lo que él dijo, sin embargo en esos temas nunca se planteó, que yo me acuerde, dentro de la junta nunca se planteó que se hiciera un estudio por A o por B. si se dijo que se hicieran estudios, si recuerdo que dijera que se hicieron estudios pero yo no recuerdo que hubiera una orden directa y perentoria a la empresa de acueducto de que hicieran los estudios, eso si no lo recuerdo.

Usted recuerda si en esas juntas se presentaron conceptos o informes técnicos sobre la prestación del servicio de aseo a la junta directiva sobre la viabilidad de la prestación del servicio?

R/ En las que yo estuve presente no, no se presentaron ese tipo de evaluaciones técnicas, estudios no.³²⁷

- Testimonio de María Mercedes Maldonado.

“Sírvese informar si usted participó en juntas de la empresa de acueducto en las que se hubieran discutido sobre la prestación del servicio de aseo?”

R/ Si, si participé

Sírvese informar si recuerda que en esas reuniones en las que usted participó se estudió la necesidad de realizar los estudios jurídicos, técnicos y financieros para asumir la prestación de ese servicio?

³²⁶ Folio 2 cuaderno 42 Minuto 8-9, video 1, CD 3.

³²⁷ Folio 3, cuaderno 42 CD 5.

R/ Si, si se discutió e inclusive se presentaron avances de esos estudios realizados por la empresa de acueducto

A ustedes en esas juntas directivas les presentaron los estudios correspondientes?

R/ Si

Sírvase informar si en algún momento la junta directiva del acueducto en esos estudios se informó o reportó que la empresa no tenía la capacidad o era viable para la empresa de acueducto asumir la presentación de ese servicio.

R/ No, inclusive ese fue un tema que siempre estuvo claro que la empresa tenía esa capacidad y no fueron muchos por que no pues los temas que se llevan realmente a la junta pero en los puntos de información se fueron informando los avances en la organización del servicio de aseo

Sírvase informar si a la junta directiva de la empresa de acueducto se presentaron para su aprobación estudios jurídicos, técnicos o financieros en relación con el convenio que se iba a celebrar con aguas Bogotá

R/ No, la junta fue informada sobre la celebración del convenio.

Sírvase informar si en esas reuniones de la junta directiva se hizo alguna discusión sobre la flota, sobre la necesidad de la flota para la prestación del servicio de aseo y si se habló sobre la reversión de los equipos

R/ Si, los dos temas se trataron, uno a nivel d información también en el análisis jurídico que se hizo y que lo habían hecho abogados contratados por la UAE de servicios públicos y también sobre análisis que se realizaron a nivel de la empresa de acueducto de que procedía la reversión de los vehículos a pesar que no estaba expresamente en el contrato de los vehículos a pesar que no estaba expresamente pactado en los contrato , el régimen de concesión en Colombia contempla de manera general la reversión no solo de los vehículos sino de los contratos de concesión uniformes.

Eso fue a nivel de información y ya para la compra de vehículos pues la junta no es una de sus funciones hizo una observación presupuestal y pues también se discutió la necesidad de adquirir esa flota³²⁸

Para la Sala el hecho de que no se hayan tenido en cuenta las anteriores pruebas testimoniales y en especial las declaraciones juradas de María Mercedes Maldonado y José Orlando Rodríguez, desconoce el derecho que le asiste al Alcalde de que las pruebas regularmente aportadas por él al proceso sean valoradas.

³²⁸ Folio 6 cuaderno 42 CD 12 minuto 2-11.

El debido proceso disciplinario se compone de una serie de garantías mínimas con las cuales se busca asegurar los derechos e intereses de las personas vinculadas a este tipo de procesos, dentro de las cuales se encuentra la valoración de las pruebas debidamente allegadas. No se trata, lógicamente, de forzar a que se les dé plena credibilidad, ya que el operador disciplinario tiene la facultad de apreciarlas en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica; sino de obligar a que sean consideradas, bien para otorgarles fuerza probatoria y estimarlas o bien para desestimarlas. Sea cual sea la determinación que se adopte al respecto, deberá tratarse de una decisión razonada, cuya motivación deberá ser expuesta con claridad y suficiencia. El desvalor que se otorgue a las pruebas o su valoración equivocada comporta el desconocimiento de estas garantías y defrauda el mandato legal según el cual toda decisión interlocutoria debe estar debidamente soportada en pruebas legalmente producidas³²⁹.

En virtud de lo anterior y en atención a que el operador disciplinario obvió lo dicho por los testigos, se confirma el defecto probatorio enrostrado por el actor a la actuación de la Procuraduría. En efecto, este surge sin mayor esfuerzo a causa de las omisiones y yerros en que incurrió el ente de control en la valoración de pruebas determinantes para la demostración de los hechos, así como del desconocimiento del principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad, habida consideración de que no fueron valorados los testimonios debidamente practicados aun cuando de ellos se desprendían importantes elementos de juicio para determinar la inexistencia de la falta.

- ***La falta de acreditación del dolo.***

El último de los aspectos relacionados con el primero de los cargos imputados al Alcalde, es el referente a la prueba del elemento subjetivo del ilícito disciplinario endilgado. A efectos de resolver el problema planteado se requiere volver sobre la falta disciplinaria y el concepto de dolo, para así precisar si el elemento cognitivo de la conducta se encontraba o no acreditado.

La falta imputada consiste en determinar a otro servidor público a “participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio

³²⁹CDU Artículo 128.

público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”

El dolo por su parte, se entiende como la intención y el deseo de incurrir en una conducta jurídicamente reprochable. La Corte Constitucional a propósito de este elemento de la responsabilidad ha dicho:

“El dolo en materia disciplinaria implica que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”³³⁰.

Según el aludido criterio, para que se impute la falta a título de dolo el autor o determinador debe tener conocimiento de que su actuar constituye falta disciplinaria y aun así despliega la conducta buscando conseguir el resultado ilícito. Bajo estas premisas, le correspondía al operador disciplinario probar que el Alcalde tenía la intención de que se celebraran los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 809 de 4 de diciembre de 2012, con desconocimiento de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa.

Las pruebas que soportan el aserto de que la conducta desplegada por el Alcalde era dolosa y el análisis que de estas se realizó, conforme se plasmó en el expediente disciplinario, se concretó en los siguientes términos:

En el pliego de cargos se dijo:

“4.3.3 Culpabilidad

En cuanto a la culpabilidad, principio y categoría de análisis de la estructuración de la falta disciplinaria, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado – entendido éste en su dimensión normativa- por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la

³³⁰ Corte Constitucional, sentencia T- 319 A de 2012.

imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita

El derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, lo cual, para la estructura de la falta disciplinaria, implica la categoría de culpabilidad. La culpabilidad en el derecho disciplinario y específicamente en la modalidad dolosa exige la demostración de los siguientes elementos:

- 1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este aspecto es donde la regla disciplinaria adquiere su función de precepto de determinación; así, quien es determinable por la norma y la infringe es imputable y, en consecuencia, apto para ser culpable.*
- 2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).*
- 3. Conocimiento de la situación típica, es decir el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.*
- 4. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición.*
- 5. Conciencia de la ilicitud; es decir, se requiere el conocimiento de la prohibición o deber, en otras palabras, tener conciencia de que el comportamiento es contrario a derecho.*

En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva; conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, aspecto que se explicó en la determinación sobre el entonces director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, los cuales fueron totalmente irregulares porque ninguna de estas empresas contaba con la experiencia y la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio público de aseo en la ciudad capital.

De la misma manera, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO siempre tuvo el conocimiento de los hechos y, en especial, el conocimiento de la ilicitud sobre su conducta, pues antes, durante y después de la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012 el disciplinado pudo saber que la decisión de que las entidades del Distrito asumieran la prestación del servicio público de aseo era contraria a derecho.

Para corroborar esta afirmación, analicemos los siguientes aspectos de orden probatorio:

4.3.3.1 Comunicaciones de la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.

Mediante el oficio del 5 de septiembre de 2012, la procuradora delegada preventiva de la Función Pública le dijo al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO PETRO lo siguiente:

A través de los medios de comunicación, **hemos tenido conocimiento de su anuncio sobre la intención de constituir una empresa pública para la prestación del servicio de aseo** en los componentes de recolección, barrido y limpieza en la ciudad, que desde el mes de diciembre de 2012 entraría a operar en el marco del régimen de libertad de entrada y competencia que existe desde el año 2011 en Bogotá, tras la terminación de los contratos de conexión de áreas de servicio exclusivo.

(Negrilla fuera de texto).

Y como observaciones puntuales, al señor alcalde mayor de Bogotá, desde esa fecha, se le dijo lo siguiente

- a. Que posiblemente la creación de un operador público podría ir en contravía de las actuaciones y decisiones que la propia administración había realizado tendientes a la regularización del servicio mediante concesión de áreas de servicio exclusivo **como medida determinante para garantizar la cobertura a todos los usuarios de la ciudad.**
- b. Que el plan de inclusión de la población recicladora **partía de la base de operar el servicio con áreas de servicio exclusivo** —en adelante ASE—, conforme había sido determinado en el plan de inclusión presentado ante la Corte Constitucional. Por ello, que ese nuevo planteamiento podría significar un cambio al esquema propuesto a la Corte Constitucional.
- c. Que como quiera que en ese momento se estaba a cuatro meses del inicio de las operaciones, la Procuraduría le solicitaba, entre otras cosas, **que se enviaran los estudios que justificaran para la creación de una empresa pública.**

En tal sentido, desde el 5 de septiembre de 2012, la Procuraduría le hacía saber directamente al señor alcalde su preocupación por la decisión de asumir el servicio público de aseo a través de la creación de una empresa pública.

De la misma manera, para el día 30 de noviembre de 2012, la procuradora delegada preventiva de la Función Pública le envió al señor alcalde mayor GUSTAVO PETRO, al gerente de la EAAB DIEGO BRAVO y al director de la UAESP HENRY ROMERO una comunicación mediante la cual les ponía de presente las presuntas irregularidades que se iban a cometer con la decisión de asumir la prestación del servicio público de aseo a cargo de una entidad del Distrito.

Así las cosas, y en lo que concierne a las presuntas irregularidades de orden contractual, después de que se hicieron unas consideraciones respecto del marco jurídico para la celebración de los contratos interadministrativos y la justificación de la contratación directa, la procuradora delegada preventiva en dicho oficio, con ocasión de la celebración del contrato interadministrativo 017 de 2012, sostuvo lo siguiente:

Revisados los estudios, pareciera ser, por tratarse de un hecho notorio, que el objeto de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., si bien se refiere a servicios públicos, también es cierto que, desde su existencia, no ha cumplido con la “[g]estión y operación de aseo en el área de la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva”.

En esa medida, se recomienda al Distrito analizar si, en efecto, existe una relación directa de la mencionada Empresa, en especial consideración a su experiencia, con el mencionado objeto contractual.

Sobre el particular, cabe recordar que el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, por comisión especial del Procurador General, mediante fallo del 24 de junio de 2011, dictado dentro del proceso IUS No. 2010-42580 –IUC No. D-2011-652-353662, **impuso sanción de destitución e inhabilidad a los investigados porque INFOTIC S.A., la entidad con la cual la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes celebró el contrato interadministrativo 631 de 25 de noviembre de 2010, no tenía capacidad real para ejecutar dicho contrato, pese a lo cual se suscribió, según una de las imputaciones formuladas. Por lo tanto, se sugiere al Distrito analizar en qué medida esta posición disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación podría resultar aplicable al caso particular.**

De igual manera, **se recomienda, de forma respetuosa, analizar si el hecho de tener que acudir a una subcontratación podría estar poniendo en evidencia una falta de capacidad para dar cumplimiento al objeto del contrato interadministrativo y fundamento jurídico que llevó a su suscripción.** Además, se recomienda analizar si la utilización de la figura de la subcontratación podría constituirse en un esguince a la selección objetiva, pues como el contratista se rige por normas de derecho privado, a través de una figura de tercerización, dejará de aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, a las que, por mandato de éstas, debe someterse la UAESP como entidad contratante.

(...)

Por ende, **se solicita examinar, en el marco de las anteriores consideraciones, la procedencia de mantener dicho contrato interadministrativo y las soluciones que, en caso de no encontrarse ajustado a derecho, deberían adoptarse.**

(...)

Adicionalmente a todo lo anterior, ponemos a su consideración los siguientes aspectos e inquietudes sobre el convenio referido:

(...)

• Las cláusulas 10, 11 y 12, **señalan las obligaciones de la EAAB con relación equipos, personal y seguridad industrial; al respecto, este Despacho pregunta:**

¿La EAAB tiene la capacidad real para garantizar una cobertura del 100% del servicio de aseo en la ciudad como único prestador habilitado a partir del 18 de diciembre de 2012, tal y como se menciona en el inciso tercero de la cláusula primera y siguientes?

¿Para esa fecha, ya se dispondrá de los nuevos vehículos recolectores para su prestación?

Si eventualmente, no se logra un acuerdo con los actuales operadores sobre la reversión de los vehículos, ¿qué alternativas ha previsto el Distrito para poder garantizar la recolección de residuos al no disponer de los bienes básicos para su atención?

(...)

(Negrillas fuera de texto).

De ese modo, si se pudiera resumir los puntos atrás señalados puestos de presente por la señora procuradora delegada preventiva, la forma más acertada sería que para esta entidad, en esa fecha y en su función estrictamente preventiva, le asistía la enorme preocupación de que una entidad pública asumiera la prestación del servicio de público de aseo, pues era evidente que la EAAB no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa requeridas.

La Sala interpreta que la manifiesta incapacidad de la EAAB para asumir la prestación del servicio público justificó que la señora procuradora delegada con funciones preventivas solicitara de forma insistente y reiterativa que se examinara la procedencia de mantener el contrato interadministrativo 017 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAAB. Esto lo supo directamente el señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y, en vez de adoptarse otra medida, lo que se hizo fue mantenerse la decisión de asumir la prestación del servicio de aseo, situación que se ratificó con la suscripción del contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado esta vez entre la EAAB y Aguas de Bogotá, empresa del Distrito que también carecía de la experiencia y capacidad técnica requeridas, y con un estado financiero totalmente cuestionable, tal y como lo había advertido de tiempo atrás la Contraloría de Bogotá.

4.3.3.2 Comunicaciones de la Contraloría Distrital al señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.

De la misma manera, la Contraloría Distrital, mediante el oficio del 31 de octubre de 2012, le hizo saber al disciplinado GUSTAVO FRANCISCO PETRO sobre las consecuencias adversas que se generarían al tomar la decisión de que una empresa del Distrito asumiera la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

*En efecto, el señor contralor distrital resaltó que desde el 11 de septiembre de 2012 ese órgano de control recordó que la decisión de prestar el servicio público de aseo por parte de una entidad oficial **podía representar una alteración de la estructura administrativa del Distrito**, pues según el Decreto 1421 de 1993 esas iniciativas debían ser del alcalde, pero puestas a consideración del Concejo. En*

ese momento el órgano de control distrital dijo que no era claro cuáles eran los estudios técnicos, jurídicos y financieros que respaldarían dicha decisión.

De la misma manera, y luego de que llamara la atención sobre una posible violación al principio de libertad de empresa —lo cual se analizará en un aparte diferente de esta decisión—, la Contraloría Distrital de manera enfática le decía al disciplinado que **había una constante improvisación en la administración distrital y que las actuaciones relacionadas con la temática del servicio de aseo daban cuenta de una falta de planeación** y carencia de la política pública en dicha materia, «**dado que tienen lugar muchos anuncios e improvisación en la toma de decisiones**». (Negrillas fuera de texto).

En igual sentido, el señor contralor distrital llamó la atención sobre la ratificación y coherencia de los organismos de control por las actuaciones que contra el Distrito se adelantaban en ese momento por la temática del servicio público de aseo, invitándolo a que las falencias que habían sido encontradas fueran corregidas.¹⁵⁷

Así las cosas, está demostrado que el disciplinado posiblemente actuó de forma voluntaria y con conocimiento sobre los hechos y la ilicitud de su conducta, por lo cual el presente cargo le será imputado a título de dolo, ya que a esta altura procesal se estima que están configurados los elementos que integran dicho título de imputación subjetiva³³¹. (Negrillas del texto original)

En cuanto la demostración del dolo, se dijo en el fallo de única instancia:

“Ahora bien, en ningún momento la posición de la Sala es pretender hacer obligatorias todas las advertencias y recomendaciones que le efectuaron los órganos de control y otras autoridades públicas, pues si así hubiese sido seguramente su desconocimiento hubiese conllevado a otra imputación. No obstante, la Sala no podía pasar por alto las diferentes y numerosas previsiones que estas autoridades le hicieron al burgomaestre distrital, pues es la necesaria forma de probar el conocimiento y representación que tuvo el disciplinado sobre la ilicitud del comportamiento. Una hipótesis distinta hubiese sido que no hubiere mediado ninguna previsión o advertencia y, en ese caso, tal vez el análisis de la realización del comportamiento hubiese sido diferente. Pero en el presente caso sucede lo contrario: todas las entidades en el año 2012 vieron que el Distrito no tenía ninguna entidad que contara con la experiencia, conocimiento y capacidad mínima requerida para la prestación del servicio público de aseo. Y la obviedad de esa situación fue oportunamente puesta en conocimiento del señor alcalde mayor de Bogotá, quien hizo caso omiso y continuó con la implementación de su decisión de asignar la prestación del servicio a un operador público que nunca lo había hecho, lo que generó, por supuesto, la crisis de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, los enormes sobrecostos para la ciudad y la deficiente prestación del servicio en días posteriores a la crisis, mientras al operador público, después de haberse firmado los respectivos convenios interadministrativos, le iban llegando la flota de compactadores, usados y nuevos, que en todo caso nunca tuvo lista el día del inicio de las operaciones en el nuevo modelo creado.

Así las cosas, esta es la explicación de la prueba del dolo en la conducta cometida y desde luego corroborada con otros medios de prueba practicados en el presente

³³¹ Folios 52-55 cuaderno No. 3.

juicio disciplinario. Pero, por estas razones, también es válido aclarar que no es cierto que «la conducta dolosa estuviera únicamente soportada en noticias y publicaciones de los medios de comunicación y no en pruebas reales, contundentes y serias», pues estos registros noticiosos fueron un elemento adicional, coherente e indubitablemente notorio de que el señor alcalde mayor de Bogotá siempre tuvo la voluntad de que las empresas del Distrito asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad capital, dejando de lado todas las advertencias de varias entidades que como prueba obran en el expediente.

De la misma manera, es cierto que las normas jurídicas y las decisiones judiciales bien pueden ser susceptibles de varias interpretaciones, pero en el presente caso, para el segundo semestre del año 2012, había sobradas razones, fácticas y jurídicas, para advertir que no había ninguna entidad del Distrito que tuviera las más mínima experiencia en la prestación del servicio de aseo, como tampoco una capacidad mínima operativa. Para la Sala, esta conclusión no tenía ninguna dificultad en su interpretación, pues era claro que la EAAB jamás había prestado el servicio público de aseo, ni en la ciudad de Bogotá ni en ninguna otra parte del país. De ahí que así lo hubiesen entendido y comprendido varias entidades del orden nacional y distrital, con la excepción del señor alcalde mayor de Bogotá y las entidades que suscribieron dichos contratos interadministrativos³³².

