



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Núm. único de radicación: 44001-23-40-000-2018-00062-01

Actor: Fabio David Velásquez Rivadeneira

Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación

Tema: Tutela como mecanismo transitorio contra acto administrativo/
Improcedencia por subsidiariedad

Derechos fundamentales invocados: i) Derechos políticos y ii) debido proceso

Derechos fundamentales amparados: Ninguno

La Sala decide las impugnaciones presentadas por el Agente del Ministerio Público y por el apoderado de la Nación - Procuraduría General de la Nación, contra la sentencia de tutela de 5 de junio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por medio de la cual decretó el amparo como mecanismo transitorio de los derechos políticos y fundamentales a la igualdad y al debido proceso del señor Fabio David Velásquez Rivadeneira.

La presente providencia tiene las siguientes partes i) antecedentes; ii) consideraciones y iii) resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. El actor, obrando mediante apoderado especial, presentó solicitud de tutela como mecanismo transitorio contra la Nación - Procuraduría General de la Nación

porque a su juicio, al expedir los actos administrativos que contienen las decisiones disciplinarias en primera y segunda instancia, mediante las cuales se le declaró responsable disciplinariamente e impuso sanción de destitución e inhabilidad general de 12 años como al Alcalde del Municipio de Riohacha, vulneró sus derechos fundamentales invocados *supra*.

Presupuestos fácticos

2. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la solicitud de tutela son los siguientes:

3. El actor manifestó que fue elegido popularmente como Alcalde del Municipio de Riohacha el 31 de octubre de 2015 para el periodo constitucional comprendido entre el 1.º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019.

4. Expresó que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal le inició proceso verbal disciplinario, el cual se identificó con el radicado núm. 2016-163152 IUC-D-2016-62-854823. Asimismo, indicó que mediante decisión de 28 de agosto de 2017, elevó el siguiente cargo:

*"[...] En condición de Alcalde Municipal de Riohacha, participó en la actividad contractual al parecer conculcando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva de la contratación estatal, al suscribir el convenio de asociación número 02 de 2016, con la ASOCIACIÓN SOCIAL DEL CARIBE – ASOCAR-, cuyo objeto era "APOYO AL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR PARA NIÑOS, NIÑAS ADOLESCENTES y JOVENES MATRICULADOS EN EL SIMAT, VIGENCIA 2016 JORNADA ÚNICA Y ESTABLECIMIENTO FOCALIZADO EN LAS ZONAS URBANA, RURAL E INDIGENA DEL DISTRITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA, CARIBE", por valor de \$5.713.472.687, toda vez que las obligaciones que debía cumplir ASOCAR, **son propias de un contrato de suministro y por lo tanto no podía celebrarse un convenio de asociación**, para ejecutar éste objeto contractual [...]"*

5. Afirmó que los hechos base del proceso verbal disciplinario de la referencia, no corresponden a actos de corrupción y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Procuraduría General de la Nación no podía restringir y desconocer sus Derechos Políticos, comoquiera que fue elegido por voto popular y esa restricción solo es viable por parte de una autoridad judicial penal. Por lo tanto, señaló que

la mencionada entidad no tiene competencia para restringir sus derechos políticos.

6. Dijo que, dentro del trámite del proceso verbal disciplinario, con fundamento en el artículo 48, numeral 31 del Código Disciplinario Único, la entidad demandada en el auto de citación a audiencia calificó la conducta imputada como falta gravísima a título de culpa gravísima por desatención elemental.

7. Adujo que, una vez se agotó el proceso disciplinario en primera instancia y sin que se le concediera la oportunidad para presentar descargos frente al cargo anteriormente señalado, profirió decisión sancionatoria el 27 de diciembre de 2017 y le impuso destitución e inhabilidad general de 12 años como alcalde de Riohacha por encontrar probada la vulneración del principio de transparencia y el deber de selección objetiva de la contratación estatal, al suscribir el convenio de asociación núm. 02 de 2016 con la Asociación del Caribe – Asocar.

8. Dijo que la decisión en primera instancia se notificó en estrados, por lo que presentó y sustentó el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en el cual advirtió sobre la vulneración de los derechos políticos, comoquiera que no se estaba investigando por actos de corrupción y advirtió de la vulneración del debido proceso y la defensa técnica por parte de la primera instancia al no conceder la oportunidad en audiencia de presentar descargos iniciales en el proceso verbal.

9. Afirmó que la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación hizo caso omiso a todos los argumentos planteados y justificados dentro del proceso verbal disciplinario y profirió decisión en segunda instancia, el 24 de abril de 2018, confirmando en su integridad la sanción impuesta en primeras instancia, razón por la que se vio obligado a interponer la tutela como mecanismo transitorio.

La solicitud de tutela

Pretensiones

[...] PRIMERO: Solicito a los Honorables Magistrados a través de la presente acción de tutela incoada como mecanismo transitorio, ordenen a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN de forma inmediata y como medida preventiva A EFECTOS DE EVITAR UN PERJUICIO

IRREMEDIABLE la suspensión de los efectos jurídicos de las providencias que vulneraron los derechos políticos y al debido proceso del actor **FABIO VELÁSQUEZ RIVADENEIRA**, proferidas por la **PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL** con fecha 15 de diciembre del año 2007 suscrita por la Procuradora **GLORIA YANETH QUINTERO MONTOYA** dentro del proceso verbal disciplinario identificado con el No. IUS-2016-163152 IUC-D-2016-62-854823 y la providencia de segunda instancia proferida el día 24 de abril del año 2018 por la **SALA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que confirmó la destitución e inhabilidad general por 12 años del alcalde del Distrito de Riohacha.

