

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Proceso No.: A. T. 2013 - 2234
Accionante: MARI SOL GAMBOA LEÓN
Accionado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ACCIÓN DE TUTELA

Aclaración de Voto

Comendidamente me permito informar las razones por las cuales decidí aclarar voto en el fallo de tutela de la referencia.

La decisión de la Sala resuelve tutelar los derechos fundamentales del accionante, encontrando una tensión entre los controles disciplinario y democrático dispuestos por la Constitución Nacional frente a los funcionarios de elección popular.

En tal sentido, se consideró que esa tensión debe resolverse a favor del control democrático, a través del mecanismo de revocatoria directa actualmente en trámite, asimismo, el control disciplinario puede ejercerse en cualquier tiempo, mientras que el democrático depende de un procedimiento diferente y algo más complejo.

Así, erige el derecho de los electores a revocar el mandato en uno de categoría superior, es decir, hace preferentes los mecanismos de control político en los cuales interviene el ciudadano, sobre la función disciplinaria, también consustancial al orden jurídico y social del Estado, que ejercen los organismos de control.

No obstante lo anterior, considero que la naturaleza de los derechos políticos, pilares de la democracia participativa estructura y materializa el Estado social de derecho, pero obviamente sujeta a los ciudadanos a los límites del bien común y el interés general, los derechos de los demás asociados y el respeto por las decisiones de las autoridades administrativas proferidas dentro del marco de la legalidad. En estricto sentido la naturaleza de estos derechos no implican su supremacía por sobre los demás derechos fundamentales, ni la obligación de atender los deberes funcionales establecidos en la

Constitución y la ley por los servidores públicos, como tampoco el enervamiento de la función disciplinaria.

Así, el desarrollo paralelo de un procedimiento disciplinario y un procedimiento de revocatoria directa, no implica per se una vulneración de los derechos a la participación en política de los ciudadanos, pues sobre una misma persona pueden recaer por el mismo hecho, controles políticos, disciplinarios, penales y fiscales, según la naturaleza del hecho investigado y debido a la diferencia entre esta clase de controles, en ocasiones se emiten decisiones disimiles.

Considero por tanto que no tiene precedencia un mecanismo de control sobre otro, ni que uno esté supeditado a la finalización del otro.

Frente al cuerpo que emite el fallo disciplinario, considero que puede estarse frente un defecto sustantivo constitucional, pues hay claridad en que el acto administrativo de destitución contra el Alcalde Mayor de Bogotá emanó de una Sala dual disciplinaria integrada por procuradores delegados, a quienes según se anuncia, se les transfirió la función sancionadora mediante auto del 11 de enero de 2013 y conforme a lo establecido en los arts 169A y 170 del Código Disciplinario Único, así los cargos formulados y que sirven de base a la imposición de la sanción y la inhabilidad se refieren a violaciones manifiestas de la constitución y la ley, en tal sentido, en mi entender si esa característica de las conductas del burgomaestre fue observada objetivamente y evidenciada prima facie por la Procuraduría era menester acogerse al artículo 278 superior que relaciona las funciones que debe ejercer directamente el Procurador General de la Nación, entre ellas la de desvincular del cargo al funcionario público que incurra en infracción manifiesta de la constitución o la ley, como lo estima esta aclaración y que además sin lugar a dudas permite deducir la competencia de desvincular del cargo o destituir sin perjuicio de que se ejerza como vigilancia superior de la conducta oficial, según lo anuncia el art. 277 punto 6 de la Constitución.

Esta situación impide el traslado por delegación, como el ejercicio de la función de la función disciplinaria a procuradores delegados, aun cuando ella esté prevista en la ley, pues se trata de una situación diferente a la prevista en el artículo anterior, pues en estos eventos la función sancionadora debe ejercerse directamente por el Procurador General de la Nación y es indelegable como distinta a la del 277-6 sin perjuicio de la complementariedad de ésta última.

De otra parte, uno de los puntos fundamentales de fallo se indicó:

*g.-En este punto de la argumentación es relevante insistir que frente a un funcionario de elección popular, al control disciplinario no le es dable suplantar al elector, en el sentido de **desnaturalizar la función disciplinaria con el fin de realizar juicios referidos a la ejecución de la política pública**, dado que si esta circunstancia ocurre, el acto administrativo **vulnera el derecho fundamental al control político**, y por ende, procedería la suspensión transitoriamente del acto administrativo sancionatorio hasta que la jurisdicción contenciosa administrativa se pronuncie al respecto.*

*En otros términos, si el acto administrativo disciplinario que conlleva la destitución de a un funcionario de elección popular **no se centra exclusivamente en analizar disciplinariamente la conducta imputada**, sino que cuestiona la dirección de la política pública, **esta atribución vulnera el derecho fundamental al control político**,*

Hace relación la cita anterior, al cargo disciplinario referido a la vulneración del principio de libertad de empresa y a la falta de planeación del Despacho del Alcalde, al respecto, considero que el diseño de las políticas públicas, su ejecución y transformación, constituyen cuestiones políticas, y su cambio o rediseño en sí, no puede atribuirse como falta disciplinaria, pues en materia de servicios públicos, la obligación de prestarlos y que se presten de manera eficiente es del Estado, quien puede contratarlo a través de particulares (Art. 365 CN) , por tanto, la violación planteada del artículo 333 sobre la libre empresa no se materializa por una normatividad que reitere la norma constitucional al efectuar el cambio de modelo de servicio de aseo de uno eminentemente prestado por operadores privados a uno público, pues como se indicó el Estado es el obligado a prestar los servicios públicos y es de su resorte, según el proyecto político que elija el constituyente primario, prestarlo a través de operadores privados o públicos. Así darle carácter de falta disciplinaria al rediseño de una política pública que en principio no se observa contraria a los postulados del artículo 365, puede constituir un defecto del acto administrativo, censurable a través de las causales genéricas de procedibilidad.

Aunado a lo anterior, en sentencia Su 712/13 la Corte Constitucional advierte que sin perjuicio de la interpretación armónica de como debe entenderse el bloque de constitucionalidad de nuestra carta y lo previsto en el artículo 23 de la Convención

Interamericana, la Corte Interamericana en la sentencia de Lopez Mendoza contra Venezuela 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 las 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, sin sojuzgar la facultad disciplinaria del Procurador General de la Nación consagrada en la Carta.

Así en mi parecer, en realidad se observa es la presencia de defectos sustantivos en la decisión disciplinaria que ameritan su suspensión transitoria, no porque deba preferirse un mecanismo de control sobre otro, sino porque las causales genéricas de procedibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales, aplicables a decisiones disciplinarias permiten la protección transitoria de los derechos fundamentales, cuando inobserven el debido proceso, que pasa por la adecuada tipificación de la falta hasta la determinación de la sanción.

En todo caso, como lo anuncia la parte resolutive del fallo, conviene hacer hincapié en la vigencia del artículo 8 del decreto 2591 de 1991 cuando autoriza la tutela como mecanismo transitorio, pues independiente de los medios de control y los términos para su ejercicio, el plazo de 4 meses es ineludible, pues se trata de una decisión judicial provisional, que no enerva las reglas de la competencia del juez natural del acto administrativo.

En los anteriores términos dejo rendida mi aclaración de voto.

Atentamente,


ALFONSO SARMIENTO CASTRO
Magistrado