Finalmente, en el auto mediante el cual se resolvió el recurso interpuesto contra el fallo de única instancia se señaló:

“28. Conforme a lo anterior y contrario a lo sostenido por el señor defensor, la Sala sí valoró varias pruebas que permitieron demostrar el dolo de la falta disciplinaria a cargo del señor alcalde mayor de Bogotá, pues, sabiendo que ninguna de las entidades del Distrito tenían experiencia ni estaban preparadas, decidió de manera libre y voluntaria que la prestación del servicio de aseo lo asumiera un operador público, pese a las varias recomendaciones y advertencias que le hicieron algunas entidades y organismos de control político en forma directa a través de sus inmediatos colaboradores³³³.

También en este punto se advierte la vulneración al debido proceso del actor. Esto, en atención a las deficiencias probatorias que se observan en relación con la demostración del dolo en la comisión de la falta disciplinaria estudiada, ya que nuevamente la Procuraduría recurre a pruebas ineptas para la comprobación de un elemento central para la estructuración de la falta; en este caso la demostración del aspecto volitivo de la conducta.

Lo dicho se evidencia porque el hecho base utilizado por la Procuraduría para probar la intención no es suficiente para demostrar el querer del investigado de violentar, a través de la celebración de dos contratos interadministrativos, el ordenamiento jurídico. Si, como se ha visto, el dolo consiste en el conocimiento que el agente tiene de la conducta, de su ilegalidad y las consecuencias que

³³² Folio 44 cuaderno No. 9.

³³³ Folio 415.

acarrear su realización, se debía demostrar que el investigado conocía y era consciente de que la celebración de los aludidos negocios jurídicos contravenía los principios de la contratación estatal y de la función administrativa.

Las pruebas documentales analizadas en el proceso disciplinario dan cuenta de que todas las “advertencias” que se hicieron a la administración distrital estaban dirigidas a cuestionar de alguna manera la oportunidad y conveniencia de la decisión de que el Distrito asumiera la prestación del servicio público de aseo, y no a la posible comisión de una falta disciplinaria. Por eso en los apartes citados en precedencia se advierte como elemento común la clara referencia a ese hecho y no a la celebración de los contratos interadministrativos propiamente dichos; es decir, **las alertas de los órganos de control estaban dirigidas a prever las posibles dificultades que se generarían con la prestación del servicio público por parte del Distrito y no a poner sobre aviso a la autoridad distrital acerca de la comisión de posibles irregularidades de llegar a celebrarse los contratos estatales mencionados.**

Lo anterior se corrobora con la sola lectura de las comunicaciones “preventivas” enviadas por la Procuraduría General y la Contraloría Distrital en las que se dice:

- **“Que posiblemente la creación de un operador público podría ir en contravía de las actuaciones y decisiones que la propia administración había realizado”.**
- **“las presuntas irregularidades que se iban a cometer con la decisión de asumir la prestación del servicio público de aseo a cargo de una entidad del Distrito.”**
- **“De la misma manera, la Contraloría Distrital, mediante el oficio del 31 de octubre de 2012, le hizo saber al disciplinado GUSTAVO FRANCISCO PETRO sobre las consecuencias adversas que se generarían al tomar la decisión de que una empresa del Distrito asumiera la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.”**
- **“Que como quiera que en ese momento se estaba a cuatro meses del inicio de las operaciones, la Procuraduría le solicitaba, entre otras cosas, que se enviaran los estudios que justificaran para la creación de una empresa pública³³⁴.”**

Con base en estas consideraciones se puede concluir que la valoración probatoria efectuada vulnera el debido proceso en tanto que **la Procuraduría recurrió a medios de prueba documentales para demostrar la culpabilidad del disciplinado sin que estos tuvieran la entidad, aptitud e idoneidad para demostrar que éste actuó dolosamente.** A esta conclusión se llega sin ninguna

³³⁴ Folios 52-55 cuaderno No. 3, 44 del cuaderno No. 5 y 415 del cuaderno principal.

dificultad porque, como se ha podido observar, se le otorga a las comunicaciones transcritas un alcance demostrativo que, contrario a lo entendido por la demandada, lejos están de revelar que el actor cometió la falta disciplinaria a título de dolo.

En el mismo sentido se debe poner de presente que conforme lo dispone el artículo 13 del CDU³³⁵, para que proceda la sanción disciplinaria, se requiere que el autor de la falta haya actuado a título de dolo o culpa. No basta entonces con que se demuestre que la conducta constituya falta disciplinaria, sea imputable al autor y con ella se afecte un deber funcional, pues a esto debe agregarse la debida demostración del elemento subjetivo del reproche disciplinario.

En este contexto, no se comparte el argumento de la entidad accionada según el cual la dificultad que ofrece la obtención de una prueba que demuestre la intención del investigado de vulnerar el ordenamiento jurídico, en este caso los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, la exonera de probar esa circunstancia. En efecto, para la Procuraduría:

(...) un aspecto distinto es que jamás se encontrará una prueba que demuestre que el señor alcalde mayor de Bogotá le haya dicho categóricamente y literalmente a determinado funcionario que <tenía que violar el ordenamiento jurídico>, pues ello sería impensable y poco probable. Sin embargo, en la estructuración de una irregularidad de índole disciplinaria, cuando esta consiste en una determinación hacia otro servidor público, no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico, en la forma como lo expone el señor abogados defensor, pues si así fuera se podría cometer cualquier tipo de irregularidad y el argumento de exculpación sería siempre, en términos simple y literales, que jamás <se determinó a infringir el ordenamiento jurídico>.³³⁶
(Negrillas fuera de texto)

La argumentación del ente de control demuestra la flagrante vulneración del derecho fundamental al debido proceso del actor, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se ha podido extraer del régimen probatorio aplicable al proceso disciplinario, es deber legal de la Procuraduría fundar sus decisiones en pruebas legalmente producidas y sancionar sólo cuando existan evidencias que conduzcan a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del

³³⁵ **Artículo 13. Culpabilidad.**- En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa

³³⁶ Auto de 13 de enero de 2014 página 113. Folio 415.

investigado (art. 142 CDU); mandatos que la obligaban a demostrar de manera fehaciente que el Alcalde, en su condición de determinador, llevó a que se celebraran varios negocios jurídicos estatales en contradicción con los principios de la contratación y la función administrativa, más aun cuando el artículo 128 del CDU advierte que la carga de la prueba corresponde al Estado.

Ahora bien, cuando el órgano de control señala que “no se necesita demostrar que en la directriz u orden se haya hecho una valoración sobre lo antijurídico”, se afirma que no es necesario acreditar el dolo, criterio que es insostenible teniendo en cuenta que, tal y como se anunció en líneas anteriores, el artículo 13 del CDU³³⁷ señala que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa.

La importancia del elemento subjetivo ha sido puesta de relieve por la Corte Constitucional, en cuyo concepto:

“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”.³³⁸

Con base en los razonamientos expuestos se advierte una vulneración al derecho fundamental al debido proceso del actor, habida consideración de la ostensible falencia probatoria en que incurrió la Procuraduría al examinar el elemento subjetivo de la falta imputada bajo el primer cargo, toda vez que lo declaró responsable y le impuso la sanción debatida en este juicio sin que se hubiese acreditado en debida forma el dolo.

c) Violación al debido proceso por ausencia de tipicidad y falta de acreditación del dolo respecto del segundo cargo (artículo 48 numeral 60 del CDU)

³³⁷ **Artículo 13. Culpabilidad.**- En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa

³³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002.

El solicitante estima que la Procuraduría vulneró su derecho al debido proceso al sancionarlo por la comisión de la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 60, en vista de que la conducta descrita no puede considerarse falta disciplinaria como quiera que se trata de la asunción de una política pública soportada en normas constitucionales y legales, y en órdenes judiciales impartidas por la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, sostiene, el hecho de que la Procuraduría no comparta la decisión de la Administración Distrital no debe tener como consecuencia la configuración de una falta disciplinaria.

Con el fin de resolver el punto en cuestión y siguiendo con la metodología adoptada en los anteriores apartes, la Sala se detendrá en la falta impuesta al actor y en la conducta descrita por el órgano de control.

La falta disciplinaria dispuesta en el artículo 48 numeral 60 de la Ley 734 de 2002 es del siguiente tenor:

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

La conducta que en el sentir de la Procuraduría General de la Nación se adecuaba a la referida falta fue descrita en los siguientes términos:

“También quedó demostrado que el señor alcalde mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, profirió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, imponiéndose una serie de restricciones y limitaciones sin que mediaran Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, en la medida en que se impidió que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo”³³⁹.

Según lo expone el actor, el Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012 no tiene por objeto limitar la libertad de empresa sino cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional en el fallo de tutela T-724 de 2003 y en los autos 268 de 2010, 275

³³⁹ Folio 231 cuaderno No. 9.

de 2011 y 084 de 2012, lo que en su concepto demuestra la atipicidad de la conducta.

Por su parte la Procuraduría General de la Nación sostuvo que los artículos 6, 8 y 9 del referido acto administrativo contienen restricciones a la libertad de entrada en la prestación del servicio público de aseo en contradicción con el mandato constitucional que prohija la libre competencia, como quiera que en ellos se exigen requisitos y condicionamientos que no están contemplados en la Ley para dichos efectos. Según sostiene esa entidad, el Decreto 564 de 2012 desconoce los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, en atención a que estas disposiciones señalan que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren de permiso para desarrollar su objeto social.

Los argumentos jurídicos expuestos por las partes, tanto en el trasegar de la investigación disciplinaria como en sede de tutela, se encuentran dirigidos a sostener y reivindicar las interpretaciones que una y otra defienden. Se trata de una controversia surgida a partir del alcance de determinadas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias en las cuales se sustenta una decisión administrativa. De allí que la Procuraduría, al definir en los pliegos y en la resolución sancionatoria la conducta por la cual el investigado se hace merecedor de la sanción disciplinaria, señale que este “adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico”.

Siendo esto así, se hace necesario recordar los fines del Derecho Disciplinario en aras de desentrañar si la conducta por la cual se sancionó al actor es constitutiva o no de falta. Esta Corporación, a través de la Sección Segunda, ha sido clara en advertir que el objetivo del Derecho Disciplinario es resguardar el deber funcional que se encuentra a cargo de quienes cumplen funciones administrativas³⁴⁰.

Desde el punto de vista expuesto, y sin desconocer que en un Estado de Derecho cualquier decisión de las autoridades públicas debe ser conforme a la Constitución y la Ley, resulta cuestionable que se sancione disciplinariamente al representante de una entidad territorial por considerar que con la adopción de una política pública se ha desconocido el ordenamiento jurídico cuando la interpretación de las

³⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2012, Rad. No. (0384-10). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

normas que fundamentaron la decisión administrativa fue razonada, lógica y aceptable dentro del marco jurídico aplicable, y cuando lo decidido se encuentre amparado por una presunción general de legalidad que debe ser refutada ante la Justicia Administrativa. El solo hecho que una política pública que, como la examinada, presenta las características antes referidas, no sea compartida por quien detente la potestad disciplinaria, no la torna automáticamente en irregular ni puede ser su sola ejecución fuente de responsabilidad disciplinaria.

En efecto, la decisión del Alcalde no puede despreciarse ni tildarse de ilegal por el solo hecho de no compartirse los argumentos jurídicos que la sustentan, más aun si se tiene en cuenta que el auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional conmina al Distrito, y más concretamente a la UAESP, para que sin mayores dilaciones realice las acciones afirmativas necesarias para garantizar los derechos de los recicladores cuando se trate de la contratación del servicio público de aseo; esto es, que adopte medidas reales de discriminación positiva que garanticen los derechos fundamentales de esa población vulnerable³⁴¹. Y le ordena que tome las medidas que sean del caso para evitar que la situación de los recicladores empeore.

Dentro de la perspectiva anterior, no es posible derivar falta disciplinaria a la luz del ordenamiento jurídico colombiano tal y como lo hizo la Procuraduría, pues el Derecho Disciplinario tiene por objeto asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos, de suerte que las sanciones que se impongan sólo pueden ser la consecuencia de una clara trasgresión a la obediencia, disciplina y rectitud que se exige de los sujetos disciplinables, contexto en el que no se enmarca la conducta imputada al Alcalde.

La posición expuesta ha sido asumida por la misma Procuraduría al aceptar que cuando el deber funcional del sujeto implique la interpretación y aplicación de una o varias normas jurídicas, sólo será reprochable en tanto que fuere ostensible su apartamiento del ordenamiento jurídico. En este sentido, dicha entidad ha manifestado:

“Cuando el deber funcional de los servidores públicos conlleva el análisis y la adopción legal de las decisiones de la administración, el reproche disciplinario por su inobservancia surge en la medida en que fuere evidente que procedieron contra derecho.

³⁴¹ Corte Constitucional, auto 275 de 19 de diciembre de 2011.

Cuando dicho deber no incluye dichas valoraciones, menos aún puede aceptarse el reproche de lo que compete a otros. Sobre este particular, ha dicho la doctrina:

“La potestad disciplinaria, cuyo titular es el Estado, a través de sus ramas y órganos (art. 1), en manera alguna comprende el análisis de la legalidad de la toma de decisiones y los errores en que pueden caer tales servidores por tales motivos, no están ni pueden estar comprendidos ni en los deberes, ni en las prohibiciones, ni en las conductas atentatorias de un Estado de derecho”³⁴².

La regla anteriormente fijada no solo se compadece con los pilares del Derecho Disciplinario ya anotados, sino que busca impedir que se sancione a quienes hagan uso de su facultad de interpretar razonadamente las disposiciones que enmarcan los asuntos que les han sido encomendados, ya que de no ser así el anquilosamiento administrativo sería, por decir lo menos, devastador, si quienes deben cumplir funciones administrativas se vieran constantemente expuestos a sanciones porque sus apreciaciones sobre el derecho aplicable no son compartidos por quienes detentan el poder de disciplinarlos. Lo anterior sin hacer referencia a lo que ello implicaría en términos del funcionamiento del Estado democrático.

Conforme se logra apreciar, la conducta sólo será reprochable cuando la decisión administrativa sea absolutamente contraria a los elementales principios lógicos, jurídicos y legales que gobiernan la materia de que se trate; situación que no acaeció en la expedición del Decreto 564 de 2012 proferido por el Alcalde de Bogotá.

En ese sentido no se puede pasar de largo la circunstancia referida a que dos Jueces Administrativos se hayan pronunciado sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de dicho acto sin que encontraran, en principio, que desconociera la libertad de entrada, la libertad de empresa, la libre competencia y de contera las normas que las gobiernan; cargos semejantes a los que utilizó la Procuraduría para adoptar las decisiones que originan el presente juicio de amparo.

Lo acontecido con estas providencias judiciales es aún más dicente al tratarse de decisiones adoptadas bajo el régimen de la suspensión provisional en la Ley 1437

³⁴² Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicación No.: 074-05384-06. Diciembre 18 de 2006.

de 2011 – CPACA, estatuto que dejó a un lado el requisito de contradicción evidente entre el acto y la norma para que procediera la protección cautelar, con lo cual se ha dado paso a la posibilidad de que el Juez analice si, conforme los argumentos esgrimidos en la solicitud y las pruebas allegadas con la misma, se debe decretar la suspensión requerida. Con todo, en dos oportunidades distintas, primero en sede de simple nulidad y luego de nulidad y restablecimiento del derecho, dos jueces de la República no hallaron mérito para adoptar dicha determinación.

Precisamente, en los referidos procesos de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho³⁴³se profirió sentencia de primera instancia.³⁴⁴ Para el Juez de legalidad del Decreto 564 de 2012, el acto administrativo no desconoce la libre la competencia ni limita su ejercicio, se trata, según el criterio del Juez, de una decisión administrativa que procura cumplir las órdenes dadas por la Corte Constitucional para que el Distrito adopte medidas positivas a favor de la población recicladora. Al respecto se dijo en el fallo:

“El Juzgado negará las pretensiones de la demanda, toda vez que al contrastar el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 con las normas presuntamente vulneradas, no se demostró que transgredieran el ordenamiento jurídico.

No encuentra esta primera instancia, que en contenido del acto acusado se configure, conducta alguna tendiente a posicionar al Distrito como agente transgresor de la libre competencia, de los derechos de los usuarios, o de abuso de la posición dominante.

El ente distrital, debe dar cumplimiento a las órdenes dadas por la Corte Constitucional, en la sentencia T-724 de 2003 y en los autos 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012 y en el acto acusado, se implementa un modelo transitorio que le permite desarrollar algunas acciones afirmativas a favor de los recicadores, ello teniendo en cuenta que no estaba en condiciones de efectuar invitación a licitación pública, pues para ello necesita que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico verifique la posibilidad normativa de implementar áreas de servicio exclusivo y como se analizará en el fondo del debate, para la fecha de expedición del decreto, 10 de diciembre de 2012, la CRA se encontraba efectuando dicho análisis sin que existiera algún pronunciamiento definitivo al respecto. Más aun cuando previo a que se definiera el sistema transitorio existían unos contratos cuyas prórrogas vencían en ese mismo mes, y dichos contratos permitían a particulares la prestación del servicio de aseo, en un esquema totalmente privado y por ende con exclusión de actores en el proceso como la población recicladora.”

³⁴³ Proceso acumulado 11001-3334-004-2013-00054-00 y 11001-3334-003-2013-00131-00. Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. Sección Primera.

³⁴⁴ Sentencia de 12 de febrero de 2014.

En estas condiciones surge clara la violación al derecho fundamental al debido proceso del Alcalde, como quiera que fue sancionado por una conducta que no constituye falta disciplinaria. En otras palabras, la adecuación típica realizada por el operador disciplinario fue abiertamente contraria al objeto y fin que justifica el derecho disciplinario, habida cuenta de que la actuación desplegada por el investigado en el caso concreto no puede tenerse como la transgresión a sus deberes funcionales.

Todo lo dicho también se predica del dolo imputado al actor pues resulta apenas lógico que una conducta no puede ser calificada con ese título cuando esta consiste en la adopción de una decisión que, por encontrarse razonablemente justificada en la interpretación de las normas jurídicas que le sirvieron de sustento y que enmarcan su competencia constitucional y legal, *prima facie* se muestra legítima.

d) Violación al debido proceso por ausencia de tipicidad y falta de acreditación del dolo respecto del tercer cargo (artículo 48 numeral 37 del CDU)

Expone el actor en la impugnación que, en lo tocante al tercer cargo imputado con base en el cual fue sancionado, la Procuraduría desestimó las pruebas que aluden a la posibilidad excepcional del uso de volquetas en la prestación del servicio de aseo; aspecto determinante de la atipicidad de la falta imputada, y reitera que tampoco se tuvo en cuenta la ausencia de daño ambiental o riesgo grave para la salud o el medio ambiente resultante de la situación generada por el Decreto³⁴⁵.

Para la Procuraduría con la expedición del Decreto 570 de 2012, por medio del cual se autorizó el uso de volquetas para la prestación del servicio público de aseo, el Alcalde incurrió en la falta gravísima descrita en el numeral 37 del artículo 48 CDU, conforme a la cual se incurre en responsabilidad disciplinaria por:

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

Toda vez que estos señalamientos tienen un sustento esencialmente probatorio, y que el cargo que se estudiará a continuación, el defecto fáctico en lo relativo al tercero de los cargos imputados, obliga a examinar en detalle la valoración de los medios de prueba empleados para la acreditación de los distintos extremos que hicieron posible su configuración, se estima procedente remitir su análisis al punto siguiente. En consecuencia, se analizarán de manera conjunta los señalamientos de presunta atipicidad de la falta y de defecto fáctico en lo relativo a su acreditación.

iii) Defecto fáctico por indebida valoración del dictamen pericial empleado como base para la acreditación del tercer cargo

Se plantea en la impugnación que la Procuraduría desestimó las pruebas que aluden a la posibilidad excepcional de utilizar volquetas en la prestación del servicio de aseo y se reitera que no se tuvo en cuenta la ausencia de un daño ambiental grave³⁴⁶. En el mismo sentido insiste en afirmar que las conclusiones que aparecen consignadas en el dictamen pericial rendido por uno de los asesores adscritos a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios carecen de sustento probatorio y constituyen meras inferencias que contrastan con los demás medios de prueba obrantes en el proceso. De aquí que haga referencia a la existencia de un defecto fáctico, pues considera, de un lado, que las pruebas solicitadas no decretadas “si son relevantes para el caso y ello está debidamente acreditado”³⁴⁷; y de otro, que la sanción se basa en la hipótesis no probada según la cual el Alcalde además de haber adoptado decisiones vulneratorias del ordenamiento jurídico “puso en grave riesgo el medio ambiente y la salud pública”³⁴⁸.