SEGUNDO: SE TUTELEN los derechos vulnerados al señor **FABIO VELÁSQUEZ RIVADENEIRA** alcalde del Distrito de Riohacha por parte de la **PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL** en fallo 15 de Diciembre de 2017, suscrita por la Procuradora **GLORIA YANETH QUINTERO MONTOYA** dentro del proceso verbal disciplinario identificado con el No. IUS-2016-163152 IUC-D-2016-62-854823 y la providencia de segunda instancia proferida el día 24 de abril del año 2018 por la **SALA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que confirmó la destitución e inhabilidad general por 12 años **DERECHOS POLÍTICOS CONVENCIONALES, DERECHO A LA IGUALDAD DESDE LA ÓRBITA CONVENCIONAL y DERECHO AL DEBIDO PROCESO. [...]**"

10. El actor afirma que la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio cuando el perjuicio que se esté ocasionando resulte irremediable, situación que acontece en este caso, habida cuenta que la acción dentro del proceso contencioso administrativo no permite de forma oportuna salvaguardar los derechos que le están siendo vulnerados.

11. En cuanto a los elementos de procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio por configurarse un perjuicio irremediable dijo lo siguiente:

11.1. Es inminente en la medida en que las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal lo destituyen del cargo y lo inhabilitan por el término de 12 años, cuando esa entidad solo podía efectuar la destitución exclusivamente por la investigación y atribución de actos de corrupción como claramente lo señaló el Consejo de Estado en la decisión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con núm. único de radicación 11001-03-25-000-2014-00360-00 de 15 de noviembre de 2017, en la cual declaró la nulidad y el restablecimiento del derecho de providencias similares proferidas por la entidad demandada contra el señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

11.2. Ratificó que agotar las acciones ordinarias ante la jurisdicción contenciosa entre ellas, implica un desgaste de tiempo que pone en evidencia la inminencia de esta acción y por tanto la suspensión previa de las sanciones impuestas como alcalde del Municipio de Riohacha.

11.3 Frente a la gravedad, dijo que las pruebas demuestran que el actor fue elegido popularmente como alcalde del Distrito de Riohacha, calidad que asumió en ejercicio del derecho supra constitucional señalado en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11.4. Señaló que la afectación de los derechos políticos es de doble vía, se tiene así, el menoscabo de los derechos de los votantes que lo eligieron y la afectación de los planes y proyectos de Gobierno que viene desarrollando.

11.5. Sostuvo que se debe tener presente que el mandato del alcalde tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019 y con la irregular sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación de inhabilitarlo por 12 años no le queda más remedio que acudir a la acción de tutela en razón a la gravedad en el menoscabo acaecido.

11.6. Respecto de la urgencia sostuvo que la presente acción es el único medio con el que cuenta para que de forma inmediata, se evite el perjuicio, lo cual se infiere de las acciones ordinarias que otorga el legislador y del tiempo que implica que sean resueltas.

11.7. Afirmó que también es impostergable porque el perjuicio es enorme que conlleva a que el mecanismo que aquí presenta es el único que logra restablecer y proteger los derechos políticos y en suma del orden social, habida consideración que los actos que ha ejercido como alcalde van encaminados a la función social y los intereses de los asociados.

12. Finalmente, realizó unas consideraciones de orden convencional con las cuales sustentó la falta de competencia del órgano de control disciplinario.

Actuación

13. El Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante auto de 23 de mayo de 2018, admitió la acción de tutela presentada por el señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, y dispuso notificar a la Nación - Procuraduría General de la Nación, concediéndole el término de dos (2) días para que rindiera informe sobre el particular.

Informe de la parte accionada

14. La Nación -Procuraduría General de la Nación por intermedio de apoderado solicitó rechazar por improcedente la presente acción de tutela o en su defecto denegar las pretensiones formuladas por la parte actora.

15. Argumentó que uno de los requisitos para la procedencia de la acción de tutela es el de la subsidiariedad, el cual, se traduce en la exigencia de que el peticionario agote los medios que tenga a su disposición para resolver el conflicto planteado en el curso de un proceso ordinario o administrativo, antes de acudir ante el juez constitucional.

16. En esa dirección, la exigencia de agotar mecanismos disponibles antes de acudir al juez constitucional parte del respeto por los procedimientos judiciales como escenarios adecuados para la protección de los derechos constitucionales y asegura que los conflictos sean resueltos por el juez natural de cada proceso o por la administración, incluso en aquellos aspectos que involucran la vigencia de los derechos constitucionales.

17. Sostuvo que la acción de tutela es improcedente por cuanto no es el medio judicial idóneo establecido por el legislador para debatir la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, ni mucho menos, se constituye en el instrumento procedente para dejar sin efectos jurídicos los actos que describe el actor en la tutela.