Al referirse concretamente al valor probatorio del dictamen tomado por el ente de control como uno de los sustentos básicos de la decisión, señala que “la prueba pericial es totalmente deleznable y no podía darle la Procuraduría pleno valor, pues no está debidamente fundamentada, sus explicaciones son deficientes y han sido controvertidas por el seguimiento efectuado por la Secretaría Distrital del

³⁴⁵ Folio 739.

³⁴⁶ Folio 739.

³⁴⁷ Folio 740.

³⁴⁸ *Idem*.

Ambiente que, a diferencia del peritaje, se soporta en hechos verificados y no en inferencias carentes de soporte fáctico real y concreto”³⁴⁹.

Con el objeto de poder esclarecer y decidir de manera objetiva e imparcial la situación planteada por el impugnante con respecto al valor probatorio y a la validez del dictamen pericial, cuyas conclusiones sirvieron de fundamento primordial y determinante de la sanción disciplinaria impuesta al Alcalde, es oportuno (a) examinar con algún detenimiento los diferentes aspectos relativos a dicho dictamen; (b) referirse a la solicitud de aclaración que en su momento formuló el apoderado del disciplinado y a las respuestas emitidas por el perito; (c) tener en cuenta la valoración probatoria efectuada por la Sala Disciplinaria; (d) analizar los argumentos aducidos por el apoderado del Alcalde al interponer en sede disciplinaria el recurso de reposición contra esa decisión; y por último, (e) precisar las razones que llevaron a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría a confirmar las sanciones impuestas. A partir de todo ello, procederá la Sala a (f) establecer la licitud o ilicitud de ese medio probatorio y a determinar si se violaron o no los derechos fundamentales invocados por el accionante.

a. El dictamen pericial

El dictamen pericial elaborado por LUIS FELIPE APARICIO TORRES, Asesor Grado 24 de la Procuraduría adscrito a la Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, se allegó al proceso disciplinario con la pretensión de dar una respuesta técnica y científica sobre el supuesto daño ambiental que se derivó de los sucesos ya relatados.

En él se exponen algunos planteamientos teóricos de carácter general sobre la materia objeto del dictamen, referidos a las principales consecuencias sanitarias que suelen estar asociadas a una indebida o deficiente gestión de los residuos sólidos urbanos, entre los cuales se cuentan la contaminación biótica y química del agua, la contaminación de suelos, la producción de malos olores por la dispersión de materiales orgánicos en estado de descomposición, la contaminación atmosférica por emisiones gaseosas y la consecuente proliferación de vectores que ponen en riesgo la salud humana y el medio ambiente.

³⁴⁹ Folio 47.

El perito manifestó en su dictamen que la Procuraduría realizó una labor de monitoreo y seguimiento de las tareas de recolección de residuos sólidos en diferentes puntos de la ciudad. Para respaldar su dicho incorporó en su informe varias fotografías de lo acontecido y se refirió a las conclusiones del informe elaborado por la Superintendencia de Servicios Públicos relacionado con el volumen de residuos sólidos que fue objeto de disposición final en el relleno sanitario de Doña Juana durante los días 17, 18 y 19 de diciembre de 2012 y a los registros del IDEAM relacionados con los niveles de precipitación y la distribución de aguas lluvias en el casco urbano de la capital durante esos mismos días.

En páginas posteriores, el perito relaciona en su dictamen los requisitos técnicos que debe cumplir la actividad de recolección de basuras, según lo dispuesto por el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico y alude a una clasificación teórica de los impactos ambientales que pueden derivarse de la inadecuada gestión de los residuos sólidos, para concluir, a partir de lo expuesto, que el funcionamiento deficiente del servicio de recolección de basuras durante ese periodo, generó un grave daño ambiental y creó un riesgo colectivo para la salud humana.

Si bien admite que no se tiene certeza que la deficiente recolección de residuos sólidos haya sido la causa directa de enfermedades, el perito les atribuye una incidencia en la transmisión de algunas de ellas y se refiere además a los graves problemas de salud a los cuales quedaron expuestos los operarios que laboran en las labores de saneamiento básico.

Por otra parte, el perito estima que la autorización del uso de volquetas para la recolección de los residuos sólidos domiciliarios, constituye un incumplimiento de la obligación de cubrir la carga contaminante, para evitar la dispersión de residuos y el derrame de lixiviados. Finalmente, se refirió a los efectos deletéreos que puede producir la descarga de residuos sólidos en las corrientes de agua y a la afectación del entorno paisajístico.

b. La solicitud de aclaración presentada por el apoderado del disciplinado

Una vez conocido el resultado del dictamen, el apoderado del disciplinado puso de manifiesto que las conclusiones en él consignadas no se encontraban

debidamente soportadas en ninguna metodología de identificación y evaluación de impactos ambientales técnicamente reconocida, limitándose a reproducir algunos planteamientos teóricos generales tomados del documento titulado "*Manual de buenas prácticas para el control de vectores y plagas*", elaborado por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (España) y a mencionar las conclusiones de un documento elaborado por una universidad argentina no identificada, "sin tener en cuenta que los impactos generados por los residuos sólidos están determinados por las variables propias de cada lugar, en cuanto a las características que fijan los criterios de descomposición referidos a temperatura, humedad, precipitación, condiciones del suelo donde fueron extendidos los residuos, etc.". Según expone el memorialista, la descripción teórica contenida en el dictamen, "llanamente describe condiciones estándar de cualquier lugar, sin llegar a determinarse una metodología o mecanismos válidos que permitan establecer de manera precisa los tipos de riesgos y mucho menos los impactos". Esto, toda vez que el documento, además de no precisar una línea base que le sirva de referencia, no identifica de manera clara los factores de deterioro que presuntamente pudieron haber causado un impacto ambiental, ni permite establecer cuáles fueron las herramientas técnicas y metodológicas que lo llevaron a concluir que se produjo un daño ambiental³⁵⁰.

En lo que atañe al documento académico argentino antes comentado, la parte demandante destacó que no puede ser tenido como un parámetro de referencia idóneo pues se desconoce su autor, la bibliografía que le sirve de apoyo y los casos de aplicación y evaluación en los cuales se sustenta, por lo cual no puede ser homologable en nuestro país, en donde por demás existe una regulación específica que trata de la evaluación e identificación de los impactos ambientales.

Aparte de lo expuesto, el apoderado del Alcalde Mayor solicitó aclaración sobre la metodología empleada para la evaluación de los impactos ambientales y pidió que se le informara cuáles fueron los puntos críticos en donde se realizó la actividad de monitoreo y seguimiento ya mencionada; cuáles fueron los puntos específicos de la ciudad en donde se evidenció la incubación de moscas por la presencia de residuos sólidos; cuál fue la autoridad ambiental o sanitaria que hizo la evaluación; cuáles fueron los profesionales que la realizaron, indicando sus perfiles académicos y su experticia en el tema; cuáles fueron las fuentes bibliográficas

³⁵⁰ Folio 37 del anexo 27.

consultadas; cuál fue la línea base utilizada para establecer el grado de contaminación y cuáles los instrumentos técnicos y científicos utilizados para su medición; cuáles fueron los funcionarios de la Procuraduría que realizaron el seguimiento y monitoreo de las operaciones de recolección de residuos sólidos. En ese mismo orden de ideas, se solicitó aclaración sobre la fuente de información que permitió determinar el volumen de residuos sólidos dispuesto en el Relleno Sanitario Doña Juana durante el período de marras; sobre los puntos y sitios específicos en los que se evidenció el derrame de lixiviados y cuales las normas técnicas y científicas aplicadas en su medición. Por último, pidió el memorialista que le indicaran cuáles fueron las personas diagnosticadas con patologías asociadas a la exposición de residuos sólidos³⁵¹.

c. Aclaraciones emitidas por el perito

En el escrito de aclaraciones radicado por el disciplinado, el perito estructuró su respuesta invocando de entrada las competencias que tiene asignadas la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios y que la habilitan para verificar el cumplimiento de las normas ambientales y prevenir los daños al entorno.

Esta metodología o mecanismos con sus variables específicos, que el apoderado exige, con su línea base, factores de deterioro, etc., es importante aclararle que esto es competencia de la entidad ambiental correspondiente, quien deberá aplicar estos mecanismos para imponer el sancionatorio ambiental correspondiente por el deterioro ocasionado al medio ambiente. Determinar la línea base es supremamente importante para posteriormente medir el daño ocasionado y poder establecer las compensaciones a que el infractor deberá realizar por el daño ocasionado.

Es importante aclarar que la entidad ambiental competente en este caso es la Secretaría Distrital de Ambiente, quien depende de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., quien dejó pasar desapercibido el suceso y no reposa expediente o alguna sanción en trámite³⁵².

Al referirse a las metodologías empleadas en la elaboración del dictamen, el perito procedió a responder lo siguiente:

Manifestó además que “[l]a Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, con varios de sus funcionarios, con el ánimo de verificar el cumplimiento

³⁵¹ Folios 38 y 39 del anexo 27.

de las normas ambientales realizó un seguimiento al desarrollo de la manera en que el señor Alcalde, realizó la recolección y transporte dentro de la ciudad de los residuos sólidos y verificar con las nuevas prácticas, qué tipo de daño ambiental generaba y si expuso a la población de la ciudad”³⁵³. E indicó, además, que todo ello quedó registrado en “actas, videos, fotos e informes que constituyen las pruebas de los hechos, que de alguna manera son las herramientas (término expuesto por el apoderado), que mas (*sic*) que contundentes, demuestran el incumplimiento de las normas, Decretos, (*sic*) leyes expuestos en el informe original”³⁵⁴.

En cuanto al perfil profesional de quienes intervinieron en la evaluación del impacto ambiental, el perito anotó que “[t]odos los funcionarios y profesionales que hacen parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, son profesionales idóneos en el tema ambiental y aún más en determinar los impactos ambientales negativos con incidencia en el medio ambiente”³⁵⁵.

Según lo indica el perito, el dictamen “refleja la información clara y necesaria para describir los impactos generados tanto al suelo, aire y agua en la ciudad capital de Bogotá y el riesgo en que quedó expuesta la ciudadanía y que permite visualizar que sí hubo un impacto ambiental negativo en la ciudad de Bogotá D.C., por el cambio en el proceso de recolección y transporte, en donde la participación de la ciudadanía en el manejo de estos residuos es débil e impotente, primero por el cambio tan abrupto del sistema de recolección, la demora, la contaminación, después de que la eficiencia del servicio se prestaba en óptimas condiciones y segundo por que la competencia es de la empresa prestadora del servicio, dependiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá”³⁵⁶.

En cuanto a la clasificación de los impactos derivados de la mala gestión de los residuos sólidos en la ciudad, el perito indicó que “al respecto existe legislación nacional e internacional, como también Leyes, Decretos y Artículos de estricto cumplimiento en la Constitución Nacional, que no se pueden desconocer o

³⁵² Folio 47 del anexo 27.

³⁵³ *Idem.*

³⁵⁴ *Ibidem.*

³⁵⁵ Folio 46 del anexo 27.

³⁵⁶ *Idem.*

eludir³⁵⁷.

Por otra parte, el perito expresó que “con las pruebas expuestas en el documento inicial, se ve claramente la contaminación del suelo, con la inminente filtración de lixiviados en las zonas verdes de la ciudad por la exposición de las basuras, la contaminación de aguas por la presencia de lixiviados, que por escorrentía llega a los sumideros de las vías y en el aire dispersión de las basuras por acción del viento por el transporte en volquetas, presencia de malos olores y generación de ruido³⁵⁸. Añadió a lo expuesto que la Alcaldía Mayor de Bogotá, no está autorizada para generar este tipo de contaminaciones y por lo mismo procede a relacionar las disposiciones legales que la Alcaldía “está incumpliendo”³⁵⁹.

En lo que concierne a los puntos críticos de la ciudad en los cuales se adelantaron las tareas de control y monitoreo del servicio de recolección de basuras y con los datos referidos a los niveles de precipitación en el período ya señalado, el perito remitió al solicitante a los documentos mencionados en el dictamen. En cuanto a la proliferación de moscas y zancudos en algunos sitios específicos de la ciudad, el perito expresó que ese hecho pudo ser corroborado por la Procuraduría.

d. La valoración probatoria contenida en el fallo de única instancia

El fallo disciplinario proferido el 9 de diciembre de 2013, constituyó uno de los soportes fundamentales de la sanción impuesta al disciplinado.

A partir de los resultados de la prueba pericial, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría concluyó que en efecto se presentaron graves impactos ambientales asociados a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, lo cual, a juicio de la Procuraduría, coincide plenamente con las conclusiones plasmadas en el informe de Control y Monitoreo elaborado por la Secretaría Distrital del Ambiente. No obstante, en la precitada providencia se destaca que el único desacuerdo existente entre esos dos documentos estriba en el hecho de que la Procuraduría considera que hubo un grave daño al medio ambiente mientras la Secretaría Distrital considera que si bien se presentaron

³⁵⁷ Folio 48 del anexo 27.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ *Ibidem.*

ciertos impactos y amenazas potenciales, en realidad no es dable predicar que se haya ocasionado un daño ambiental.

En el fallo emitido por la Procuraduría se sostuvo al respecto:

[...] la conclusión razonable es que, en virtud de las dos pruebas referidas, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito.

En tal forma, conforme a las dos pruebas que obran en la actuación, está demostrado el elemento «riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente» que tiene la condición de ingrediente especial del tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Por ello, no puede ser de recibo la tesis del disciplinado de que no hubo «impactos ambientales» durante los hechos ocurridos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, pues como mínimo, según las pruebas señaladas, sí hubo un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito³⁶⁰.

A partir del testimonio de JULIO CÉSAR PULIDO, quien fue el encargado de preparar el Informe de Control y Seguimiento elaborado por la Secretaría Distrital de Salud, quien calificó de negativo el impacto derivado de la falta de recolección de basuras y la generación de olores ofensivos en algunas zonas de la ciudad, la Sala Disciplinaria señaló:

Pues bien, en este aspecto es donde la Sala le da crédito a la prueba pericial en el sentido de que esos impactos sí afectaron al medio ambiente, pues por la «magnitud, extensión e intensidad» —criterios esbozados por el testigo— está demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura en la ciudad de Bogotá. || Ahora bien, el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple «percepción» como lo dio a entender el testigo PULIDO, sino en criterios técnicos, medibles y cuantificables, pues dicha experticia se basó en los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y principalmente en los informes que hizo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final. Esta es una gran diferencia entre el dictamen pericial y el monitoreo realizado por la Secretaría Distrital del Medio Ambiente, y más cuando el testigo aclaró lo siguiente: «no tengo monitoreo del día 17 o del día 18 de cómo estaban los puntos críticos». Por eso, el declarante precisó que la actividad de seguimiento por la no recolección de basuras se comenzó a partir del día siguiente de la operación; es decir, desde el 19 de diciembre de 2012, y no desde el día 18 del mismo mes y año cuando se cambió el modelo de prestación del servicio³⁶¹.

³⁶⁰ Folio 54 revés.

³⁶¹ Folio 55 revés.

e. Los argumentos del recurso de reposición interpuesto en sede disciplinaria

Una vez enterado de la expedición del acto sancionatorio, el apoderado del Alcalde Mayor de Bogotá interpuso recurso de reposición, en el cual cuestiona el hecho de que la Sala Disciplinaria no haya accedido al decreto de la prueba pericial a cargo de la Universidad Nacional sobre la existencia y alcance del supuesto impacto ambiental generado, la cual era necesaria, para demostrar que en realidad no se produjo el impacto ambiental que la providencia le atribuye a su representado.

Según su criterio, el hecho de que se haya denegado dicha prueba desconoce el debido proceso y el derecho de defensa y desconoce la garantía constitucional de ser investigado y sancionado conforme a derecho. En palabras suyas, “[s]e trata de una ostensible desfiguración de los supuestos básicos de orden constitucional y convencional del debido proceso, DE LAS GARANTIAS del derecho de defensa en notorias circunstancias que, de por sí, NIEGAN el principio de imparcialidad y a un juicio justo”³⁶².

Al complementar los motivos de su inconformidad, el abogado del Alcalde expresó que la Procuraduría no solo dejó de analizar en forma científica, todos los aspectos que deben tenerse en cuenta para establecer si se produjo el daño grave imputado a su poderdante, sino que, además, no fueron acreditados el perfil académico, los conocimientos ni la experiencia de los peritos en la evaluación de impactos ambientales.

En esa instancia disciplinaria el apoderado del funcionario encartado ya estaba cuestionando que el dictamen pericial estuviese sustentado en meras suposiciones y no en una evaluación seria, profesional y técnicamente fundamentada, por lo cual no debió ser tenido como prueba idónea para sancionar a su defendido.

En cuanto al testimonio de JULIO CESAR PULIDO, la parte accionante considera que la Procuraduría descontextualizó lo allí afirmado, pues no es cierto que él haya reconocido o aceptado la causación de daños ambientales.

Es del caso anotar que la providencia de la Sala Disciplinaria mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, reiteró los mismos argumentos expuestos en la decisión de única instancia.

f. Consideraciones sobre el tema en discusión

De conformidad con los argumentos consignados en la impugnación del fallo de proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es menester determinar si en el caso bajo examen la Procuraduría le vulneró o no al disciplinado la garantía constitucional del debido proceso, así como los derechos de audiencia y de defensa a ella asociados, al adoptar la decisión de sancionarlo con fundamento en las conclusiones del dictamen pericial emitido por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, cuya validez como medio de prueba se cuestiona en este proceso de amparo constitucional.

En ese orden de ideas y con el objeto de sustentar la decisión que ha de adoptarse, se procede a señalar las disposiciones de orden superior que consagran las formalidades y requisitos que deben cumplirse para su práctica y de los cuales depende la validez probatoria del dictamen.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, cuyas normas aplican al asunto *sub examine*, en aquellos casos en los cuales se requieran conocimientos especializados, es decir, cuando se trate de aquellos juicios, saberes o discernimientos que escapan a la cultura común y corriente de las gentes, es preciso recurrir a quienes los posean por razón de su formación profesional y su experiencia. La norma en mención prescribe *ad pedem literae* lo siguiente:

ARTÍCULO 233. Procedencia de la peritación. *La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*³⁶³ [...]

En las normas subsiguientes del Código de Procedimiento Civil se regula lo relativo al número de peritos, al régimen de impedimentos y recusaciones, a la

³⁶² Folio 203 revés.

³⁶³ En términos similares, el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal preceptúa: “Cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos, el funcionario judicial decretará la prueba pericial.”

petición, decreto y práctica de la prueba, a la contradicción y apreciación del dictamen, al deber de colaboración de las partes, y a la rendición de informes técnicos y peritaciones por parte de entidades y dependencias oficiales, entre otros aspectos.

Dentro de las exigencias que han de cumplirse en la práctica de la prueba, el artículo 237 numeral 6° del precitado estatuto procesal, establece en forma perentoria que “[e]l dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”³⁶⁴.

En cuanto corresponde a la apreciación del dictamen, el artículo 241 *ejusdem* ordena tener en cuenta “la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

Según las explicaciones doctrinarias del profesor Jairo Parra Quijano, contenidas en su *Manual de Derecho Probatorio*³⁶⁵,

*Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que se puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrá su concepto sobre los puntos del dictamen. Obsérvese bien: pueden recurrir a la colaboración de otros técnicos y llevar a cabo ellos personalmente, o contratar con laboratorios, la realización de determinados exámenes para rendir el dictamen en mejor forma, pero si bien **deben relatar todos los experimentos realizados y hasta los conceptos emitidos por otros técnicos, de todas maneras deben emitir su propia opinión.***

*Todo lo anterior aparece consagrado en el numeral 6° del artículo 237 del C. de P.C. el que dice: “El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él **se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones**”. Esta disposición consagra la necesidad de explicar el porqué se rinde el dictamen en determinado sentido, indicando lo que se tuvo en cuenta para conceptuar, a fin de que las partes, en adecuada forma, puedan utilizar el derecho de contradicción de la prueba. **Un dictamen sin la fundamentación o explicaciones correspondientes, no es pericial y a lo sumo será un simple***

³⁶⁴ El artículo 251 del C. de P.P., por su parte, dispone lo siguiente: “El dictamen debe ser claro, y en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.

³⁶⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, 16ª Edición, Bogotá, Ediciones El Profesional, 2007, pp. 634 y ss.

concepto u opinión, y por tanto habrá que practicar el dictamen con el criterio explicado anteriormente(...).

Hemos precisado que si no se explica el dictamen, no puede ejercerse en debida forma el derecho de contradicción, ya que ¿con base en qué razonamientos podría enjuiciarse el dictamen?, sobre todo si se tiene en cuenta que a menudo las partes no manejan esos conceptos de tipo técnico, científico o artístico, teniendo que recurrir a expertos que las asesoren y éstos necesitan conocer los fundamentos del dictamen para poder asesorar eficientemente a las partes. (subrayado y negrillas fuera de texto)

Nuestra Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 24 de agosto de 1982. Proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozada vs. Deogracias Lozano Penagos. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Salcedo Segura, si bien admite la libertad de apreciación del dictamen bajo los postulados de la sana crítica, ha dicho, que el juez “de todos modos tendrá que decir, cómo lo hizo en el presente caso, por qué lo acepta, por qué cree en lo dicho por los peritos y, en caso contrario, igualmente deberá dar las razones por las cuales no lo acoge”. (subrayado y negrillas fuera de texto)

Ahora bien, el inciso final del artículo 29 de nuestra Carta Política, preceptúa en forma categórica que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En consonancia con ese mandato superior, el artículo 140 del CDU establece que “una prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente”³⁶⁶.

En el mismo sentido el artículo 128 de la ley 734 de 2002 al referirse a la necesidad y a la carga de la prueba, dispone que “toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado”. (subrayado y negrillas fuera de texto)

Como se puede observar, el artículo 29 de nuestra Carta Política y el artículo 140 de la Ley 734 de 2002, consagran la llamada “regla de exclusión”, según la cual es

³⁶⁶ El artículo 360 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) dispone que “el Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.” y el artículo 23 de la misma normatividad prescribe: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo

nula de pleno derecho la prueba obtenida con vulneración del debido proceso y por lo mismo no puede servir de sustento a la decisión de fondo que haya de adoptarse. La regla en mención deriva del carácter preferente que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables, pues el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales constituye un parámetro determinante de la validez del acervo probatorio³⁶⁷.

De las disposiciones antes mencionadas se desprende que la regulación de la prueba ilícita en el proceso disciplinario “se apoya en una línea jurisprudencial que apunta a considerar sin valor ni eficacia alguna no solamente los elementos probatorios obtenidos, practicados o admitidos con vulneración de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la potestad punitiva o disciplinaria del Estado, sino también aquellos aducidos al proceso con vulneración de normas infraconstitucionales, esto es, las de legalidad ordinaria que reglamentan las formalidades del debido proceso probatorio, siempre y cuando la infracción afecte reglas de contenido sustancial, es decir, previstas en la ley procesal con la finalidad de otorgar garantías al investigado.”, tal como lo advierte la propia Procuraduría en una de sus publicaciones³⁶⁸.

En ese contexto, la legitimidad de la prueba ya no solo aparece ligada al respeto del principio de legalidad en su producción, sino a la dignidad del ser humano, a los derechos fundamentales y a la exigencia de razonabilidad en su producción, giro que es muy importante en punto de la concepción de la prueba ilícita y de sus consecuencias procesales. Al respecto, la Corte Constitucional³⁶⁹ ha considerado que tiene el carácter de prueba ilícita o nula de pleno derecho, además de la que se practica con vulneración de los derechos fundamentales, aquella que se ha producido sin la cabal observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, y entre ellas, de manera prioritaria, el principio de contradicción.

Para reforzar lo manifestado en este acápite, resulta de gran interés y pertinencia traer a colación los siguientes fragmentos, tomados de la Sentencia SU-159 de

que deberá excluirse de la actuación”.

³⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002, en la cual se desarrolla la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

³⁶⁸ FARFÁN MOLINA, Francisco. “*La prueba ilícita en el proceso disciplinario doctrina de la Procuraduría General de la Nación*”, Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, pp. 124.

³⁶⁹ Cfr. Sentencias C-150 de 1993 y C-491 de 1995 de la Corte Constitucional.

2002 proferida por la Corte Constitucional:

“Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

*[...] **se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso**, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea **cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso** penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita. (subrayado y negrillas fuera de texto)*

En esa misma determinación se añade:

*Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que **no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia**. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla.*

Por otra parte y por estar referida al mismo punto en discusión, es oportuno para los fines de esta providencia, tener presente la siguiente consideración de la Corte Constitucional, la cual aparece contenida en la Sentencia T-1034 de 2006, en donde se expresó lo siguiente:

En buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados, requisitos que la mencionada prueba no reunía por las razones antes anotadas, por lo tanto **una decisión sancionatoria que se apoye principalmente en una supuesta prueba pericial que no reúne los requisitos señalados por las normas procedimentales que regulan la materia vulnera el debido proceso disciplinario**. (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Es importante destacar que "la lectura de la expresión debido proceso en el contexto del artículo 29 inciso final de la Carta Política debe hacerse en el

entendido de que no solo se proscribía la violación de ese derecho fundamental en la obtención de las pruebas, sino entendiendo que se proscribía la violación de cualquier garantía fundamental en la averiguación de la verdad real³⁷⁰.

Cercenar la posibilidad de que el sujeto disciplinable conozca los fundamentos técnicos y científicos del dictamen; negarle la oportunidad de conocer el perfil profesional y la experticia del perito que emite su concepto; y guardar silencio con respecto a las metodologías e instrumentos técnicos o científicos empleados en su elaboración, reduce la oportunidad de contradicción del mismo, con lo cual se configura una clara violación del debido proceso.

Igual predicamento vale hacer, cuando se concede valor a un medio de prueba ilegal, pues, como queda dicho, las pruebas practicadas a espaldas de las ritualidades establecidas en el ordenamiento jurídico contradicen la regla de exclusión prevista en las normas superiores ya citadas y vulneran los derechos fundamentales de la parte contra la cual se aducen.

Las normas procesales establecen como formalidad que el perito explique la experiencia que tiene para rendir el dictamen, mediante la demostración de su idoneidad y el conocimiento en el arte, ciencia o técnica sobre la cual versa su experticia. Del mismo modo, el hecho de responder el perito con evasivas o dejar de contestar las solicitudes de aclaración o complementación que le fueron formuladas resulta igualmente contrario al ordenamiento jurídico y a las garantías procesales de la parte contra la cual se aduce ese medio de prueba. Bajo tal perspectiva, es razonable concluir que el desconocimiento de estas formalidades legales de carácter sustancial conduce a la invalidez de la prueba, y por ende a la prohibición de valoración de la misma, dada la necesidad de proteger el debido proceso y los derechos fundamentales a él asociados.

En suma, corresponde al operador jurídico excluir de cualquier valoración las pruebas ilegítimas, porque el artículo 140 del CDU dispone que la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado se tendrá como inexistente, esto es, no se le reconoce la categoría jurídica de prueba. Por ende no puede servir de soporte legítimo a una decisión sancionatoria.

³⁷⁰ FARFÁN MOLINA, F. *Op, cit.*

Teniendo en cuenta los parámetros normativos, jurisprudenciales y doctrinales anteriormente expuestos, se tiene que en este asunto la Procuraduría ha debido excluir de la valoración probatoria el dictamen pericial elaborado por LUIS FELIPE APARICIO TORRES, Asesor Grado 24 adscrito a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, teniendo en cuenta que en el mismo se omitieron aspectos fundamentales para la validez de esta prueba, tales como la indicación del perfil profesional y la experticia del perito, se dejó de precisar la base técnica que sirvió de sustento a las conclusiones, así como los instrumentos metodológicos, técnicos y científicos que lo llevaron a concluir que durante los días 18, 19 y 20 de 2012 las deficiencias que se presentaron en el servicio de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá produjeron graves daños ambientales y generaron diferentes patologías asociadas a la exposición de residuos sólidos de origen domiciliario, hospitalario e industrial. Además de lo anterior, y sin la más mínima pretensión de desconocer la libertad de apreciación probatoria que tiene la Procuraduría, salta a la vista que la Sala Disciplinaria le dio plena validez al dictamen pericial ya referido, sin realizar el menor discernimiento acerca de los fundamentos que le sirven de sustento y sin analizar las conclusiones en él consignadas.

No puede pasarse por alto que las respuestas y explicaciones ofrecidas por el perito frente a las solicitudes de aclaración formuladas por el apoderado del Alcalde, distan mucho de satisfacer los niveles de claridad y precisión que exige el ordenamiento jurídico, pues todas ellas son evasivas, imprecisas y confusas y dejaron de hacer claridad sobre las dudas e inquietudes razonablemente planteadas por el sancionado. En tales circunstancias, no resulta difícil advertir que las posibilidades de desvirtuar las afirmaciones del perito se vieron seriamente reducidas, lo cual atenta contra los derechos fundamentales de quien entonces ostentaba el carácter de sujeto disciplinado.

Finalmente, la decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría de denegar la práctica del dictamen pericial que según lo solicitado por el interesado habría de rendir la Universidad Nacional de Colombia, significó una seria limitación a la posibilidad de desvirtuar las conclusiones del dictamen elaborado por la Procuraduría, con lo cual se puso una talanquera al derecho de contradicción, al impedirle la posibilidad de refutar con argumentos técnicos y científicos las

conclusiones mencionadas en el dictamen. No se puede desconocer, conforme fuera tempranamente reconocido por la jurisprudencia constitucional, que

La negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas; pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso³⁷¹.

Por las razones expuestas, se concluye que la Sala debió amparar el derecho al debido proceso.

iv) Defecto sustantivo por el supuesto desconocimiento del principio pro homine.

La parte actora reiteró en su impugnación el argumento que había planteado al promover la acción de tutela, en el sentido de señalar que la Procuraduría escogió las faltas disciplinarias más graves y a título de dolo o culpa gravísima cuando, con fundamento en el artículo 50 del CDU, podía haber efectuado la imputación por faltas graves o leves. Aparte de ello, agrega, al realizar la valoración probatoria siempre optó por la posición más desfavorable a su representado, lo cual resulta contrario al principio que invoca. En su concepto la desatención de este principio configura un defecto sustantivo³⁷².

Tal como se ha venido pregonando en la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que permea todo el Derecho de la preocupación por la guarda y realización de los derechos humanos. De aquí que en virtud de su reconocimiento se debe acudir a la norma o a la interpretación más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de fijar restricciones al ejercicio de los derechos o establecer su suspensión extraordinaria. Es por esto que se afirma, como se infiere de su mismo nombre, que este principio implica estar siempre a favor del hombre³⁷³.

³⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-393 de 1994.

³⁷² Folio 749.

³⁷³ Cfr. de la Corte Constitucional, entre otras, las sentencias T-320 de 2009, T-284 de

La principal fuente normativa de ese principio, radica en los artículos 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, normas integradas a nuestro ordenamiento jurídico y que forman parte del bloque de constitucionalidad, en donde se establece lo siguiente:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 5: 1. *Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.*

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 29. Normas de Interpretación. *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De conformidad con las disposiciones que anteceden, de lo que se trata entonces, tal como ha sido recordado por la jurisprudencia constitucional, es de garantizar “que la interpretación de las disposiciones jurídicas en materia sancionatoria o anulatoria se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad, y en últimas, de acuerdo

con los criterios “*pro-homine*”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano³⁷⁴.

Por estas razones, contrario a lo expuesto por el actor, la aplicación del citado principio no tiene el alcance que se le da en la demanda y la impugnación. En efecto, lejos de anular la discrecionalidad que la legislación ha otorgado al operador disciplinario al momento de tipificar una falta, forzándole siempre a calificar todo como una falta grave o leve, lo que persigue este principio no es otra cosa que asegurar una mayor efectividad de los derechos fundamentales a través de (i) la prohibición de la interpretación extensiva o de la aplicación analógica de las disposiciones sancionatorias; (ii) el mandato de respeto al principio de reserva legal de las faltas o los delitos y, por último, (iii) la definición de un criterio de interpretación *pro homine* o *pro libertate* de las disposiciones jurídicas, sancionatorias o no, que ofrecen diversos sentidos, de suerte que queden excluidos aquellos que comportan una restricción o barrera al ejercicio de un derecho.

En consecuencia no resulta admisible, como lo plantea el actor, entender que en virtud de este principio el operador disciplinario debe siempre optar por la falta más leve, pues sería tanto como asumir que, también a causa de su vigencia, toda autoridad con potestades punitivas (administrativas o judiciales) debería siempre imponer la pena menos severa, dando al traste con la discrecionalidad (que no libertad, ni mucho menos arbitrariedad) que el ordenamiento jurídico les ha conferido en el ejercicio de sus funciones.

La textura abierta de las disposiciones que establecen la tipificación de las faltas graves y leves³⁷⁵ implicaría forzosamente este resultado, con lo cual quedarían abolidas en la práctica las reglas relativas a las faltas gravísimas; resultado a todas luces contrario tanto a la particular configuración del régimen disciplinario diseñado por el legislador, como a los intereses de la colectividad envueltos en la

³⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006.

³⁷⁵ **Artículo 50. Faltas graves y leves.-** Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. // La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código. // Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

vigencia de una ley disciplinaria que asegure el cumplimiento de los fines del Estado mediante la previsión de distintas clases de sanción para quienes en el desempeño de sus responsabilidades públicas desconozcan los principios, deberes y reglas que rigen su ejercicio.

4.9.7. Violación del derecho al buen nombre

Tanto en la demanda de tutela como en el recurso de apelación, el actor invoca como violados sus derechos fundamentales al debido proceso, derechos políticos y buen nombre. Sin embargo, en relación con este último, no expone ninguna fundamentación tendiente a demostrar cómo y de qué manera le fue conculcado su derecho. No obstante y como quiera que se trata de una acción de tutela, es imperioso analizar si en este asunto se aprecia una afectación al derecho fundamental en cuestión.

La afectación del derecho fundamental al buen nombre depende de la intensidad del daño moral que pueda sufrir una persona que ha sido ofendida o se ha sentido lesionada por alguna expresión proferida o información divulgada en su contra. La gravedad de la lesión sólo puede medirse según el contexto en que esta se haya presentado, para lo cual se debe hacer un examen razonable y objetivo de la situación particular de los sujetos implicados en la controversia. Con este fin, el Juez deberá acudir a los elementos de juicio con que cuente para determinar con base en ellos si ocurrió o no una verdadera amenaza o conculcación del derecho, teniendo en cuenta que se trata de un bien jurídico no absoluto, que con frecuencia entra en conflicto con las libertades de informar y de difusión del pensamiento y la opinión.

Ahora bien, en relación con los hechos que suscitan la solicitud de amparo, se debe recordar lo señalado por la Corte Constitucional respecto de la no vulneración del derecho al buen nombre por el solo hecho de iniciarse una investigación disciplinaria o judicial, bien sea que se culmine o no con sanción. En efecto, según ha señalado el Alto Tribunal:

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar el derecho al buen nombre de las personas. Sin embargo, esta garantía, como todas las consagradas en la Carta, no es absoluta, pues encuentra límites en el interés social representado por las autoridades públicas, quienes, observando el ordenamiento jurídico, están

facultadas para dar a conocer informaciones objetivas y veraces acerca del comportamiento de las personas que integran el conglomerado.

Cuando, en ejercicio de sus funciones, las autoridades públicas vinculan a una persona, en legal forma, a un proceso judicial o administrativo, quien resulta incurso en él carece de fundamento para reclamar violación del derecho al buen nombre, pues la organización estatal se encuentra legitimada para iniciar y llevar hasta su culminación los trámites que permitan establecer si el sindicato es responsable del comportamiento objeto de investigación.

Los derechos a la honra y al buen nombre no significan la posibilidad de evadir los procesos e investigaciones que, de conformidad con el sistema jurídico, pueden y deben iniciar las autoridades públicas cuando tienen noticia acerca de una posible infracción³⁷⁶.

En virtud de lo anterior, no se advierte vulneración al derecho fundamental al buen nombre del actor toda vez que la decisión proferida no se encuentra dirigida a menoscabar el patrimonio moral de éste, sino a indagar sobre su conducta como servidor público, siendo esto una carga que, en su calidad de Alcalde, debe soportar.

Ahora bien, lo anterior no puede entenderse como una patente en cabeza de los órganos encargados de investigar las conductas de los servidores públicos para que realicen señalamientos o imputaciones desconsideradas dirigidas a menoscabar la buena reputación de las personas que le prestan servicios al Estado. Se trata de exigir que las apreciaciones que se hagan sobre el sujeto, se ciñan a los cauces del proceso respectivo y se encuadren dentro de los marcos del respeto por la dignidad humana y la imparcialidad administrativa que la Constitución impone a las autoridades.

4.9.8. Resolución del caso concreto

Con base en los razonamientos expuestos y determinada de manera previa la procedibilidad del amparo requerido, la Sala debió concluir que en vista de las transgresiones al debido proceso acreditadas era forzoso revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, conceder la protección solicitada al derecho fundamental garantizado por el artículo 29 de la Carta, en asocio con el derecho al sufragio pasivo, cuya afectación deviene ilegítima en virtud de las irregularidades

³⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1995. Pronunciamiento reiterado en la sentencia C-556 de 2001.

en la sustanciación y decisión del procedimiento disciplinario adelantado contra el actor que fueron corroboradas.

Fecha ut supra

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO VARGAS AYALA

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 18 / CONTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 137 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias, me permito manifestar que no comparto la providencia que antecede por las razones que a continuación procedo a enumerar:

1. El punto central a resolver es la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de medios ordinarios de defensa como lo es la acción de simple nulidad, o de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.
2. El proyecto inicial derrotado fue apoyado por el suscrito porque estaba de acuerdo con la decisión -parte resolutive- de dejar sin efectos los actos sancionatorios **temporalmente** hasta tanto el Juez ordinario (Tribunal-Consejo de Estado) resolviera de fondo los procesos respectivos. Sin embargo, no compartía el diseño ni la arquitectura sobre la cual se edificaba el proyecto de providencia judicial, toda vez que siempre he considerado que las medidas provisionales en la acción de tutela no pueden estar sustentadas en análisis de fondo que prácticamente deja sin funciones al Tribunal de la causa; menos aún “cuando el Juez de la tutela es el mismo Juez ordinario” como sucede en el presente caso.
3. En esa misma dirección, debo manifestar que la sentencia aprobada incurre exactamente en el mismo manejo en varios aspectos, especialmente en cuanto

analiza y decide la competencia interna de la Procuraduría General de la Nación y resuelve el posible enfrentamiento de la legislación interna y las normas internacionales sobre derechos humanos.