18. Agregó lo siguiente:

245

"[...] Ante esta situación debe tenerse en cuenta que si en gracia de discusión el accionante con la interposición de la presente acción de tutela pretende cuestionar la legalidad de los Actos Administrativos expedidos dentro del proceso disciplinario radicado bajo el No. 161-7174 (IUC 2016-62-854823), solicitando al mismo tiempo la suspensión de los efectos de dichos actos; la acción de amparo constitucional, de acuerdo con las disposiciones superiores y legales que la regulan, tampoco resulta procedente pues para ello el legislador contempla otros mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, verbigracia el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para que el Juez competente decida si hay lugar o no a su anulación si llegare a encontrar algún vicio en su expedición.

Así entonces, los fallos mencionados se encuentran amparados por la presunción de legalidad y no deben ser cuestionados a través de este mecanismo constitucional.

Ahora, de llegarse a presentar la inminencia de un perjuicio irremediable como lo sostiene el accionante, este, dentro del medio de control antes mencionado cuenta con mecanismos idóneos y expeditos de defensa, como son las medidas cautelares, las cuales son preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y, para ser invocadas deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

19. Destacó que las medidas disciplinarias que prevé la Constitución Política de ninguna manera se oponen al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, del cual el artículo 30 permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al ejercicio de los derechos y libertades, lo hagan atendiendo a razones de interés general, lo cual acontece en el derecho disciplinario, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006.

La sentencia impugnada

20. El Tribunal Administrativo de La Guajira resolvió lo siguiente:

"[...] PRIMERO: AMPARAR los derechos políticos y fundamentales a la igualdad y debido proceso del señor FABIO DAVID VELÁSQUEZ RIVADENEIRA, conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: Como mecanismo transitorio y para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, ordénese la suspensión provisional de los fallos disciplinarios emitidos por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la

Nación, adiados 15 de diciembre de 2017 y 24 de abril de 2018, respectivamente, por medio de los cuales el demandante, señor FABIO DAVID VELÁSQUEZ RIVADENEIRA, en calidad de alcalde Distrital de Riohacha, fue sancionado con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de 12 años.

TERCERO: Adviértase que la medida cautelar surtirá efectos hasta que exista pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede ordinaria sobre la legalidad de los actos administrativos disciplinarios impugnados. [...]”.

21. Para adoptar la anterior decisión el Tribunal hizo referencia en síntesis a los siguientes aspectos:

“[...] Marco jurídico de los derechos fundamentales invocados

En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibidem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y **su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial** en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos.

Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122, por la comisión de delitos y los artículos 172, 177 y 191, por razón de la nacionalidad y la edad.

[...]

De acuerdo con lo anterior, la destitución o inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y, de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

[...]

Los Derechos Políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los sistemas Universal y Europeo de protección de Derechos Humanos.

[...]

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 partes, 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.

En cuanto al numeral 2° del artículo 23, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha razonado sobre su justificación en el caso *Yatama vs 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:

[...]

En cuanto a la restricción de los derechos políticos “exclusivamente” por condena dictada por juez competente, en proceso penal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 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 este 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:

[...]

Lo resuelto por la Corte IDH en el mentado asunto *López Mendoza vs. Venezuela* resulta jurídicamente vinculante para los jueces nacionales tanto por el hecho de la observancia obligatoria del control de convencionalidad, que se explicará más adelante así como por tratarse, en stricto sensu, de un precedente vinculante.

[...]

La observancia del control de convencionalidad

En ejercicio del control de convencionalidad, el H. Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación dictada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el ex alcalde mayor de Bogotá, señor Gustavo Petro Urrego, consideró que había lugar a la anulación de las sanciones disciplinarias impuestas por la Procuraduría General de la Nación, al carecer la autoridad administrativa de competencia para restringir los derechos políticos de los funcionarios elegidos por voto popular, conforme lo dispone el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[...]

22. Al resolver el caso concreto consideró que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, dado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contenido en el artículo 138 del CPACA, no puede adelantarse en

la forma pronta y expedita que se requiere para permitirle al actor controvertir efectivamente la legalidad de la sanción impuesta, y de suyo, efectuar el control judicial efectivo de la medida disciplinaria objeto de la presente tutela, sobre las acusaciones expuestas en la demanda.

23. Afirmó que se encontraban satisfechos los requisitos establecidos en la sentencia SU-712 de 2013, en materia de la causación del perjuicio irremediable.

24. Lo anterior en consideración a que en el escrito de tutela, el actor, puso de presente motivos serios, razonables y fundamentados para controvertir la legalidad de las providencias sancionatorias de la Procuraduría, que de verificarse, habrían desconocido los derechos políticos y fundamentales al debido proceso e igualdad del demandante, por lo que resulta claro que si no se obtiene un pronunciamiento judicial de fondo sobre la constitucionalidad y legalidad de las medidas disciplinarias de forma pronta, se pueden hacer nugatorios los derechos invocados.

25. Indicó que el perjuicio que señaló el actor cumple con las condiciones de ser cierto e inminente toda vez que se discute el resultado de una sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría, que consiste en destitución e inhabilidad general por un término de 12 años; grave porque lesiona los derechos al debido proceso, igualdad y el ejercicio de los derechos políticos, prebendas que son trascendentales para el cargo que ocupa; y urgente por cuanto es necesario e inaplazable prevenir o mitigar su ocurrencia, en caso de haber sido sancionado con violación de las garantías constitucionales.

26. En cuanto a la eficacia e idoneidad de las medidas cautelares al interior de los procesos contencioso administrativos, puntualizó lo siguiente:

"[...] dicho instrumento en manera alguna puede constituirse 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 primea de estas se vea limitada o cercenada en sus

*efectos por virtud de un conjunto de disposiciones infraconstitucionales.
[...]"*

27. Consideró que luego de analizar el caso López vs. Venezuela, las apreciaciones jurídicas realizadas en esa oportunidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser tenidas en cuenta en el presente asunto, comoquiera que en ambos casos se configuró una restricción a los derechos políticos de mandatarios elegidos popularmente, quienes fueron limitados por una autoridad administrativa en el marco de un procedimiento que no corresponde con las exigencias expresas y contundentes del artículo 23.2 de la Convención Americana.

28. Agregó que la misma apreciación fue establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 15 de noviembre de 2017¹, en la cual se puntualizó con claridad que la interpretación que se haga del artículo 277-6 superior *"debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos en aplicación del principio de favorabilidad pro hominem, en este caso, los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que conforme al artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza."*

29. Dijo que de acuerdo con el control de convencionalidad realizado en este caso es evidente la incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para restringir los derechos políticos del actor, máxime cuando las conductas disciplinables atribuidas que dieron lugar a la destitución e inhabilidad no se relacionan propiamente con actos de corrupción.

30. Finalmente, agregó que no perdía de vista que la Sala Plena del H. Consejo de Estado advirtió que la providencia que sirvió de referente para la solución de este caso, tenía efectos inter partes y no implicaba el despojo de la competencia legal de la entidad demandada para sancionar a los funcionarios con destitución e inhabilidad general, sin embargo, recordó que tratándose de sentencias de

¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – C.P. César Palomino Cortés, núm. único de radicación: 11001-03-25-000-2014-00360-00, Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

unificación, la Corporación se encuentra obligada a emplearla para la solución de casos análogos no solo porque así lo disponen los artículos 10 y 270 del CPACA, sino por la obligación que tiene la autoridad judicial de ejercer el respectivo control de convencionalidad.

31. Concluyó que conforme al principio de igualdad que le asiste al actor, es dable la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado por tener el caso estrecha similitud fáctica y jurídica con el que dio origen a la providencia, máxime si el ejercicio proviene de un control de convencionalidad.

La impugnación

32. El apoderado de la Nación - Procuraduría General de la Nación y el Procurador 154 Judicial II para Asuntos Administrativos impugnaron la sentencia proferida en primera instancia y expusieron las siguientes razones de inconformidad:

33. La Nación - **Procuraduría General de la Nación** se opuso a los argumentos traídos por el Tribunal Administrativo de La Guajira en la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que la acción de tutela es improcedente por falta del requisito de subsidiariedad, el cual, se traduce en la exigencia de que el peticionario agote los medios que tenga a su disposición para resolver el conflicto planteado en el curso de un proceso ordinario o administrativo, antes de acudir al juez constitucional.

34. Dijo que la exigencia de agotar mecanismos disponibles antes de acudir ante el juez constitucional parte del respeto por los procedimientos judiciales como escenarios adecuados para la protección de los derechos constitucionales y asegurar que los conflictos sean resueltos por el juez natural de cada proceso o por la administración, incluso en aquellos aspectos que involucran la vigencia de los derechos constitucionales.

35. Frente a la solicitud de suspensión de los efectos jurídicos de las providencias que presuntamente vulneraron los derechos políticos y el debido proceso, manifestó que debe tenerse en cuenta que si en gracia de discusión el accionante con la interposición de la acción de tutela pretende cuestionar la legalidad de los

actos administrativos expedidos dentro del proceso disciplinario, la acción de tutela tampoco es procedente pues para ello el legislador estableció otros medios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en las cuales el juez puede definir si hay o no lugar a la anulación si llega a encontrar algún vicio en su expedición.

36. Sostuvo que las medidas disciplinarias que establece la Constitución Política de ninguna manera se oponen al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, comoquiera que el artículo 30 permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al ejercicio de los derechos y libertades, lo hagan atendiendo a razones de interés general; lo cual acontece en el caso del derecho disciplinario, tal como lo reconoció la Doctrina Constitucional en la sentencia C-028 de 2006.

37. En cuanto a la presunta violación de los derechos políticos del actor y la noción de violación a los principios de la contratación estatal como un hecho de corrupción, indicó:

"[...] según las sentencias de las Corte Interamericana de Derechos Humanos no resulta categórico afirmar que la única limitación posible de derechos políticos puede derivar de un proceso penal, adelantado por un juez penal. Por el contrario, se puede concluir que al respecto existe un cierto margen de apreciación nacional. [...]"

38. Dijo que la sentencia del Consejo de Estado que el actor trae a colación en este caso, no señaló que la convención era la única capaz de definir el concepto de corrupción y no lo hizo, porque esta es una realidad que se transforma, evoluciona y cambia atendiendo a la realidad social, Asimismo, por cuanto el Estado colombiano también ha suscrito tratados que se ocupan del asunto como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual incluso es posterior a la Interamericana contra la Corrupción, firmada en el 2003, entrando en vigor en el año 2005 y considerada como la primera herramienta de carácter mundial para luchar contra la corrupción.