4. Ciertamente es que en algunas sentencias y en foros académicos se ha señalado que la acción de tutela y la ordinaria se enfocan desde puntos de vista diferentes. Por ello se afirma que es posible que sean decididas por “el mismo Juez” -tutela y ordinario- pues las materias son distintas y tratan aspectos que no son exclusivamente los mismos, toda vez que en una se ejerce control de protección de derechos fundamentales y en la otra un control de simple legalidad.

5. El tema no es tan sencillo como parece porque en la práctica judicial no es fácil deslindar esa línea imaginaria de ambas acciones, toda vez que en el caso específico del Consejo de Estado ha sostenido que no es simplemente un Juez de legalidad sino también de constitucionalidad en virtud del control difuso que la Constitución Política estableció en nuestro país. Obsérvese que en la sentencia que antecede el Consejo de Estado **reivindica** las nuevas facultades que trae el CPACA en el caso de las MEDIDAS CAUTELARES que buscan garantizar “la tutela efectiva” de los derechos fundamentales, lo que implica que el medio ordinario tendrá las mismas facultades y un enfoque similar al constitucional de tutela.

6. Es un contrasentido señalar la existencia de otros medios cuando no le deja espacio de decisión al juez de la causa. En efecto, si se indica por el Consejo de Estado que existen otros medios judiciales de defensa, los mismos no pueden estar orientados por posiciones o tesis jurídicas establecidas de antemano que le quitan la imparcialidad debida y transparencia a la administración de justicia.

7. En las sentencias T-1137 de 2004, T-1093 de 2005, T-1039 de 2006 y SU-712 de 2003, la Corte Constitucional ha definido algunos criterios básicos para determinar la procedencia de la tutela como medida provisional cuando se impugnan actos administrativos de contenido sancionatorio como los que condenaron al Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

Estos **criterios** se podrían resumir de la manera siguiente:

- a) La existencia de motivos serios y razonables sobre el desconocimiento de garantías constitucionales.
- b) Que el daño sea inminente, grave y urgente, constitutivo de un perjuicio irremediable.
- c) Es necesario que los medios ordinarios no sean expeditos en la actualidad.

8. Para el suscrito, no hay duda de que existen serios motivos en el expediente que amenazan vulnerar garantías y principios constitucionales que hacen viable la medida cautelar solicitada hasta tanto el juez ordinario decida sobre la legalidad de las sanciones.

9. En la investigación disciplinaria la configuración de la denominada “**falta disciplinaria**” no surge con la claridad requerida o la estricta tipicidad exigida en la ley frente a conductas que desarrollan políticas institucionales, administrativas o de Gobierno, algunas de las cuales pueden hacer parte del voto programático que inscriben los servidores públicos de elección popular. Basta observar que el **pliego de cargos** se encuentra soportado fundamentalmente sobre actuaciones que no tienen que ver en forma directa con la corrupción o con faltas típicas del derecho disciplinario colombiano, lo que lleva ineludiblemente a deducir que por lo menos existen motivos serios y razonables que podrían poner en riesgo garantías y derechos fundamentales del peticionario.

10. Es innegable que las acusaciones expuestas en el pliego de cargos por la Procuraduría General de la Nación tienen un alto contenido ideológico sobre el manejo y la forma de Estado (libre competencia, las concesiones en los servicios públicos, el libre mercado, el neoliberalismo, etc.) lo que **de entrada** implica la necesidad de establecer hasta dónde va la conducta reprochable del Alcalde Distrital y si la misma se confunde con sus creencias ideológicas y políticas, porque según la Constitución vigente nadie puede ser sancionado o molestado por sus creencias filosóficas, religiosas o políticas dentro de un Estado social de derecho. (art.18 cp.).

11. De otro lado, considero necesaria la medida cautelar para hacer posible el examen del denominado control de convencionalidad del Juez nacional y el

alcance del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en otras palabras, hacer posible el deber que tienen los Jueces nacionales de examinar las normas y actos internos frente a los Tratados y la Jurisprudencia de la Corte **Interamericana** de Derechos Humanos. En el entendido de que los Tribunales nacionales no solo deben velar por la aplicación del orden jurídico interno sino también que sus fallos deben abordar el análisis y la consideración de las normas del Derecho Internacional Humanitario, sobre todo cuando entran en juego derechos subjetivos, políticos y sociales.

12. Además existen aspectos dentro del proceso disciplinario que en principio dan a entender un abuso del derecho y de las facultades de control de la Procuraduría General de la Nación como puede ser el estudio y el análisis de la **proporcionalidad** de la sanción o pena impuesta frente a casos graves de corrupción contra el erario público y que son de público conocimiento; la competencia en la delegación a órganos internos del ente de control, la que no puede ser despachada negativamente en la forma y dentro de los parámetros que se indican en la providencia de la cual disiento.

13. Igualmente, en los actos sancionatorios se echa de menos un elemento esencial en los sistemas punitivos como lo es **el dolo** y **su prueba**. La denominada **ilicitud sustancial** poco o nada fue objeto de consideración en los actos que destituyeron al peticionario.

14. Cuando se involucran derechos subjetivos, comunitarios o sociales, el perjuicio o daño presunto que se deriva de la infracción a derechos y garantías constitucionales es irremediable por cuanto las cosas no podrán volver a su estado anterior.

15. Los actos sancionatorios dentro del contexto actual tienen implicaciones diversas que pueden ir desde la interrupción de programas institucionales hasta la afectación de derechos fundamentales del actor. Asimismo, se incurre en gastos de carácter público como puede ser el que se genera por las elecciones atípicas sin saber los resultados del proceso judicial ordinario que de ser favorable a las pretensiones no tendría efectos resarcitorios en cuanto a los derechos sociales y políticos que allí van involucrados.

16. Todos estos aspectos, ponen de presente que existen sin lugar a dudas serios y razonables motivos que podrían constituir amenazas contra derechos fundamentales del actor de la tutela como el derecho a la defensa, al debido proceso y a la dignidad humana, que hacen procedente la tutela como **mecanismo transitorio**.

17. El principio de precaución -no solo existe en materia ambiental- aconseja que en estos casos en que hay en juegos diversos valores, derechos e intereses, la prudencia y la cautela deben tener un papel fundamental para que exista una justicia integral y efectiva.

18. En otras palabras, el daño en casos como el presente donde no solo están en juego derechos subjetivos del Alcalde sino colectivos (políticos, electorales, voto programático, etc.) hace que el perjuicio no pueda ser resarcido con el mero restablecimiento de carácter laboral, que es al fin y al cabo lo que se persigue con los medios ordinarios de defensa puesto que existen valores intangibles donde el paso del tiempo y la interrupción del periodo no permiten que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la ejecución de los actos que hoy son objeto de protesta.

19. Sostener que los medios ordinarios son ágiles y expeditos para tomar decisiones judiciales es una verdadera quimera, un ideal no cumplido; la crónica congestión judicial de nuestros Tribunales y juzgados hacen que cualquier trámite no tengan la rapidez y la fluidez que no solo reclama la recta administración de justicia sino el usuario, el ciudadano que solicita sus servicios.

20. En todo caso, la distancia entre la teoría y la práctica judicial de los Tribunales y Juzgados en Colombia es abismal y preocupante; es claro que el papel donde se escribe una sentencia resiste todo pero lo cierto es que una cosa son los términos de los medios judiciales ordinarios en los códigos de procedimientos y otra, bien distinta, es el trámite de tales procesos en la cotidianidad de nuestra justicia, en el día a día, donde la mora y los programas de descongestión han marcado la pauta desde hace muchos años. Y aquí cabe un **“mea culpa”** a pesar de todos nuestros esfuerzos y medidas adoptadas en busca de la eficiencia y la prontitud debida.

Igualmente, otro ha sido el concepto de la **eficacia de la tutela** en la protección de los derechos ciudadanos. Allí se encuentra radicado su éxito y la confianza social como mecanismo oportuno de justicia.

En los anteriores términos, dejo sentada mi inconformidad.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 23 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 27 / CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS - ARTICULO 30 / PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS - ARTICULO 25 / PROTOCOLO 1 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 3 / CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION - ARTICULO 6 / CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION - ARTICULO 21 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 323 / DECRETO 2591 DE 1991 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149 NUMERAL 2 INCISO 2 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Con el acostumbrado respeto que profeso hacia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, manifiesto que me aparto de la decisión adoptada el 4 de marzo de 2014 en el proceso de la referencia en donde se resolvió declarar improcedente el amparo constitucional solicitado por el señor Gustavo Petro Urrego y en consecuencia se confirmó la decisión adoptada el 17 de enero de 2014 por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A fin de desarrollar mi categórica postura disidente, abordaré, en el respectivo orden, las siguientes consideraciones que en mi criterio encuentro ajustadas a derecho y que resultaban imperiosamente aplicables a fin de considerar la

procedencia y la prosperidad de la acción de tutela formulada en el *sub lite* a la luz de los presupuestos normativos de orden convencional y constitucional; de manera que luego de **i)** un breve recuento de los antecedentes de este asunto y **ii)** los fundamentos de la decisión de Sala Plena, pasaré a identificar **iii)** la procedencia de la acción de tutela en el sub lite (donde abordaré la obligación de acatar el control de convencionalidad, los derechos políticos que considero vulnerados al demandante y el alcance y sentido de las medidas cautelares en el CPAyCA); fijado ello se abordará **iv)** las razones por las cuales considero que la Sala debió llamar la atención sobre la disfuncionalidad institucional en materia de control disciplinario para los funcionarios de elección popular y, por último, **v)** expondré las medidas que, en mi sentir, debió adoptar la Sala en el *sub lite*.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

1.1.- El 9 de diciembre de 2013 la Procuraduría General de la Nación impuso al señor Gustavo Petro Urrego, Alcalde Mayor de Bogotá, la sanción disciplinaria de destitución e inhabilitación por un periodo de quince (15) años, al haberle encontrados disciplinariamente responsable de la comisión de tres conductas consideradas como faltas gravísimas de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Código Disciplinario Único CDU.

1.2.- Contra esta determinación el sujeto disciplinado interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante decisión de 13 de enero de 2014, donde se confirmó lo decidido inicialmente.

1.3.- Previo a obtenerse este segundo pronunciamiento el señor Gustavo Petro Urrego, por conducto de su apoderado, formuló ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acción de tutela, el 12 de diciembre de 2013, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al i) debido proceso, ii) al ejercicio de sus derechos políticos y iii) sus derechos a la honra y al buen nombre.

1.4.- La Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia el 17 de enero de 2014, en donde consideró que la acción de tutela si era procedente, como mecanismo transitorio, sin embargo, afirmó que las decisiones de la Procuraduría General de

la Nación no violaron ninguno de los derechos fundamentales alegados por el actor.

1.5.- El demandante impugnó la decisión de primera instancia solicitando su revocatoria; alzada que fue resuelta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en fallo de 4 de marzo de 2014 donde consideró que la acción de tutela no era procedente para los efectos del caso.

II. LA DECISIÓN DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.1.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió que la acción de tutela incoada por el señor Gustavo Petro Urrego no era procedente.

2.2.- La decisión en comento partió por señalar que el demandante contaba con otro medio de defensa judicial el cual resultaba efectivo para la protección de los derechos que él consideraba violados con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Estos medios de defensa corresponden a las acciones contencioso administrativas (en específicos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) dotadas de la garantía de protección inmediata por vía de las medidas cautelares, las cuales, resaltó el proyecto, pueden ser solicitadas por el interesado y decretadas por el Juez Administrativo inclusive con anterioridad a haberse presentado la solicitud de conciliación prejudicial (en los casos que así se exija), razón por la cual afirmó la Sala que

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso o que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

Lo anterior conlleva a afirmar que desde un inicio es factible proteger los derechos de los ciudadanos bajo el uso de medidas cautelares, aun cuando haya que agotar el requisito de procedibilidad, toda vez que entre la medida cautelar y la conciliación prejudicial, ciertamente no hay incompatibilidad procesal, lo que

asegura una protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos a instancias del juez de lo contencioso administrativo.

Por lo expuesto, los argumentos del actor en el sentido de que el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni aun con la posibilidad de ejercer la medida de suspensión provisional es suficiente para proteger los derechos fundamentales vulnerados, entre otras razones, porque se debe agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial ante la misma entidad que profirió el acto, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado en única instancia, no es usual que se decrete la medida de suspensión provisional, a lo que se agrega la congestión en la rama judicial.

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos.”

2.3.- No en vano lo anterior, la Sala elaboró ulteriores consideraciones sobre la acción de tutela planteada, pese a haber sostenido la improcedencia de la misma en este caso. Así, se ocupó de analizar la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen restricción de los derechos políticos de personas elegidas popularmente. Al respecto, la Sala, luego de retomar las consideraciones relevantes de la sentencia C-028 de 2006 de la corte Constitucional, arguyó que de acuerdo con el criterio del margen de apreciación nacional, establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁷⁷ resultaba legítima

“la formulación de un sistema de control disciplinario de los servidores públicos que aun cuando prima facie podría generar dudas sobre su compatibilidad con el artículo 23.2 CADH, por habilitar la imposición de sanciones restrictivas de los derechos políticos por un órgano al que formalmente no le asiste la calidad de autoridad jurisdiccional, y a partir de la valoración concreta del diseño institucional de la Procuraduría en el orden constitucional nacional, se muestra conforme a las exigencias mínimas del sistema interamericano.

Profundizando en este punto la decisión de la Sala abordó el estudio del caso López Mendoza v. Venezuela, fallo de 1° de septiembre de 2011 pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del cual consideró que eran *“tan significativas las diferencias entre uno y otro supuesto, que permiten afirmar con suficiencia una distinción capaz de justificar de forma razonada una conclusión divergentes.”*, con lo que concluyó, en general, respecto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación, que *“no hay duda que las*

³⁷⁷ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

determinaciones adoptadas por el órgano de control sobre los derechos políticos del peticionario no representan de por sí un desconocimiento de los derechos garantizados por los artículo 23 de la CADH y 40 de la Ley Fundamental colombiana”.

Por último, el proyecto desestimó el alegato del demandante concerniente al hecho de que conforme al artículo 323 de la Constitución Política únicamente compete al Presidente de la República destituir al Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

III. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL SUB LITE

3.1.- Contrario a las argumentaciones defendidas por la posición mayoritaria de la Sala, considero que en el presente caso era clara y manifiesta la procedencia de la acción de tutela formulada por el señor Gustavo Petro Urrego. Para ello, parto por señalar que el presente caso reflejaba dos problemas jurídicos diferentes, los cuales son, por una parte **i)** determinar si la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos que se impone a un funcionario de elección popular por parte de un funcionario administrativo, como lo es el Procurador General de la Nación, viola normas previstas en las convenciones, en la Constitución Política y en las leyes de Colombia; mientras que el segundo problema, aparejado al anterior, consiste en determinar si **ii)** una decisión de esa naturaleza, en el caso en concreto, amenaza con vulnerar derechos convencionales y fundamentales del accionante.

3.2.- Fijado lo anterior, considero que cada uno de estos problemas jurídicos están llamados a ser considerados por diferentes Jueces en atención a los criterios establecidos por el sistema jurídico colombiano.

3.3.- Respecto del primer problema jurídico, es el Juez Contencioso Administrativo el competente para resolverlo ya que con base en lo consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular... y se le restablezca el derecho...”.*

Dicha competencia, además, está asignada (siguiendo la misma codificación), en única instancia, a la Sección Segunda del Consejo de Estado, por así disponerlo el inciso segundo, numeral segundo del artículo 149 del C.P.C.A.³⁷⁸, y en los Acuerdos 058 de 1999 y 055 de 2003 expedidos por el Consejo de Estado.³⁷⁹

3.4.- El segundo problema jurídico, esto es, si la sanción disciplinaria de la Procuraduría amenaza con vulnerar derechos convencionales y fundamentales, es de competencia en primera instancia del juez de la República ante quien se haya solicitado el amparo, tal como se desprende del Decreto 2591 de 1991.

En este punto, considero que en este caso si se configuraban los elementos necesarios para considerar que la acción de tutela incoada por el señor Petro Urrego se tornaba procedente, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional³⁸⁰, Tribunal que ha dicho que la acción de tutela, como mecanismo transitorio, procede cuando se impugna por esta vía una decisión administrativa disciplinaria sancionatoria que implica la destitución e inhabilitación para ocupar cargos públicos, siempre que:

- i) Existan motivos serios y razonables con base en los cuales se determine que una providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados.
- ii) Que el perjuicio amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales.
- iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, constitutivos todos ellos de un perjuicio irremediable.
- iv) Es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean los suficientemente expeditos.

Paso a demostrar las razones convencionales y constitucionales que hacían procedente el mecanismo de la acción de tutela en el presente caso como tutela

³⁷⁸ Artículo 149...“en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario.”

³⁷⁹ Conforme al reglamento interno del Consejo de Estado, Acuerdo 058 de 1999 modificado por el Acuerdo 055 de 2003, compete a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo conocer de “Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.”

³⁸⁰ Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional T-1137 de 2004, T-1093 de 2004, T-778 de 2005, T-1039 de 2006 y SU-712 de 2013.

cautelar y garantía del derecho de un recurso judicial efectivo para la realización de la administración de justicia en este tipo de controversias.

3.4.1.- Existencia de motivos serios y razonables. La violación de derechos fundamentales y convencionales para el accionante con la adopción de la decisión administrativa disciplinaria.

En el presente caso, el motivo serio y razonable en el que se concreta la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y convencionales del accionante, radica en la afectación de los derechos políticos consagrados a nivel convencional (artículo 23 Convención Americana de Derechos Humanos) y constitucional (artículo 40.1 Constitucional), materializado, a su vez, en el derecho que tiene el demandante Gustavo Petro Urrego, al haber sido elegido popularmente como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., a desempeñar ese cargo de manera continuada por el periodo de tiempo que constitucional y legalmente está fijado³⁸¹. Dicho argumento se fundamenta, esencialmente, en la aplicación sistemática del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre la restricción de derechos políticos y del artículo 40.1 de la Carta Política. Tal afirmación implicaría, para el juez contencioso administrativo, como juez de tutela, verificar la aplicación del control de convencionalidad, el alcance del artículo 23.2 de la CADH así como la determinación de la existencia de un precedente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicable en concreto.

3.4.1.1.- La observancia del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar “la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario en todo juez nacional consiste en el deber de estos “en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”³⁸². Si bien como construcción jurídica el

³⁸¹ De acuerdo al inciso 3º del artículo 323 de la Constitución Política de Colombia, con la modificación del Acto Legislativo No. 02 de 2002, a cuyo tenor se lee: “La elección de Alcalde Mayor, de concejales distritales y de ediles se hará en un mismo día por períodos de cuatro (4) años y el alcalde no podrá ser reelegido para el período siguiente.”

³⁸² “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene

control de convencionalidad se hace radicar en su origen en la sentencia del “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”³⁸³, lo cierto es que desde antes del 2002³⁸⁴, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado³⁸⁵, aunque en su formulación inicial señalaba que sólo tenía a los jueces como aquellos que debían ejercerlo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, llegándose a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial, ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma”³⁸⁶ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”³⁸⁷ [subrayado fuera de texto].

Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas

sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

³⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

³⁸⁴ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

³⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

³⁸⁶ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario³⁸⁸. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales, se comprende por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁸⁹.

Luego de surgir este mecanismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo fue matizando. En ese sentido, en el “caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú³⁹⁰, se agregó que dicho control de convencionalidad procede “ex officio” pero “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones competentes”. Así mismo, se consideró como función que “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros

³⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

³⁸⁸ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

³⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

³⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”³⁹¹.

Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad puede reducirse a la confrontación de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, en su voto razonado el juez García Ramírez, a la sentencia del “caso Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, consideró que debía proceder dicho control respecto a “todo el corpus iuris convencional de los derechos humanos”³⁹².

El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”³⁹³

En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En

³⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

³⁹² En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad se viene consolidando como puede verse: a) caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, donde el control implicó determinar que las leyes de autoamnistía eran incompatibles con la Convención [párrafo 173]; b) caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, en la que encontró incompatible la “cláusula de exclusión” consagrada en el artículo 26 de la Constitución de Barbados, que impedía la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución [párrafo 78]; c) caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, en la que sostuvo que “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos” [párrafo 180]; d) las Resoluciones de supervisión de 9 de mayo de 2008 en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala, el control se dirigió a la exigencia al Congreso y al Judicial de no ejecutar a ningún condenado hasta que no se adoptara un decreto que consagrara el indulto; e) caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, donde el control se centra en cuanto a las interpretaciones constitucionales y legislativas relacionadas con los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, las que debe estar conforme con los principios de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, llegando, incluso, a exigir a los jueces nacionales dejar de aplicar una norma del Código de Justicia Militar.

ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999³⁹⁴; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*³⁹⁵

Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

3.4.1.2.- Los Derechos Políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los sistemas Universal y Europeo de protección de Derechos Humanos.

3.4.1.2.1.- El artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluido en el Capítulo II “Derechos Civiles y Políticos” de la Parte I “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Artículo 23. Derechos Políticos

1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
 - a) *de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
 - b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
 - c) *de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*
2. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”*

³⁹³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “*administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

³⁹⁴ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

³⁹⁵ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

3.4.1.2.2.- En lo que se refiere a otros ordenamientos internacionales, se encuentra el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3º del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Protocolo I al Convenio Europeo de Derechos Humanos.
<p>Artículo 25 Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.</p>	<p>Artículo 3. Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.</p>

3.4.1.2.3.- Es de resaltar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 en consonancia con los correspondientes a la libertad de expresión, reunión y asociación “hacen posible el juego democrático”, lo que da muestra del contenido, marcadamente, sustancial del concepto democrático a los ojos del Tribunal, al paso que señala que estos derechos, conforme al artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son susceptibles de ser suspendidos por los Estados partes³⁹⁶, de allí que pueda decirse, en la terminología de la jurisprudencia constitucional colombiana, que los derechos políticos del artículo 23 se vinculan al bloque de constitucionalidad, generando un efecto integrador de la normativa interna, al tenor del artículo 93.1 de la Constitución Colombiana.

³⁹⁶ “Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos.

3.4.1.2.4.- En cuanto al numeral 2º del artículo 23 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha razonado sobre su justificación en el caso *Yatama v Nicaragua*, donde señaló que las restricciones que pueden efectuar los Estados a los derechos políticos, indicadas en dicho artículo, deben consultar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, en los siguientes términos:

“Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.”³⁹⁷ (Resaltado propio).

3.4.1.2.5.- Por su parte en *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, un caso que versaba sobre la restricción legal según la cual los candidatos presidenciales debían postularse únicamente por conducto de un partido político, la Corte recordó que los Estados tenían la obligación positiva de establecer legislaciones que desarrollaran determinados sistemas electorales, de manera que su labor no solo podía limitarse a cumplir las garantías del artículo 23.2. Con todo, reconoció que la Corte era competente para verificar si las normas de un determinado sistema electoral no constituían una restricción indebida de uno de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención:

“157. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.
(...)

Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos

³⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 23 de junio de 2005, caso *Yatama v. Nicaragua*.

previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.”³⁹⁸

3.4.1.2.6.- En cuanto a la restricción de los derechos políticos “exclusivamente” por condena dictada por juez competente, en proceso penal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁹⁹ en su escrito de demanda en el caso López Mendoza No. 12668, consideró como violado el artículo 23.2 de la Convención, norma respecto de la cual afirmó que exigía no solo que se tratara de una decisión penal sino, también, del respeto de las garantías del debido proceso penal que “son más estrictas” que las del procedimiento administrativo; de esta modo, no solo defendió la aplicación de la norma por un criterio netamente orgánico (el simple hecho de que sea un Juez Penal), sino también desde una perspectiva material de mayor garantía procesal:

“65. Así, el artículo 23.2 se refiere no sólo a que es únicamente un tribunal judicial en un proceso penal el que puede restringir el derecho, sino también a que cualquier restricción que se derive de dicho proceso deberá guardar estricto respeto a las garantías penales. La Comisión observa que la imposición de una sanción de inhabilitación para la postulación a un cargo de elección popular, por

³⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos.

³⁹⁹ La Comisión ya había tenido oportunidad para pronunciarse sobre este aspecto en el Informe que elaboró sobre Venezuela titulado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” en el año 2009. Allí puso de presente la contrariedad a la Convención de la Ley de la Contraloría General de la República que habilita la imposición de sanciones de inhabilitación, ya que éstas materialmente corresponden a una sanción de carácter penal. Igualmente cuestionó la lectura que efectuó el Tribunal Supremo de Justicia respecto del artículo 23 de la Convención IDH sobre los derechos políticos. Sobre estas cuestiones la Comisión sostuvo: “65. Al respecto, la CIDH considera que la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta por el Contralor General de la República, es de naturaleza materialmente jurisdiccional y tuvo como objeto ejercer el poder punitivo del Estado, característica inherente al ámbito penal. Esto en virtud de que la afectación que produjo la sanción es por naturaleza de carácter penal al configurarse, conforme al artículo 23.2 de la Convención, una inhabilitación al derecho político de postularse a un cargo de elección popular. Conforme a lo establecido por la Corte Interamericana, las sanciones administrativas que muestran ser de similar naturaleza a las penales “implican un menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten en estricto respeto de los derechos básicos de las personas [...]”. (cita a pie de página omitida) En este sentido, y a la luz de las obligaciones que adquirió Venezuela al ratificar la Convención Americana el 9 de agosto de 1977, la CIDH considera que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República resulta incompatible con la Convención en tanto contempla expresamente la vía administrativa como la idónea para la imposición de la sanción de inhabilitación de los derechos políticos.

(...)

66. De especial preocupación para la Comisión resulta el tratamiento de la Convención americana por parte de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 5 de agosto de 2008. La sentencia hace referencia al artículo 23.2 de la Convención y señala que en dicho artículo se prevé que el derecho de participación política puede ser reglamentado. El análisis de este artículo por parte de la Sala Constitucional es que el hecho de que pueda ser reglamentado implica que los derechos políticos pueden ser restringidos siempre que dichas restricciones estén previstas en la Ley y se fundamenten en razones de interés general, en la seguridad de todos y en las justas exigencias del bien común.”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. 2009, p.15. Disponible en el sitio web: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/VENEZUELA.2009.ESP.pdf> información consultada el 5 de marzo de 2014.

un periodo de tiempo, tiene naturaleza de sanción penal por lo que obliga a exigir, a quien tiene la facultad de imponerla, el respeto de ciertas garantías procesales propias de un procedimiento de índole penal, las cuales son más estrictas que las garantías de debido proceso que se exigen en los procedimientos administrativos.”⁴⁰⁰

3.4.1.2.7.- Entrando en detalle en el caso *López Mendoza v. Venezuela*, considero que las apreciaciones jurídicas vertidas en esa oportunidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debieron ser tenidas en cuenta por la Sala Plena de la Corporación al resolver el *sub lite*, pues pese a la diferencia fáctica consistente en que aquél caso se trató de una decisión de inhabilitación (más no de destitución)⁴⁰¹, esta no deviene en relevante como para sostener su inaplicación por vía de la técnica del *distinguishing*⁴⁰², más aun si se tiene en consideración que también se trató de una decisión adoptada por una autoridad administrativa⁴⁰³ (que no judicial) al amparo de una Ley que así lo permitía⁴⁰⁴, que contaba con el aval de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁰⁵ del vecino país, supuestos de hecho similares al caso *sub judice*.

⁴⁰⁰ Escrito de demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte IDH en el caso Leopoldo López Mendoza c. Venezuela, el 14 de diciembre de 2009. Información consultada en el enlace web: <http://www.cidh.org/demandas/12.668%20Leopoldo%20Lopez%20Venezuela%2014dic09%20ESP.pdf> información revisada el 7 de febrero de 2014.

⁴⁰¹ Se trató de las sanciones impuestas por el Contralor General de la República, por separado y en momentos diferentes de sanciones de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por términos de tres (3) y seis (6) años al señor Leopoldo López Mendoza.

⁴⁰² Se trata de una técnica legítima que aunque reconoce la existencia del precedente argumenta la existencia de supuestos de hecho especiales o nuevos que hacen que en el caso actual no pueda darse aplicación a lo dicho en el asunto precedente. Tal como se ha expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 en donde se dijo “resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos [casos], siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables y solamente en la medida en que lo sean. (...) los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.”. Igualmente Whittaker sostiene: “Puede sostener que la proposición jurídica contenida en el caso precedente, que parece corresponder a los hechos de que conoce, no formó parte de la ratio del fallo anterior y, por tanto, no obliga; o puede declarar que la proposición jurídica en el caso precedente en realidad integró la ratio de la sentencia anterior, pero que los hechos del caso actual son distinguibles de los hechos del caso anterior, esto es, distintos en una forma jurídicamente relevante. **En consecuencia, las proposiciones jurídicas contenidas en las sentencias inglesas se supeditan a los hechos en un doble sentido: su fuerza vinculante depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación.**”. WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés: Una visión desde la ciudadela. WHITTAKER, Simon. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO INGLÉS: UNA VISIÓN DESDE LA CIUDADELA. Rev. chil. derecho [online]. 2008, vol.35, n.1 [citado 2014-02-20], pp. 37-83. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003>.

⁴⁰³ La Contraloría General de la República de Venezuela hace parte del denominado “Poder ciudadano” y el artículo 287 de la Constitución de 1999 la define como una Entidad de “control vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.”

⁴⁰⁴ El artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y el artículo 105 de la actual LOGRS de 2001 establecen la posibilidad de que el Contralor adopte la medida de inhabilitación para ocupar cargos públicos como consecuencia de que un funcionario hubiere sido declarado administrativamente responsable por dicho Ente.

⁴⁰⁵ El Tribunal explicó que la competencia dada a la Contraloría consiste en una sanción administrativa que difiere de la mencionada a los efectos de la sentencia penal que mencionan los artículos 42 y 65 de la Constitución. “Es de advertir que la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la

3.4.1.2.8.- En suma, la revisión de los supuestos de hecho entre ambos casos lleva a decir que éstos guardan similitudes fácticas relevantes a efectos de considerar que la regla jurídica vertida en *López Mendoza v. Venezuela* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debió ser observada y seguida por la Sala Plena para la resolución de la presente controversia en donde, al igual que en el caso comentado, se configuró una vulneración ilegítima a los derechos políticos del señor Petro Urrego, en atención a que los mismos fueron limitados por una autoridad y en el marco de un procedimiento que no se corresponde con las exigencias expresas y contundentes del artículo 23.2 de la Convención Americana.

3.4.1.2.9.- En ese orden de ideas, es preciso recordar que la fuerza vinculante de un precedente deviene de la existencia de un referente fáctico común o asimilable a partir del cual se deriva la *ratio decidendi* (por oposición a los *obiter dicta*) que operó como sub regla de derecho en la resolución del caso anterior y siempre que no existan razones suficientes que aconsejen el abandono de dicho precedente a efectos de fijar una tesis jurisprudencial nueva⁴⁰⁶; tal como lo he manifestado en anteriores oportunidades:

“Lo trascendente en el concepto de ratio decidendi, es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurara la ratio lo que corresponda en derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión, lo demás, no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera ratio, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso.”⁴⁰⁷ (Resaltado propio).

República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, en uso de la facultad que le confiere el artículo 289.3 constitucional, y que desarrolla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es **cualquier funcionario público, incluso los de elección popular**, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante.

Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanar de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso; y al Poder Electoral velar porque no se fragüe un fraude a los electores permitiendo la postulación, el concurso y la elección de un ciudadano que está impedido para ejercer las funciones administrativas ínsitas a las funciones de gobierno.”. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia No. 1266 de 6 de agosto de 2008.

⁴⁰⁶ Alexy destaca este punto a partir de la formulación de una regla de la argumentación según la cual “quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”, como una manifestación del principio de inercia elaborado por Perelman. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, cit., p. 263

⁴⁰⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año X (2011) No. 20. Págs. 127-154, especialmente 133. Disponible en el enlace web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-20.pdf>

3.4.1.2.10.- Dicho esto, en el presente caso lo resuelto por la Corte IDH en el mentado asunto López Mendoza v. Venezuela resultaba jurídicamente vinculante para la Sala Plena tanto por el hecho de la observancia obligatoria del control de convencionalidad (como se indicó arriba) así como por tratarse, en *stricto sensu*, de un precedente vinculante. En este orden de ideas, debió seguirse la *ratio decidendi* de dicho fallo que, textualmente, es la siguiente:

“107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

108. La Corte estima pertinente reiterar que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.”

3.4.1.2.11.- En consideración a la tesis formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el aparte citado, en donde recalca que en ese caso no hubo “condena” dictada por un “juez competente” en el marco de un “proceso penal”, es que manifiesto que en el presente caso se ha configurado una afectación ilegítima a los derechos políticos fundamentales del señor demandante, en atención al hecho de que no se satisfizo la garantía establecida en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la interpretación dada por la Corte IDH al respecto.

3.4.1.2.12.- Con ello, manifiesto enfáticamente que me separo de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria en el fallo de 4 de marzo de 2014 en tanto que en dicha decisión se reafirmó la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar con medidas de destitución e inhabilitación a funcionarios elegidos

popularmente, con sustento, principalmente, en los fallos de la Corte Constitucional C-028 de 2006 y SU-712 de 2013, sin haber efectuado, como era su deber funcional, el control de convencionalidad sobre la legislación interna, deber jurídico éste que lleva a decir que ante una incompatibilidad entre los preceptos normativos de la Convención (su texto propiamente dicho así como la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y una regla de derecho interno o su interpretación (bien sea de orden jurisprudencial), el Juez local, investido de las facultades jurídicas que le otorga el control de convencionalidad, debe hacer privilegiar las normas de la Convención frente a las segundas a fin de “prevenir potenciales violaciones a Derechos Humanos”⁴⁰⁸, tal como se deriva de la primigenia formulación de este instituto de aseguramiento de la vigencia de los Derechos Humanos, en el fallo Almonacid Arellano v. Chile⁴⁰⁹, donde se expuso:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de

⁴⁰⁸ Como lo señaló la Corte Interamericana en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

⁴⁰⁹ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1º de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010; Caso Vélez Loo Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Rio Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

3.4.1.2.13.- Contrario al cumplimiento de este deber, debo decir la que la Sala se limitó a ejercer un *aparente* control de convencionalidad, que no fue pleno en su alcance, ni llevado a cabo de manera sustancial en tanto que se limitó a hacer mención a algunas decisiones de la Corte IDH, que se quedaron en referencias meramente retóricas puesto que el discurso de la Sala se agotó una vez abordó las consideraciones que sobre la materia (la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a funcionarios elegidos popularmente) había efectuado precedentemente la Corte Constitucional.

3.4.1.2.14.- En este orden, no puedo decir menos que la Sala faltó a su deber convencional de privilegiar los mandatos jurídicos de la Convención, los cuales, se imponen –como ya se ha reitero largamente en este salvamento- al derecho interno, no solo en virtud de la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales⁴¹⁰, sino también, en razón de la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención. Dicho en otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

3.4.1.2.15.- Sumado a lo anterior, también considero que, oficiosamente, la Sala debió analizar, en el contexto de los derechos políticos, que en el *sub lite* ocurrió una violación a los derechos de la oposición, derivada de la falta de competencia del Procurador General de la Nación para imponer sanciones de inhabilitación y

⁴¹⁰ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

destitución a funcionarios de elección popular y en atención a que el demandante, en este caso, es un político de oposición.

3.4.1.2.16.- Lo anterior en tanto que el marco convencional y constitucional colombiano perfilan el desarrollo del principio democrático dotado de notable contenido sustancial⁴¹¹; razón por la cual, siendo plenamente consciente de la existencia de una maravillosa heterogeneidad de concepciones, valores y principios que repercuten en la manera como se razona sobre la política del Estado, la economía y el orden social, es que se considera que esta diversidad de pareceres debe manifestarse en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, de manera que existe el deber de cada sistema jurídico de respetar y, sobre todo, asegurar plenamente el ejercicio de las “voces de oposición” las cuales en sentir de la Corte IDH “resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad⁴¹²”⁴¹³; mientras que la Corte Constitucional ha destacado el valor de la oposición para enriquecer el principio democrático al decir que “La divergencia de los puntos de vista, propia del pluralismo en su sentido ideológico, urge de las autoridades estatales la adopción de una actitud que propicie la libre difusión de las diferentes opiniones o tendencias, lo que supone la participación de los ciudadanos de conformidad con los términos jurídicamente autorizados y en distintos escenarios, materias y procesos.”⁴¹⁴.

⁴¹¹ Estos valores han quedado consignados y desarrollados de manera brillante en la Carta Democrática Interamericana, que establece en su artículo 3º los elementos esenciales de la democracia participativa en los siguientes términos: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”

⁴¹² En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: “[T]he fact that [...] a political project is considered incompatible with the current principles and structures of [a] State does not mean that it infringes democratic rules. It is of the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself”. *Case of Freedom And Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey (Application no. 23885/94) 8 December 1999, párr. 41; Case of Socialist Party and others v. Turkey (20/1997/804/1007) 25 May 1998, párr. 47.*

⁴¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C 213. El aparte citado hace parte de la siguiente consideración más amplia: “En este sentido, es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad⁴¹³. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales⁴¹³.”

⁴¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010. Adicionalmente la Corte señaló: “Uno de esos escenarios corresponde a la participación estrictamente política que permite a los asociados influir en la adopción de

3.4.1.2.17.- Por último, pongo de presente en este apartado que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General No. 25, sobre el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no ha dudado en señalar que lo dispuesto en dicha norma genera para los Estados la obligación de adoptar las disposiciones jurídicas necesarias para garantizar los derechos allí reconocidos, eso sí, con respeto de las formas particulares, constitucionales o de gobierno, que tenga cada Estado⁴¹⁵.

3.4.1.2.18.- Mientras que en el caso europeo, aunque la redacción del Artículo 3º del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es extensa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que de esta norma se desprenden los derechos a elegir y ser elegido⁴¹⁶, además que, aunque los Estados tienen un margen amplio de maniobra, estos no pueden, en sus legislaciones internas, adoptar medidas que atenten la esencia de estos derechos o, en síntesis, que no se ajusten al principio de proporcionalidad⁴¹⁷. Cabe destacar el caso “Open Door c. Irlanda” en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la inconvencionalidad de una disposición de la Constitución irlandesa afirmando “si las autoridades nacionales tienen en principio la facultad de escoger las medidas que juzguen necesarias con respecto a la preeminencia del

decisiones referentes al destino común, ya sea de manera individual o colectivamente, caso este último en el cual la confluencia de varios partidos con orientaciones disímiles u opuestas realiza el pluralismo ideológico, que también reporta beneficios del reconocimiento constitucional de organizaciones sociales no partidistas, capaces de “*movilizar ciudadanos y de agregar intereses*” para complementar así la acción de los partidos, que no alcanzan a canalizar en su integridad las demandas sociales, ni a “*servir siempre de instancia mediadora exclusiva entre los ciudadanos y el Estado*”.