39. El **Procurador 154 Judicial II para Asuntos Administrativos**, manifestó que en la motivación de la providencia el juez no valoró adecuadamente las razones que tornan inoperantes ni los mecanismos ordinarios para la protección de derechos, ni las medidas cautelares establecidas en el Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual era necesario para superar el Test de Subsidiariedad de la acción de tutela contra actos sancionatorios de conformidad con la sentencia SU-355 de 2015.

40. En ese sentido afirmó que el actor: i) puede formular contra las decisiones disciplinarias ante la jurisdicción de lo contencioso los mismos cargos que invoca en la acción de tutela; ii) el control pleno e integral del juez administrativo, vía control pleno e integral del acto disciplinario, es garantía de la tutela judicial efectiva no solo de los derechos constitucionales sino de los convencionales, circunstancia que torna improcedente la acción de tutela; iii) el tribunal demandado abordó el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela de una manera fragmentada, en tanto analizó la idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios, como posibilidades aisladas y no como instrumentos que concurren para posibilitar la protección de los derechos fundamentales en el proceso ordinario; y iv) el juez de tutela se abstuvo de realizar una cualificación respecto de la aptitud de las medidas cautelares como instrumentos para conjurar la presunta vulneración de los derechos convencionales del actor a la luz de las disposiciones reguladas en el CPACA.

41. Respecto a la compatibilidad del artículo 23 del Pacto de San José y la facultad de sanción a los servidores de elección popular, señaló que el precedente sentado en la providencia impugnada, no solo genera efectos frente a la potestad de vigilancia que ostenta la Procuraduría General de la Nación, sino que acarrea el cuestionamiento de la Función del Agente de Ministerio Público como defensor de los intereses de la sociedad.

42. Al respecto expresó que la Corte Constitucional en sentencia SU-712 de 17 de octubre de 2013, valoró la compatibilidad entre el artículo 23 del Pacto de San José y el artículo 277 numeral 6.º constitucional, al señalar que es válido que la regulación interna permita la restricción a los derechos políticos de los funcionarios de elección popular; siempre que se respete el debido proceso.

43. Afirmó que dicha compatibilidad entre las disposiciones convencionales y el ordenamiento interno, cobra especial preponderancia por los siguientes dos aspectos:

44. La facultad de vigilancia de la conducta oficial de los servidores elegidos popularmente que tiene el Procurador General de la Nación no puede entenderse al margen del rol de defensor de los intereses de la sociedad.

44.1. La competencia plena para sancionar a los servidores elegidos popularmente se sustenta en el carácter autónomo de la Procuraduría General de la Nación frente a otras ramas del poder. De esa manera *“la imposición de la sanción NO puede valorarse como una penalidad del Ejecutivo respecto de quienes concurren en el juego democrático para restringir sus derechos políticos (que es lo que reprocha la Convención Americana), sino como un acto de corrección destinado a preservar el diligente ejercicio de la función administrativa que debe estar asistido de la totalidad de las garantías procedimentales y sustanciales para los vinculados al proceso disciplinario. [...]”*

45. En consecuencia, expresó que la actuación de la Procuraduría General de la Nación cuando censuró y sancionó al actor, no puede analizarse solo desde el enfoque en el que un órgano autónomo del Estado ejerce un derecho de sanción, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias a derecho, sino que debe entenderse como un acto de la sociedad misma, que a través de su defensor autorizado, repudia el incorrecto desempeño de la función administrativa con el propósito de preservar el derecho a la alimentación de los niños de La Guajira.

46. Finalmente, insistió en que el control de convencionalidad realizado en el expediente 1131-2014 se efectuó en concreto y atiende a las particularidades de la sanción impuesta al señor Gustavo Petro Urrego y por ello solo tiene efectos interpartes. El fundamento de tal afirmación se encuentra contenido en el auto que profirió el Consejo de Estado el 13 de febrero de 2018.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia de la Sala

47. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y el

artículo 1.º del Decreto nro. 1983 de 30 de noviembre de 2017², por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

Generalidades de la acción de tutela

48. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

Problemas Jurídicos

49. En el caso *sub examine*, el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, para suspender los efectos jurídicos de la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por el término de 12 años que le fue impuesta al actor por la Procuraduría General de la Nación en su condición de Alcalde de Riohacha.

50. Para resolver el presente problema jurídico esta Sala analizará los siguientes aspectos: i) la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter particular; ii) La procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter sancionatorio; y iii) análisis del caso concreto, en el que se analizara la utilización de los medios de defensa pertinentes y si en efecto existió o no un perjuicio irremediable.

² "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela".

Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter particular

51. La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que en principio la acción de tutela resulta improcedente como mecanismo principal para la protección de los derechos fundamentales que sean violentados o amenazados con la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, toda vez que para controvertirlos y defenderse de sus efectos, la competencia radica en el juez natural que es la jurisdicción contencioso administrativa.

52. Concretamente ha hecho énfasis en que existen dos mecanismos que son idóneos, estos son, el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual puede solicitar las medidas cautelares o la nulidad simple si lo que busca es la sola protección de la integridad del ordenamiento jurídico.

53. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha considerado que la acción de tutela procede contra actos administrativos cuando se vulneran derechos fundamentales y cuando se presenta un perjuicio irremediable, caso en el cual procede como mecanismo transitorio.

54. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

"[...] la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...]"³

55. La misma Corporación ha señalado que es posible conceder el amparo no solo como mecanismo transitorio sino definitivo en los siguientes términos:

"[...] si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de hecho en la

³ Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2003

*decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, **cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva [...]**⁴*

56. En este orden, la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, que ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa deviene en improcedente. Sin embargo, existen excepciones en las cuales pese a la existencia de dichos mecanismos, la tutela resulta procedente, por lo que es necesario hacer el análisis respectivo, esto es, examinar la existencia de otros mecanismos de defensa, eficaces y además apreciar las circunstancias en las que se encuentre el accionante.

57. Así las cosas, la acción de tutela solo procede manera excepcional contra actos administrativos, es decir, cuando existe un perjuicio irremediable, el cual ha de ser actual y las medidas que se requieran para conjurarlo han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, debido a que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

58. Ahora bien, aun cuando es cierto que procede de manera excepcional la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte Constitucional ha establecido mediante pronunciamientos acogidos por la Sala Plena de esa corporación, que *"la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico"*⁵. Ello involucra que la tutela siendo un mecanismo residual y subsidiario, no puede reemplazar elementos procesales dirigidos a obtener la protección de los derechos y por tanto tampoco puede subsanar la desidia de las partes al omitir su uso.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2003

⁵ Ver Sentencia SU- 061 de 2001

59. Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"[...] De esta manera, si la parte afectada no ejerce las acciones o utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, éste mecanismo de amparo no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos, ni se convierte en un recurso opcional de las instancias previstas en cada jurisdicción [...]"⁶

60. Por lo anterior, tiene especial trascendencia analizar cada caso en cuanto a la existencia de otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o efectivamente amenazados.

61. De acuerdo con lo expuesto, la Sala reitera que la acción de tutela procede contra actos administrativos, siempre y cuando no haya otro mecanismo de defensa y exista un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter disciplinario sancionatorio

62. La Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela no procede cuando ésta se dirige contra actos administrativos que imponen una sanción.

63. En la sentencia T – 262 de 1998⁷, puntualizó lo siguiente:

"[...] En la sentencia T-262 de 1998 la Corte estudió una demanda de tutela interpuesta por los ciudadanos Jaime Giraldo Ángel y Fernando Carrillo Flórez, contra la Procuraduría General de la Nación. Aducían los actores, que la Procuraduría había iniciado una investigación especial contra ellos, que culminó con una sanción consistente en la suspensión de su cargo por un término de treinta (30) días, la cual sería confirmada cuando la entidad resolvió los recursos de apelación interpuestos. Consideraron que esa decisión había incurrido en una vía de hecho, y por tanto solicitaron, como medida provisional, "la suspensión de la decisión de la Procuraduría y que declare la invalidez de todas las providencias dictadas por el Procurador General de la Nación a partir del 28 de febrero de 1997"

*La Corte constató que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial, que hacían improcedente el amparo. Preciso que eventualmente la tutela sería procedente, si ésta tuviera como objeto evitar un perjuicio irremediable al actor. Sin embargo, consideró que en ese caso, **"el perjuicio irremediable provendría de la sanción disciplinaria impuesta al actor por la Procuraduría General de la Nación, consistente en 30 días de***

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-451 de 2010.

⁷ Ver Sentencia T-451 de 2010.

suspensión. Mas la mencionada sanción disciplinaria no puede considerarse, en sí misma, como un perjuicio irremediable. De lo contrario, se estaría aceptando que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

64. En el mismo sentido, en la sentencia T-451 de 2010, se hizo el siguiente examen:

"[...] Una persona que fue sancionada por la Procuraduría General de la Nación, por obstaculizar el normal funcionamiento de una autoridad administrativa, lo cual fue calificado como una falta gravísima; por tal razón, la Procuraduría decidió suspender provisionalmente de su cargo al investigado. Contra esa decisión fue interpuesta una acción de tutela, por cuanto el actor consideró que la Procuraduría había incurrido en vías de hecho, en la imposición de la sanción. La Corte denegó el amparo, al considerar que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial y porque, adicionalmente, no se evidenciaba un perjuicio irremediable. [...]"

65. En ese caso, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

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

Sin lugar a dudas, dicho instrumento procesal es idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por el actor y su apoderado en el escrito de demanda, máxime cuando en la situación descrita por ellos no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la transitoriedad de la acción de tutela, **toda vez que la sanción disciplinaria, como lo ha afirmado la Corte, no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable y teniendo en cuenta que al demandarse la nulidad de un acto administrativo se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, por estimar que manifiestamente contradice una norma superior a la cual se encuentra subordinado, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquel (C.C.A., art. 152 y s.s.).**

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

66. Conforme a la jurisprudencia antes mencionada, la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que impongan una sanción es aún más excepcional que contra actos administrativos de otra índole, pues en estos casos, la demostración del perjuicio irremediable reviste un mayor esfuerzo.

Análisis del caso concreto

67. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Acervo y análisis probatorio

68. Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

68.1. Copia del Formulario E-27 expedido por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Riohacha a través del cual se expidió la credencial como alcalde del Distrito de Riohacha el 31 de octubre de 2015 al señor Fabio Davis Velásquez Rivadeneira.