⁴¹⁵ “Cualquiera que sea la forma de constitución o gobierno que adopte un Estado, el Pacto impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que puedan ser necesarias para garantizar que los ciudadanos tengan efectivamente la posibilidad de gozar de los derechos que ampara. El artículo 25 apoya el proceso del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo y de conformidad con los principios del Pacto”. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 25 sobre el Artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. 57ª período de sesiones. 1996, p. 110. Citado en “Interpretación de las normas internacionales sobre Derechos Humanos”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 1ª edición, 2002. Disponible en el enlace web: http://www.hchr.org.co/acnudh/phocadownload/publicaciones/Libros/interpretacion_normasdh.pdf (Consultado el 7 de febrero de 2014).

⁴¹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, Affaire Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, arrêt 22 décembre 2009, párr.19. Puede verse también: Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, Affaire Zdanoka c. Letonie, arrêt 16 mars 2006.

⁴¹⁷ “33. El Tribunal recuerda que el artículo 3º del Protocolo No. 1 implica los derechos subjetivos a votar y a presentarse como candidato a las elecciones. Por importantes que son, estos derechos no son, sin embargo, absolutos. Dado que el artículo los reconoce sin enunciarlos en términos expresos ni menos aun los define, hay lugar para las “limitaciones implícitas”. En sus ordenamientos jurídicos respectivos, los Estados contratantes rodean los derechos a votar y de elegibilidad de las condiciones a las cuales el artículo 3º no pone, en principio, obstáculo. Gozan en este sentido de un amplio margen de apreciación, pero corresponde a la Corte decidir en última instancia sobre la observancia de las exigencias del Protocolo 1; debe asegurarse que dichas condiciones no reducen los derechos en la medida que pongan en peligro su misma esencia y privarles de sus efectividad; que persigan una finalidad legítima y que los medios empleados no sean

derecho o para dotar de efectos a los derechos constitucionales, deberán hacerlo de una manera conciliable con sus obligaciones en el marco de la Convención y bajo reserva del control de los organismos de aquella⁴¹⁸.

3.4.1.2.19.- Conforme a lo anterior, a mi juicio se encontraba plenamente estructurado el requisito de la existencia de motivos serios y razonables que llevaran a inferir una violación a derechos fundamentales, específicamente, por haberse configurado una vulneración al derecho político del señor Gustavo Petro Urrego de ejercer el mandato para el cual fue elegido popularmente para la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Consecuentemente, paso a verificar si en el presente caso ese perjuicio amenaza el ejercicio de uno o algunos derechos fundamentales, cuestión claramente emparentada con lo señalado hasta este momento.

3.4.2.- El perjuicio generador por la decisión sancionatoria ha de amenazar el ejercicio de uno o más derechos fundamentales.

Las decisiones de la Procuraduría General de la Nación amenaza con vulnerar, de manera inminente, el derecho político del demandante, habida cuenta que mediante estas se declaró disciplinariamente responsable y se le impuso, como consecuencia, la sanción de destitución inmediata e inhabilidad por el término de quince (15) años para el ejercicio de cargos públicos.

3.4.3.- La certeza, inminencia, gravedad y urgente atención, constitutivos de un perjuicio irremediable.

En consideración al breve término de ejecutoria de la decisión administrativa del Procurador General de la Nación, el perjuicio reviste las características de certeza e inminencia dado que una vez en firme dichas decisiones deberá darse cumplimiento inmediato a lo allí dispuesto⁴¹⁹ que es, se repite, la destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. Aunado a lo anterior, es preciso

desproporcionados". Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Sentencia de 9 de abril de 2002. Caso Podkolzina v. Letonia.

⁴¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda, arrêt 29 octobre 1992, Párr 69.

señalar que en eventos específicos la Corte Constitucional ha considerado la procedencia de la tutela, como mecanismo transitorio, en aquellos casos en que se ha destituido a un funcionario electo popularmente para un periodo prefijado por el ordenamiento jurídico, al decir que “no le habría permitido al actor seguir adelante con su proyecto político sin solución de continuidad”⁴²⁰, argumento reiterado posteriormente cuando ha precisado que este perjuicio se encuentra “en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su ejercicio, por estar condicionado a términos constitucional o legalmente establecidos”⁴²¹.

3.4.4.- Es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean los suficientemente expeditos.

3.4.4.1.- En este punto, mi voto disidente se fundamenta en la inexistencia, al momento de proferirse el acto que amenaza con lesionar los derechos del demandante, de una postura jurisprudencial clara y directa en relación con el alcance de las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre las medidas cautelares, en el sentido propuesto en el fallo de la Sala Plena. En otras palabras, la lectura que fue efectuada por la Sala mayoritaria sobre la caracterización de las medidas cautelares como previas y autónomas, no existía al momento de los hechos base de la tutela; se trata de una postura jurisprudencial nueva, que nace, precisamente a propósito de esta providencia de la Sala Plena, y que escasamente se encontraba desarrollada por muy exclusivos reductos de la doctrina nacional; si se quiere, puedo afirmar con toda certeza, y sin vacilación alguna, que se trata de una doctrina jurisprudencial que sorprende al demandante y que, si bien es cierto, la considero bastante acertada, debo afirmar también que la Sala tan solo podía abrazarla con efectos ex nunc.

3.4.4.2.- Así, en la decisión de Sala Plena se concluyó lo siguiente:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda,

⁴¹⁹ Hago esta afirmación sin perjuicio de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, antes de que cobre ejecutoria la decisión administrativa, decrete a favor del acá demandante medidas cautelares consistentes en la suspensión de efectos de los actos de la Procuraduría General de la Nación.

⁴²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1137 de 2004.

⁴²¹ Corte Constitucional, sentencia T-1039 de 2006.

supeditando la continuidad del proceso o que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

Lo anterior conlleva a afirmar que desde un inicio es factible proteger los derechos de los ciudadanos bajo el uso de medidas cautelares, aun cuando haya que agotar el requisito de procedibilidad, toda vez que entre la medida cautelar y la conciliación prejudicial, ciertamente no hay incompatibilidad procesal, lo que asegura una protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos a instancias del juez de lo contencioso administrativo.

Por lo expuesto, los argumentos del actor en el sentido de que el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni aun con la posibilidad de ejercer la medida de suspensión provisional es suficiente para proteger los derechos fundamentales vulnerados, entre otras razones, porque se debe agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial ante la misma entidad que profirió el acto, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado en única instancia, no es usual que se decrete la medida de suspensión provisional, a lo que se agrega la congestión en la rama judicial.

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos.”

3.4.4.3.- Debo manifestar, frente al citado pronunciamiento de la Sala, que suscribo plenamente la interpretación garantista y de avanzada que la Corporación ha dado a las medidas cautelares, al instituir las como un mecanismo autónomo de protección de derechos de los ciudadanos frente a la actividad de la administración pública, rompiendo así con el viejo, conservador e individualista esquema de las medidas cautelares en el derecho administrativo colombiano, que se conducía a una imposible suspensión provisional de los actos administrativos, muy lejana de una efectiva presencia inmediata y cautelar del Juez Contencioso Administrativo en la protección de los derechos constitucionales y convencionalmente reconocidos; por lo cual no tengo duda en sostener que este nuevo esquema acompañada de esta interpretación de la Sala resultará esencial para la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho y la vigencia imperativa de los Derechos Humanos, en tanto que con él se aspira a dotar a los mecanismos contencioso administrativos tradicionales de herramientas dinámicas tendientes a operar como salvaguarda de los derechos, dentro de cada proceso judicial; pero a partir de la vigencia de esta sentencia.

3.4.4.4.- De hecho, debo manifestar a la Sala que de tiempo atrás había venido sosteniendo la necesidad de romper con el insuficiente conjunto de las medidas cautelares que dispensaba la legislación contenciosa administrativa, incluso desde la vigencia del anterior código con ocasión de las medidas cautelares establecidas para las denominadas acciones populares, así como en infinidad de escenarios académicos en que he tenido la oportunidad de participar, desde cerca del año 2010 y en adelante, en foros de actualización del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la Universidad Externado de Colombia y en otros centros académicos. Evidencia de ello se encuentra en la manera como concebí el instituto de las medidas cautelares a la luz de las acciones populares, tema respecto del cual he expresado lo siguiente:

“Las medidas cautelares constituyen una de las principales innovaciones del nuevo marco del contencioso colectivo dentro del Estado social de derecho, pues, son el complemento procesal y sustancial adecuado para lograr los objetivos, propósitos y finalidades del marco garantista a los derechos colectivos establecidos en la Carta Política de 1991⁴²². Configuran en esencia un régimen tendente a hacer mucho más eficaz, pronto y efectivo el ejercicio normal de los derechos colectivos y sus intereses por el conglomerado en situaciones anormales que los puedan impactar o afectar. Este régimen, adoptado legalmente se caracteriza por estar constituido de una multiplicidad inagotable de medidas cautelares y preventivas vinculadas a los propósitos garantistas de los derechos colectivos derivados de los artículos 88 y 89 constitucionales que buscan hacer real y efectivo el ejercicio de los derechos colectivos por la población, al igual que su defensa y protección⁴²³.”

Como lo advertimos al inicio de este estudio, se observa, con la institucionalización de un régimen abierto e innominado de medidas cautelares, un abandono de la clásica medida cautelar, derivada del derecho administrativo individualista y subjetivo, de la suspensión provisional de efectos de los actos administrativos.

⁴²² Corte Constitucional. Sentencia C-379, del 27 de abril de 2004: “Las medidas cautelares tienen un amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”.

⁴²³ Corte Constitucional. Sentencia C-523, del 4 de agosto de 2009: “Si bien las medidas cautelares en ocasiones asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos, como en el proceso de separación de bienes, en la mayoría de los casos, son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo en materia civil. Son provisionales, puesto que pueden modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. En todo caso, se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición. Tienen un carácter protector, independiente de la decisión que se adopte dentro del proceso al cual se encuentran afectas, y para ser decretadas no se requiere que quien la solicita sea titular de un derecho cierto; no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo; y no tienen la virtud de desconocer ni de extinguir el derecho.”.

Medida por lo demás, en nuestro medio, altamente ineficaz y absolutamente limitada a litigios propiamente de legalidad, de simple y llana inadecuación o violación de normas a las que debía sujetarse un acto administrativo.

(...)

En este marco de escenarios, las medidas cautelares en materia de acciones populares – que de por sí están sustancialmente alejadas de las razones típicas del individualismo clásico y de las simples afectaciones a derechos subjetivos -, y teniendo en cuenta la consideración amplia de la problemática que puede darse en torno a los derechos e intereses colectivos y la única manera posible de proteger estos derechos e intereses –provisionalmente- y hacerlos jurídicamente adecuados y oportunos, deben concebirse como esencialmente innominadas, atípicas, rompiendo de esta manera el discurso, también individualista y estrictamente procesalista, que fundado en tesis propias del derecho privado reclamaba la necesidad de la tipicidad y la taxatividad cerrada de medidas cautelares en los procesos judiciales como desarrollo de los principios de seguridad jurídica y certeza.

Este discurso, derivado de la ideología propia del procesalismo individualista, carece en absoluto de vigencia para la debida protección de los intereses colectivos y de la comunidad, dada la también no nominación de las causas que la (sic) de la realidad fáctica puede configurar afectando los mismos. La tesis de la taxatividad y tipicidad de las medidas cautelares en los procesos propios de las acciones populares no aplica, es más: la consideramos una posición doctrina absolutamente agotada en relación con la naturaleza y las características del litigio colectivo.⁴²⁴⁴²⁵

3.4.4.5.- Igualmente, esta postura teórica ha quedado vertida en reciente decisión judicial proferida con ocasión del conocimiento de una solicitud de suspensión provisional como medida cautelar en el marco de un proceso de nulidad simple; en dicha oportunidad, resalté el avance que representaba la manera en que el legislador había establecido en el sistema jurídico las medidas cautelares como desarrollo del derecho al acceso a la administración de justicia y de un recurso judicial efectivo, el hecho de consistir en medidas de carácter innominado así como la notoria autonomía de las que se había dotado, especialmente a la denominada medida cautelar de urgencia. Se trata del auto de 26 de febrero de 2014 donde se expusieron las siguientes consideraciones jurídicas:

⁴²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 18 de julio de 2007, exp. AP. 3595-01: “El art. 25 de la Ley 472 de 1998 contempla la posibilidad de que el juez de las acciones populares, de oficio o a petición de parte, decreta las medidas previas que estime pertinentes para ‘... prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado’; medidas que podrán ser decretadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Es importante señalar que acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo. Entonces, el objetivo pretendido con las medidas previas, es el de evitar que el daño se concrete o que de estarse produciendo, no se prolongue por un término mayor. Dichas medidas no son taxativas, pues en las acciones populares, a la letra del art. 25 de la Ley en cita, el juez puede decretar las que estime pertinentes.”.

“El artículo 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, conforme a las notas del artículo 229; de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, en la terminología acuñada por la jurisprudencia constitucional al amparo de los artículos 29 y 228 de la Constitución⁴²⁶, así como el derecho a un recurso judicial efectivo, de acuerdo a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación y alcance conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴²⁷; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso judicial redunde en una afectación para quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtenerse una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido; pues al decir de Chiovenda *“la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”*⁴²⁸.

El anterior aserto se sustenta en el hecho de que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata y de diversas formas una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública frente a ella, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar *“se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”*⁴²⁹.

⁴²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 63-66.

⁴²⁶ Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

⁴²⁷ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, pendiente lite⁴²⁷.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁴²⁷.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

⁴²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

⁴²⁹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.

2.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas*, que por oposición a la anterior buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo que consiste en una privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

2.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez Contencioso Administrativo, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue, en suma, adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo a fin de responder a las necesidades que demande una situación en específico; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”.

2.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos⁴³⁰, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en si misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso

⁴³⁰ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es estos términos, como una medida autónoma garante de los derechos humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos la tutela cautelar de urgencia.⁴³¹

3.4.4.6.- En todo caso debo decir, por una parte, que la tesis académica expuesta no constituía una postura mayoritaria en la doctrina nacional, además de tratarse de una valoración de lege ferenda, para ese entonces, ya que constituía un reclamo de cara a la legislación vigente; mientras que el pronunciamiento judicial reseñado, es de reciente aparición (26 de febrero de 2014) y no corresponde, aun, a una postura consolidada, siquiera, en el seno de la Sección Tercera de esta noble Corporación.

3.4.4.7.- En consecuencia, ante la innovadora lectura acometida por la Sala Plena, me veo en el deber de señalar que un planteamiento de tan hondas repercusiones jurídicas (como que en el *sub lite* llevó a rechazar la tutela planteada) no debía ser aplicable para este caso, teniendo en cuenta que, hasta la fecha no se conocía una postura sólida y unificada de este Alto Tribunal sobre la procedencia de las medidas cautelares y, específicamente, su caracterización como previas al proceso judicial y autónomas, en tanto que pueden formularse de manera anterior a la tramitación de los requisitos de procedibilidad establecidos en la Ley.

3.4.4.8.- Si esto es así, ya que la Sala decidió abordar una interpretación de avanzada y que se acompasa plenamente a las exigencias del derecho a un recurso judicial efectivo, no se podía esperar menos que la Sala –imbuida en ese espíritu garantista-, en acatamiento del principio constitucional de primacía del derecho sustancial sobre las formas procesales (artículo 228 constitucional), hubiera interpretado la tutela formulada por el señor Petro Urrego como una solicitud de medida cautelar (no es otra la intención del actor cuando solicita que se declare la suspensión de los efectos de las decisiones administrativas cuestionadas) y en consecuencia, debió haber procedido a estudiar la procedencia de la medida cautelar en favor del actor.

3.4.4.9.- Contrario a lo esperado, la Sala decidió formular su nueva tesis jurisprudencial y aplicarla inmediatamente al caso que se encontraba juzgado, sin parar mientes, de manera que la decisión adoptada, en sí misma, constituye una

⁴³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 26 de

violación al derecho al debido proceso de la parte demandante. En efecto, partiendo de la consideración de la jurisprudencia como regla de derecho vinculante, la Comisión Interamericana de DD.HH. ha señalado que la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial constituye una violación al artículo 25 de la Convención (relativo a la tutela judicial efectiva), como lo dejó expuesto en el caso Narciso Palacios v. Argentina, donde sostuvo que “como ya ha observado la Comisión ut- supra, el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de la interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un cambio drástico en la interpretación de la normativa que las cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.”⁴³²; criterio jurídico que ha encontrado eco en la reciente doctrina sobre la materia, la cual, con sustento en dicho pronunciamiento, ha sostenido que la garantía de los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso “ha llegado a incluir el respeto al precedente jurisprudencial, en tanto se prohíbe la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial a situaciones ocurridas con anterioridad a su emisión.”⁴³³.

3.4.4.10.- Consideraciones de esta naturaleza, debo decirlo una vez más, fueron pasadas por alto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desconociendo llanamente el derecho de todo ciudadano de acudir a la jurisdicción para demandar el amparo y protección de sus derechos. Traducido lo anterior en este caso, debo manifestar que la Sala debió adoptar este nuevo criterio jurisprudencial, pero decidiendo, a manera de salvaguarda de los derechos del demandante, resolver la tutela formulada como una solicitud de medida cautelar de parte del interesado.

febrero de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. exp. 47563.

⁴³² Comisión Interamericana de Derecho Humanos. Informe 105/99 caso 10.194. Narciso Palacios v. Argentina. 29 de septiembre de 1999. Información disponible en el enlace web: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Argentina10.194.htm> Consultado el 7 de marzo de 2014.

⁴³³ MENA GUERRA, Ricardo. Valor y función de la jurisprudencia en el derecho administrativo. Especial referencia al régimen jurídico salvadoreño. San Salvador, USAID. 2011, p. 157-158. Apunta adicionalmente este autor: “Partiendo de este valor persuasivo o virtual de las recomendaciones de la Comisión, para los Tribunales salvadoreños, se colige lo siguiente: a) el respeto del precedente jurisprudencial forma parte de la garantía de la tutela judicial efectiva y del debido proceso; en consecuencia los Tribunales salvadoreños, y en especial los que juzgan a la Administración Pública, deben garantizar un mecanismo de respeto de los mismos; b) Está prohibida la utilización o aplicación de una decisión judicial que implique un nuevo criterio jurisprudencial para situaciones acontecidas con anterioridad a su emisión.”. Así mismo véase: GUERRA MENA, Ricardo. Valor y función de la jurisprudencia en el derecho administrativo. “especial referencia al régimen jurídico salvadoreño”. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona – Universidad Doctor José Matías Delgado. El Salvador, 2009, p. 206-212.

3.4.4.11.- Prosiguiendo mi exposición en materia de medidas cautelares, debo agregar que la aplicación de las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, conforme a la normativa vigente (artículos 229 y siguientes del Código) debe desarrollarse por los Jueces Administrativos a partir de una interpretación en clave de Derechos Humanos, desarrollados a nivel local y convencional, cuando así se desprenda de la configuración fáctica de estas solicitudes; lo que lleva a decir que al Juez le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de un derecho; así, por ejemplo, no sería de recibo argumentar la negativa en adoptar una medida cautelar amparado en el hecho de que la que el Juez considere procedente en el *sub lite* no fue la peticionada por la parte interesada; entre otros eventos nefastos que, a todas luces, consistirían en un atentado contra el derecho que tiene todo ciudadano para acceder a la administración de justicia. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implican que se instituyan como unas verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos⁴³⁴.