68.2. Acta de posesión como alcalde del Distrito de Riohacha efectuada ante la Notaría Primera del Círculo de Riohacha.

68.3. Copia del auto de citación a audiencia proferido por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal.

68.4. Copia del acto administrativo que contiene la decisión disciplinaria de primera instancia de 15 de diciembre de 2017, en el cual se declaró disciplinariamente responsable al actor y lo destituyó e inhabilitó para ejercer funciones públicas por 12 años.

68.5. Copia del acto administrativo que contiene la decisión disciplinaria de segunda instancia que confirmó la decisión de destitución e inhabilitación por 12 años.

68.6. Copia de los alegatos presentados ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría.

68.7. Copia de los planes y programas que se verían afectados con la destitución del alcalde de Riohacha.

68.8. Declaraciones extrajuicio de líderes sociales y comunitarios.

68.9. Copia de la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 dentro del proceso identificado con núm. único de radicación: 11001-03-25-000-2014-00360-00, en la cual se declaró la nulidad de las decisiones proferidas por la Procuraduría General de la Nación contra el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, con su respectivo restablecimiento del derecho.

68.10. CD que contiene la audiencia pública dentro del proceso verbal disciplinario.

69. A continuación, la Sala examinará lo referente a la utilización de los medios de defensa judicial idóneos y la existencia de un perjuicio irremediable, con el fin de establecer como ya se advirtió si en efecto procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para controvertir la legalidad de los actos administrativos referidos por el actor, con los cuales en su sentir se vulneran los derechos políticos a ser elegido y a elegir de sus electores.

70. En primer lugar, la Sala debe precisar que el ordenamiento jurídico colombiano establece otros mecanismos de defensa judicial idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de carácter disciplinario y a través de ellos se puede proteger de forma oportuna e inmediata los derechos fundamentales que estima el accionante le han sido vulnerados.

71. En segundo lugar, para demandar los actos administrativos mediante los cuales se le impuso la sanción, el legislador estableció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, que prevé:

"[...] 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, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o de cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel [...]"

72. En el inciso segundo del artículo 137 *ibidem*, se establecieron las causales de nulidad de los actos administrativos, las cuales refieren que procede cuando estos hayan sido expedidos *"con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió"*.

73. De acuerdo con esa normativa, la Sala considera que las pretensiones del demandante deben analizarse por su juez natural ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, comoquiera que es el encargado de realizar el examen de legalidad de los actos expedidos por la Procuraduría General de la Nación.

74. Además, esta Sala precisó en oportunidades anteriores⁸ que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya no es aceptable el argumento según el cual los medios de control ordinarios no son eficaces ni oportunos para la protección de los derechos presuntamente conculcados en casos como el estudiado.

75. Igualmente, consideró que la mencionada normativa además de darle celeridad a los procesos al consagrar la oralidad en los mismos, contiene diferentes herramientas jurídicas que permiten solicitar, entre otras cosas, las

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1.º de marzo de 2018, C.P. María Elizabeth García González, acción de tutela con núm. único de radicación: 52001-23-33-000-2017-00626-01, Actor: Pío León Caicedo Bustos, demandado: Procuraduría General de la Nación.

medidas cautelares incluso de urgencia⁹, como la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos o del procedimiento hasta tanto se defina la declaración o no de su nulidad; ordenar la adopción de una decisión administrativa; impartir órdenes o imponerle obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes, las cuales demuestran la efectividad del procedimiento ordinario cuando se advierte una situación apremiante que necesite ser remediada incluso, antes de que se profiera una decisión definitiva.

76. En este punto la Sala debe precisar que aun cuando el actor considera que se le causó un perjuicio irremediable, con las medidas cautelares se puede también obtener una protección judicial oportuna, toda vez que así lo consideró esta Corporación en sentencia de 5 de marzo de 2014¹⁰, en la cual se sostuvo lo siguiente:

"[...] Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del artículo 231, que introdujo el concepto de "perjuicio irremediable", también contemplado por 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 señor Gustavo Petro Urrego, no solo es susceptible de control a través del proceso de nulidad en los términos del numeral 1° 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 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

⁹ Artículo 243 del CPACA, que textualmente señala: 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. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución señalada en el auto que así lo decreta

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Alfonso Vargas Rincón, acción de tutela con núm. único de radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01, Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego, demandado: Procuraduría General de la Nación.

ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo. [...]"

77. Ahora bien, la Corte Constitucional¹¹, en cuanto a la idoneidad de las **medidas cautelares de urgencia** que proceden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **para evitar un perjuicio irremediable**, precisó que la acción de tutela se torna improcedente en virtud de su carácter subsidiario, salvo que el actor demuestre que ha hecho uso de las mismas o que el Juez de conocimiento las negó sin tener en consideración la existencia del citado perjuicio.

78. Así lo manifestó esta Sala en reciente pronunciamiento con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato Valdés¹², al señalar:

"[...] La Corte Constitucional en la sentencia SU-355 de 2015¹³, al examinar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, señaló:

5.3.1. El ordenamiento vigente y, en particular, el actual artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece como uno de los medios de control de la actuación de las autoridades estatales, la nulidad y restablecimiento del derecho, confiriéndole a toda persona la posibilidad de solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo que lesiona un derecho subjetivo y le sea restablecido. Tal nulidad debe ser declarada cuando los actos se expidan (a) desconociendo las normas en que deberían fundarse, (b) por un órgano que carece de competencia, (c) de manera irregular, (d) violando el derecho de audiencia y defensa, (e) mediante falsa motivación o (f) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (art. 137 inc. 2º).

[...]

5.3.3. En suma, el accionante cuenta con un medio judicial ordinario al que puede acudir, tal y como ello ocurrió según las pruebas obrantes en el proceso. En este caso la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se comprueba al establecer (i) que los supuestos de nulidad previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 comprenden, sin dificultad jurídica alguna, los cargos que en contra de la decisión de la Procuraduría ha planteado en la acción de tutela y (ii) que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido una amplia habilitación de la autoridad judicial para pronunciarse respecto de todas las actuaciones y decisiones surtidas y tomadas en el trámite disciplinario a fin de garantizar los derechos fundamentales.

[...]

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-377 de 26 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente doctor: Mauricio González Cuervo.
¹² Consejo de Estado, Sección Primera, (Expediente núm. 2015-01490-01, sentencia de 29 de octubre de 2015).
¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-355 de 11 de junio de 2015. Magistrado Ponente doctor: Mauricio González Cuervo.

5.3.5.2. La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

[...]

Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.

[...]

5.3.7. En síntesis, con independencia del sentido que puedan tener en cada caso las decisiones del juez administrativo respecto de la solicitud de suspensión provisional, debe concluirse -en lo que resulta relevante para un juicio de subsidiariedad- que esa alternativa ofrece, en la actualidad, una

amplia posibilidad de controlar en un término breve de tiempo los efectos de la decisión de la autoridad disciplinaria. En atención a ello no puede acogerse la misma decisión de la sentencia SU-712 de 2003, adoptada en vigencia del Decreto 01 de 1984.

En conclusión, la sentencia en cita, con motivo de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, modificó la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional había fijado en materia de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, y que hasta ese momento se encontraba resumida en la SU-712 de 2013¹⁴, en el sentido de establecer que por regla general no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para cuestionar la validez constitucional de las decisiones adoptadas en sede administrativa [...]"
(Negritas y subrayas fuera del texto original).

79. Por consiguiente, la Sala considera que el amparo solicitado en la presente acción de tutela es improcedente, toda vez que como se indicó en la jurisprudencia citada *infra*, la sanción disciplinaria, no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable y la acción de tutela no puede ser utilizada cuando el afectado dispone de otro mecanismo de defensa judicial idóneo para proteger los derechos que considera vulnerados, dentro del cual puede hacer uso de las medidas cautelares de urgencia con las cuales también puede evitar la afectación y el menoscabo de los derechos que aquí considera vulnerados y que en su sentir le generan un perjuicio irremediable.

80. En otras palabras, por la idoneidad de las medidas cautelares establecidas en el CPACA, el actor en primer término debe solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que ellas se adoptaran con el fin de proteger los derechos que aquí considera vulnerados, sin embargo, en el expediente no obra prueba que corrobore que hizo uso de las mismas o que como ya se dijo, el juez las negó sin tener en cuenta la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual si procedería la acción de tutela en virtud a su carácter subsidiario.

Conclusión de la Sala

81. De acuerdo con los anteriores planteamientos la Sala considera que los argumentos expuestos por el actor en la presente acción de tutela deben ser analizados al interior del medio de control de nulidad y restablecimiento del

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-712 de 17 de octubre de 2013, Magistrado ponente doctor: Jorge Iván Palacio Palacio.

derecho en el cual puede hacer uso de las medidas cautelares, concretamente lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA, que prevé las medidas de urgencia, las cuales pueden adoptarse desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, escenario que le permite tal y como aquí lo solicita que se suspendan los efectos de las decisiones disciplinarios que le impusieron una sanción.

82. La Sala reitera que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, en atención a que se trata de un mecanismo residual y subsidiario, es decir que solo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial idóneos y eficaces que permitan proteger los intereses de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual, como ya quedó expuesto, primero debe ser objeto de análisis por parte del juez ordinario a través de las medidas cautelares.

83. Así las cosas, se revocará la sentencia que decretó el amparo constitucional como mecanismo transitorio y en su lugar se declarará la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el accionante.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR**, la sentencia de tutela proferida el 5 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de amparo constitucional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, dentro de los diez (10) siguientes a la ejecutoria de este fallo, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

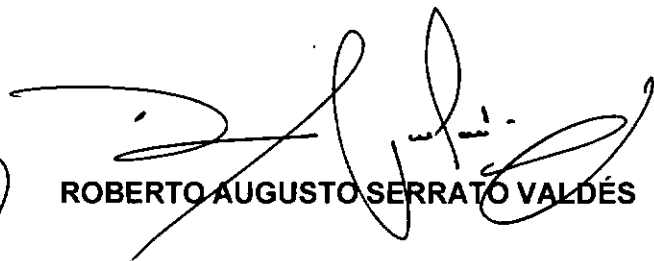
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión celebrada en la fecha.


HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente


MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ


OSWALDO GIRALDO LÓPEZ


ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