⁴³⁴ Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada "medida liminar" comentada por Berizonce en los siguientes términos "La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7º, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos." BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en la documento digital]

En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados *référé* que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el "juge des référés" y consistente en i) un *référé* de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5º), ii) un *référé* de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6º) y iii) el *référé* conservativo, dirigido a adoptar las "medidas útiles" en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7º). Para un comentario de tales medidas véase los comentarios realizados por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la intervención de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].

3.4.4.12.- En todo caso, debo advertir que este amplio sistema de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo no se puede constituir, de ninguna manera, en obstáculo para la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los cuales se establezca que las medidas no han cumplido la finalidad de salvaguardar los derechos (establecidos a nivel constitucional y convencional) de las personas en el curso de un proceso judicial; ya que la acción de tutela corresponde a una garantía jurisdiccional de raigambre constitucional para la protección de los derechos fundamentales; mientras que las medidas cautelares se ubican en el marco de los procesos ordinarios establecidos por el legislador, razón por la cual, no puede entenderse que la primera de éstas se vea limitada o cercenada en sus efectos por virtud de un conjunto de disposiciones infraconstitucionales.

3.4.4.13.- En este orden de ideas, siendo claro que el Juez Administrativo cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida cautelar solicitada, así como de modular sus efectos en el caso concreto; considero imperioso que este tipo de asuntos deben ser abordados por el Juez desde la óptica del principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPAyCA que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.” (Resaltado propio).

3.4.4.14.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni*

iuris y el *periculum in mora*⁴³⁵, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad⁴³⁶. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, he sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho⁴³⁷, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho⁴³⁸, en contra de posturas estrictamente formales o negativas,

⁴³⁵ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

⁴³⁶ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

⁴³⁷ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respeta al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

⁴³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad⁴³⁹.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización⁴⁴⁰, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial⁴⁴¹. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.⁴⁴²

3.4.4.15.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico

⁴³⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert, "Deber ideal", en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

⁴⁴¹ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

⁴⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada "El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos", dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática", en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; "Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo", en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; "Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa", Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); "El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración", en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación⁴⁴³, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos⁴⁴⁴ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

3.4.4.16.- La tesis sostenida por la Sala y su aplicación en el sub lite.

Reitero una vez más que la interpretación dada por la Sala Plena (que suscribo y celebro) al instituto de las medidas cautelares constituye el primer pronunciamiento expreso, consolidado y unificado por parte de éste, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en donde se fijó el criterio interpretativo –general- de las medidas cautelares y –en particular- de las denominadas medidas cautelares de urgencia; de manera que, hasta este momento, del conjunto normativo de la materia de las medidas cautelares (229 y siguientes del Código) no se desprendía para el intérprete la lectura que, enhorabuena, efectuó la Sala, razón por la cual, apelando a razones elementales

⁴⁴³ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

⁴⁴⁴ A través de una escala triádica de leve, medio o intenso.

de justicia e igualdad es que considero que un pronunciamiento de tan honda connotación y relevancia para el futuro de la interpretación y aplicación de las medidas cautelares debe ser fijado con efectos prospectivos, es decir, que el mismo se establezca a partir de la fecha para los demás casos en donde resulte aplicable tal consideración jurídica; pues –reitero- hasta este momento no era posible derivar como conclusión evidente el pronunciamiento que abordó la Sala.

3.4.4.17.- Es por esta razón que considero que en el presente caso se satisfizo el requisito establecido por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de acciones de tutela contra decisiones administrativas de carácter sancionatorio-disciplinario; ya que la lectura del procedimiento contencioso establecido en la Ley 1437 de 2011 y del sistema de medidas cautelares allí establecido (sin contar con la importante interpretación dada por la Sala ahora) no se constituían en garantía suficientemente efectiva para la protección de los derechos del señor Gustavo Petro Urrego.

3.4.4.18.- En gracia de discusión, como lo he defendido ut supra, la Sala debió haber interpretado el escrito de acción de tutela como una solicitud de medida cautelar y, en consecuencia, debió proceder al análisis de su procedencia, razonamiento que, en mi sentir, debió haber sido dirigido por la Sala en los siguientes términos, de acuerdo al principio de proporcionalidad.

3.4.4.19.- La adopción de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos se encuentra instituida en el artículo 238 constitucional y en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual procede “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudios de pruebas allegadas con la solicitud.”.

3.4.4.20.- En este orden de ideas, es preciso advertir que, por las razones arriba expuestas, se aprecia en el presente caso una contradicción evidente entre las decisiones de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 de la Procuraduría General de la Nación y el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre las restricciones a los derechos políticos. Aunado a ello, se observa que:

i) la medida de suspensión de efectos de los actos administrativos resulta idónea en tanto que es a partir de éstos que se genera una amenaza de vulneración a los derechos políticos del señor demandante Petro Urrego, especialmente por el hecho de que una de las sanciones corresponde a una destitución del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

ii) la medida deviene en necesaria toda vez que, del catálogo de posibles medios de acción que pueda adoptar el Juez Administrativo, la de suspensión resulta menos gravosa para la administración, comoquiera que con dicha determinación se priva temporalmente los efectos de las decisiones, aunque las mismas siguen revestidas de su presunción de legalidad y únicamente, en el fallo que decida la controversia, se dispondrá sobre la nulidad de los actos administrativos y su expulsión definitiva del sistema jurídico positivo; por último.

iii) el tercer escaño de valoración jurídica, impone al Juez verificar si existe una justificación suficiente para satisfacer el derecho de la medida cautelar frente al derecho opuesto, que en este caso es el de la Procuraduría General de la Nación de hacer efectiva las sanciones establecidas en los actos administrativos de marras; así, lo que evidencio en este punto es que el ejercicio del derecho político de ser elegido y desarrollar el mandato popular de manera continuada se encuentra bajo una amenaza inminente, en tanto que a través de esa decisión se ordena (en una de las sanciones) la destitución *inmediata* del señor Petro Urrego del cargo del Alcalde Mayor; por lo tanto, la medida de suspensión se dirige a evitar una afectación irremediable del derecho político del actor. La importancia de proteger el derecho político del actor en este caso encuentra su fuente en los elementos que dan sustento e inspiración al Estado Social y Democrático de Derecho, en donde, a la par de la garantía y defensa de los derechos individuales de los ciudadanos (Derechos Humanos), el poder político encuentra su legitimación a partir del ejercicio democrático, tanto para la determinación de quienes detentarán dicho poder (gobernantes en general) como, en particular, frente al ordenamiento jurídico producido por el propio Estado (origen democrático del sistema jurídico); en ese orden de ideas, la afectación al demandante puede ser ubicado en la escala tríadica como una afectación *intensa* a su derecho. Por otra parte, frente a la Procuraduría General de la Nación, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos supone una afectación *leve* en su marco competencial.

3.4.4.21.- En consecuencia, en mi sentir, de haberse efectuado el análisis (omitido por la Sala) de la solicitud de medida cautelar de los actos administrativos de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, resultaba indudable, por todas las razones expuestas en este salvamento, que la misma ha debido ser concedida por la Sala. Se trata de otro yerro de la decisión de 4 de marzo de 2014, de la cual me aparto.

3.4.5. Que la sanción disciplinaria no comprenda el cuestionamiento, juzgamiento o valoración de actos de corrupción definidos a nivel internacional y constitucional.

3.4.5.1.- Adicionalmente a los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considero que para el *sub lite* se debió considerar, particularmente, si la sanción impuesta al señor Petro Urrego, por parte de la Procuraduría General de la Nación, correspondió a conductas enmarcadas como actos de corrupción, pues, en mi sentir, este es el único evento en el que concurre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer las sanciones disciplinarias que la Ley establezca.

3.4.5.2.- La tesis de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones a funcionarios públicos (bien sea elegidos popularmente o no) encuentra sustento, por vía excepcional, en disposiciones de derecho internacional concernientes a la lucha contra la corrupción.

3.4.5.3.- En efecto, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), establecen, en líneas generales el compromiso de los estados firmantes en adoptar las medidas pertinentes en el derecho interno a fin de prevenir y sancionar a quienes comentan actos de corrupción, como se refleja en el caso de la CICC en el artículo 2.1 cuando señala, entre otros, como propósito de dicho tratado “Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”; cuestión que se refleja también en la CNUCC en el artículo 1. a) cuando señala como finalidad de la Convención “promover y

fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción”.

3.4.5.4.- En todo caso, siendo claro que la determinación y alcance del concepto de “corrupción” puede mostrarse equivoco e indeterminado, dichos tratados internacionales se han encargado de fijar en su normativa lo que debe entenderse por tal, es decir, las constitutivas de actos de corrupción, a los cuales se hacen aplicables las disposiciones allí establecidas. Dicho esto, el artículo VI de la CICC cataloga expresamente los actos de corrupción, mientras que la CNUCC, a lo largo de su articulado, enlista las conductas que se consideran constitutivos de corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (sólo se señalan las que hacen referencia a funcionarios públicos).
<p>Actos de corrupción</p> <p>1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:</p> <p>a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;</p> <p>b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;</p> <p>c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que</p>	<p>Artículo 14. Medidas para prevenir el blanqueo de dineros.</p> <p>Artículo 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales.</p> <p>Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.</p> <p>Artículo 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.</p> <p>Artículo 18. Tráfico de influencias.</p> <p>Artículo 19. Abuso de funciones.</p> <p>Artículo 20. Enriquecimiento ilícito.</p>

<p>ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;</p> <p>d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y</p> <p>e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.</p> <p>2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.</p>	
--	--

3.4.5.5.- Aunque ambas convenciones señalan que corresponde a cada país, en su derecho interno, adoptar las medidas pertinentes para la prevención y sanción de los actos de corrupción, la Convención Interamericana establece que los Estados se comprometen a establecer “Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.”; mientras que la Convención de las Naciones Unidas, en el artículo 30 “Proceso, fallo y sanciones” dispone en su numeral 8º que lo dispuesto en este artículo, que trata de la tipificación como delitos de los más graves actos de corrupción, no menoscabará “el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos”⁴⁴⁵.

3.4.5.6.- Las anteriores normas, establecidas en el derecho internacional en aras de avanzar en la lucha contra la corrupción y que han sido incorporadas en debida forma por Colombia en su ordenamiento jurídico interno, son jurídicamente vinculantes y como tal constituyen una excepción en virtud de la cual se deja al margen de apreciación de cada Estado el establecimiento de las medidas y los órganos encargados de hacer efectivas las disposiciones allí establecidas;

⁴⁴⁵ Artículo 30.8 El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.

cuestiones éstas que deben ser verificadas en armonía con los demás instrumentos internacionales suscritos por Colombia, específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 23 establece los Derechos Políticos y sus restricciones.

3.4.5.7.- Teniendo en cuenta lo anterior, una interpretación armónica y que salvaguarde el principio pro homine, lleva a sostener que la competencia sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación frente a funcionarios popularmente elegidos se extiende, plenamente, para los casos en los cuales uno de tales funcionarios ha incurrido en actos de corrupción, entendiendo por tales las conductas establecidas en las Convenciones sobre la materia (y que se han señalado *supra*). En consecuencia, respecto de aquellas conductas que no encuadren dentro de la categoría de “actos de corrupción” se concluye que la Procuraduría General de la Nación no es competente para imponer sanciones disciplinarias a funcionarios elegidos popularmente, por aplicar allí la regla dispuesta en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, que se requiere decisión de Juez Penal competente.

3.4.5.8.- Las sanciones impuestas al Alcalde Mayor y los actos de corrupción.

En cuanto a la actuación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación en contra del señor Gustavo Petro Urrego, se tiene que ésta se cimentó a partir de tres faltas disciplinarias, que se contraen a “participar en el etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplada en la Constitución y la ley”⁴⁴⁶; “ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante”⁴⁴⁷ y, por último, “Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes al a protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las

⁴⁴⁶ Por la suscripción de los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 1-07-10200-0809-2012 de 4 de diciembre de 2012⁴⁴⁶. La falta se sustenta, fácticamente, en el hecho de que el Alcalde decidió que empresas del Distrito prestaran el servicio de aseo, sin tener la experiencia y condiciones para ello.

⁴⁴⁷ Por la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012. Con el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo “totalmente contrario” al ordenamiento jurídico.

etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.”⁴⁴⁸.

En este orden de ideas, con una revisión de las conductas por las cuales se encontró disciplinariamente responsable al señor Gustavo Petro Urrego, se deduce que ninguna de ellas es constitutiva de actos de corrupción, conforme a las estipulaciones fijadas en las Convenciones Internacionales sobre la materia.

V. RECONOCIMIENTO DE IMPERFECCIONES EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL CONTROL DISCIPLINARIO RESPECTO DE FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR.

5.1.- Adicional a todas las anteriores consideraciones que se han expuesto, también debe llamarse la atención sobre el diseño institucional como opera en Colombia el control disciplinario frente a funcionarios elegidos popularmente. En la Sentencia SU-712 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, la Corte Constitucional defendió la competencia del Procurador General de la Nación acudiendo, entre otras, i) a la interpretación sistemática del artículo 277 superior con otras disposiciones constitucionales así como ii) amparado, en una suerte de interpretación histórica, en los debates dados en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el control disciplinario para los funcionarios de elección popular, específicamente quienes se desempeñan como Congresistas de la República. Frente a la alegación de incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar tales actuaciones disciplinarias, con sustento en lo establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana de DD.HH., la Corte respondió a ello apelando, principalmente, al criterio sentado por esa Corporación en la sentencia C-028 de 2006 donde consideró ajustada la competencia del Procurador al efectuar una *lectura sistemática* de la Convención con otros tratados internacionales sobre lucha contra la corrupción.

5.2.- En todo caso, en la sentencia SU-712 de 2013 la Corte reconoció imperfecciones subsanables al esquema de juzgamiento disciplinario de los congresistas, sugiriendo que se trata de una cuestión que podría ser revisada por los órganos de reforma de la constitución; pese a ello esta profunda observación

⁴⁴⁸ Por la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Mediante el cual se autorizó, a fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo, el uso de volquetas.

no fue manifestada por la Corte a manera de exhortación al Congreso de la República en la parte resolutive de la misma. Estas apreciaciones de la Corte son del siguiente tenor:

“Con todo, la Corte no desconoce que el control disciplinario de los Congresistas de la República por parte del Procurador General de la Nación puede presentar imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos. Sin embargo, considera que ese modelo fue una decisión consciente y deliberada del Constituyente, producto del proceso de ingeniería institucional dentro del sistema de frenos y contrapesos al ejercicio de la actividad parlamentaria. Así, mediante la implementación de un control externo hasta entonces inexistente, quiso atender la sentida necesidad de reforma a una institución cuya legitimidad había sido altamente cuestionada y que, por lo mismo, reclamaba *“ajustes vitales”* en el proceso de renovación constitucional.

Recuérdese que en los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se dejó constancia expresa de la intención de que los parlamentarios se sujetaran al control disciplinario del Procurador General de la Nación; y como insistentemente se ha reseñado, con la expresión *“incluso los de elección popular”*, del artículo 277-6 de la Carta Política, lo que se pretendió fue, precisamente, que los congresistas estuviesen bajo el control directo del jefe del Ministerio Público. **Ese diseño de control externo, adoptado directamente por el Constituyente de 1991 y desarrollado por el Legislador, bien puede ser objeto revisión o ajuste, pero por su naturaleza excede las atribuciones de la Corte y se reserva a los procesos de enmienda constitucional, de acuerdo con las reglas de iniciativa, trámite y mayorías cualificadas que la propia Carta Política ha previsto.** (Resaltado propio).

5.3.- De acuerdo con la anterior jurisprudencia constitucional, el juez contencioso administrativo, en sede de tutela, está llamado a advertir que la disfuncionalidad institucional que se revela puede exponer al Estado al incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial lo consagrado por el artículo 23.2. Si se procede a realizar un control objetivo de convencionalidad de lo consagrado en el artículo 277-6 de la Carta Política, puede resultar una seria contradicción que amerite la exhortación al Ejecutivo o al Legislativo, para se curse la iniciativa de enmienda constitucional, o legal, con el objetivo de adecuar y ajustar la mencionada disfuncionalidad que opera respecto al ejercicio y alcance de las competencias disciplinarias relacionadas con las sanciones de destitución e inhabilidad de servidores públicos de elección popular, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, siempre y cuando no se trate de supuestos en los que se cuestione, valore o juzgue situaciones de corrupción definidas por las normas internacionales y del ordenamiento interno (a las que se hace referencia en este documento).

VI. PROPUESTA DE MEDIDA CAUTELAR Y DE AJUSTE INSTITUCIONAL A PARTIR DE LA PROCEDENCIA COMO MECANISMO TRANSITORIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Por todas las anteriores consideraciones expuestas a lo largo de este salvamento de voto y teniendo en cuenta que en mi criterio i) la Sala Plena debió ejercer de manera plena y a fondo el control de convencionalidad obligatorio, ii) que las decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación constituyen una afectación ilegítima de los derechos políticos del señor Gustavo Petro Urrego, conforme a la lectura e interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, iii) que la Sala no debió aplicar al caso bajo juzgamiento la interpretación novedosa que dio a las medidas cautelares establecidas en el CPAyCA y, en consecuencia, la acción de tutela procedía como mecanismo transitorio ante la falta de un recurso judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales del actor; que iv) la investigación y sanción disciplinaria en contra del demandante no guardó relación o vínculo alguno con actos de corrupción, conforme a los instrumentos internacionales que rigen la materia y, por último, en atención a que v) la Corte Constitucional reconoció y puso de presente las imperfecciones en el diseño institucional de control disciplinario a funciones elegidos popularmente; es que me veo obligado a separarme de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria del 4 de marzo de 2014 y por tanto, en mi sentir, a efectos de garantizar el ejercicio del derecho a un recurso judicial efectivo del demandante, se han debido disponer las siguientes medidas cautelares a manera de puntos resolutive de la sentencia que desatara la tutela interpuesta:

SUSPENDER los efectos de la medida de destitución inmediata ordenada en las decisiones de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 por la Procuraduría General de la Nación respecto del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá. Disponiendo, como alcance temporal de la medida, que la misma se extenderá hasta el momento en que al Juez Contencioso Administrativo ordinario resuelva, dentro del proceso respectivo, la solicitud de medidas cautelares elevada por el demandante.

SUSPENDER los efectos de la medida de inhabilitación para ocupar cargos públicos por un término de quince (15) años ordenada en las decisiones de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 por la Procuraduría General de la Nación respecto del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, hasta la fecha en que se dicte sentencia definitiva dentro del proceso contencioso administrativo ordinario.

Por último, en consideración a la disfuncionalidad institucional advertida por la jurisprudencia constitucional y que representa una seria contradicción con lo establecido por el artículo 23.2 de la CADH, **EXHORTAR** respetuosamente al Gobierno Nacional en cabeza del Presidente de la República y al Congreso de la República, en cabeza del Presidente del Senado, para que en el marco de sus competencias formulen y presenten las iniciativas de enmienda constitucional y legal al artículo 277.6 de la Carta Política y a las normas que lo reglamentan, especialmente, las del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2001), con la finalidad de adaptarlas a las normas convencionales a las que se opone actualmente.

En este sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA