

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN A  
SALA DE CONJUECES**

**CONJUEZ PONENTE: ALVARO B. ESCOBAR HENRIQUEZ**

**Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil once (2011)**

**Número de radicado: 11001-03-15-000-2010-00076-00**

**Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado**

**Acción de tutela**

Estamos frente a una acción de tutela incoada por el ciudadano Alvaro Hernán Velandia Hurtado por intermedio de apoderado ante el Consejo Superior de la Judicatura, en la que expresa su inconformidad por la decisión contenida en la Sentencia de Sala Plena del H. Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, por que a su juicio se profirió con violación de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al derecho de acceder a la recta y cumplida administración de justicia.

Recibida la demanda por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto del 15 de diciembre de 2009, ordenó remitirla al Consejo de Estado por competencia. Llegado el expediente en esta corporación, el 20 de enero de 2010 fue sometido a reparto de conformidad con las prescripciones del Decreto 1382 de 2000 y de los acuerdos 031 de 2002 y 55 de 2003 de la Sala Plena del H Consejo de Estado, contentivos de normas sobre el repartimiento de tutelas contra decisiones esta misma corporación.

El proceso correspondió por reparto al Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren integrante de la Subsección A de la Sección Segunda del H Consejo de Estado, corporación judicial a la que le correspondió el conocimiento del asunto por mandato de las disposiciones mencionadas. Mediante auto del 28 de enero de 2010 todos los integrantes de esta Sección se declararon impedidos para conocer del asunto con fundamento en el numeral 6º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

477

Frente a las anteriores manifestaciones de impedimento, la Sección Cuarta del H Consejo de Estado en proveído del 18 de marzo de 2010, consideró que la Subsección A de la Sección Segunda es competente para conocer de la presente acción de tutela, declaró fundado el impedimento manifestado por todos sus integrantes separándolos del conocimiento, y ordenó la designación de la Sala de Conjueces que conocerá del asunto en reemplazo de los 3 magistrados impedidos. Hechos los sorteos y trámites correspondientes, quedó constituida la Sala de Conjueces competente para fallar el presente asunto.

Mediante auto de Sala Unitaria del 6 de julio de 2010, el conjuez ponente admitió la presente acción constitucional.

En sesión del 4 de octubre de 2010, se ordenó solicitar a la Procuraduría General copia auténtica y completa de la Resolución No. 13 del 5 de julio de 1995 mediante la cual se falló en única instancia el proceso disciplinario que nos ocupa, documento que fue recibido el 27 de octubre de 2010.

El señor Conjuez Gustavo Quintero Navas manifestó estar impedido para conocer del presente caso mediante escrito visible a folios 376 a 378 del expediente, y mediante decisión del 2 de noviembre de 2010 se declaró fundado tal impedimento, se le separó del conocimiento del caso al doctor Quintero Navas y se dispuso el nombramiento del conjuez que habrá de reemplazarlo. Y en cumplimiento de esta providencia, en diligencia del 23 de noviembre de 2010 quedó sorteado como conjuez el Dr. Jorge Iván Acuña Arrieta a quien oportunamente se le informó de su designación.

Mediante auto del 2 de noviembre de 2010 se ordenó informar al señor Procurador General de la Nación de la existencia del presente proceso y remitirle algunas piezas procesales para su mejor conocimiento del caso, con el fin de que la entidad que representa estuviera en posibilidad de ejercer el derecho que consagra el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991. Dicho ente de control mediante apoderado, presentó el 11 de noviembre un escrito mediante el cual rindió informe sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela y ejerció el derechos de defensa de sus actuaciones, el cual se explica por si mismo y es visible entre los folios 432 y 452 del expediente.

Con proveído del 12 de enero de 2011 se dispuso notificar la demanda que originó el presente proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y/o a sus miembros para que hagan los pronunciamientos que consideren convenientes y puedan ejercitar su derecho de defensa. La Secretaría cursó las correspondientes comunicaciones a los integrantes de dicha Sala, ninguno de los cuales hizo comentarios sobre este asunto.

## SITUACIONES DE HECHO PLANTEADAS POR EL ACTOR

De acuerdo con lo expresado en los hechos de la demanda, esta se basa en las situaciones de hecho que más adelante se comentan y que se encuentran visibles entre los folios 2 y 7 del presente expediente.

## PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La demanda de tutela a que se refiere esta providencia planteó las siguientes pretensiones:

"1. Que se **TUTELEN** los derechos fundamentales de **igualdad, el debido proceso, el derecho de acceder a la recta y cumplida administración de justicia**, vulnerados por la Sala Plena del Consejo de Estado.

"2. En consecuencia se ordene la **REVOCATORIA** del fallo que resolvió el Recurso Extraordinario de Súplica Radicado No. 110010315000200030044201 en contra del demandante BG. ALVARO VELANDIA HURTADO, que al haber infirmado la sentencia de segundo grado se tronó ilegal.

"3. Se declare de oficio la **NULIDAD**, del acto administrativo que ordenó la destitución del BG. VELANDIA, en razón a que el procurador delegado que lo profirió carecía de **competencia absoluta funcional y temporal** y este vicio es insaneable aún por el paso del tiempo.

"4. Ordenar que se mantenga incólume la sentencia de segunda instancia proferida el 23 de mayo de 2002, por la Sección Segunda, Subsección "B" del H. Consejo de Estado."

Las anteriores pretensiones claramente tienden a la protección de derechos constitucionales fundamentales, cuyo único medio de protección es precisamente la acción de tutela, dado el avanzado estado procesal de la controversia en la que se impugna una sentencia proferida atendiendo un recurso extraordinario de súplica, contra la cual no cabe ningún medio ordinario de impugnación.

## ARGUMENTACIONES DEL DEMANDANTE

A manera de muy escueto resumen de los planteamientos de la demanda, podemos afirmar que esta atacó la sentencia del 29 de septiembre del 2009, por los siguientes conceptos:

- Por no haber dado aplicación a los regímenes especiales establecidos en materia disciplinaria a los integrantes de las Fuerzas Militares, de

479

acuerdo con lo los cuales, la prescripción del caso hubiese ocurrido en más breves términos.

En estas condiciones sostiene la violación del debido proceso y la ocurrencia de las vía de hecho en la sentencia impugnada, por no aplicar al señor Velandia Hurtado las normas disciplinarias especiales que le correspondían en su condición de miembro de las Fuerzas Militares y por el contrario, aplicó disposiciones que eran pertinentes para funcionarios públicos que no formaran parte de las Fuerzas Militares. Bajo esta estructura argumental adujo la violación al demandante de los derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 CN), a la igualdad (Art. 13 CN) y al acceso a la recta y cumplida justicia (Art. 229 CN), como consecuencia de haber incurrido en vía de hecho por haberse resuelto el recurso de súplica con fundamento en normas que no eran pertinentes para el juzgamiento disciplinario de un miembro de las Fuerza Militares.

- Haberse fallado el caso por funcionario carente de competencia para conocer de los trámites disciplinarios a que se refiere la demanda. Sostuvo que la delegada de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos que asumió la investigación y profirió las resoluciones con respecto a las cuales se adelantó el proceso contencioso administrativo no era competente para ello. Por lo que concluyó que la providencia objeto de tutela incurrió en violación de los derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 CN), a la igualdad (Art. 13 CN) y al acceso a la recta y cumplida justicia (Art. 229 CN), como consecuencia de haber incurrido en vía de hecho al legitimar las sanciones impuestas por un funcionario de la procuraduría carente de competencia.
- Por haber Interpretado erróneamente las disposiciones de los artículos 1º y 12 de la Ley 25 de 1974 reformados por la Ley 13 de 1984 y los artículos 3, 44, 48, 50, 59 62 63 y 64 del CCA, como consecuencia de lo cual declaró que no ocurrió la prescripción de la acción disciplinaria cuando esta había realmente ocurrido como consecuencia de las normas que acaban de invocarse. Por lo cual alegó la violación de los citados derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la recta y cumplida justicia.

## LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sentencia objeto de las anteriores imputaciones fue proferida el 29 de septiembre de 2009 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al desatar los recursos extraordinarios de súplica interpuestos contra sentencia de segunda instancia emitida por la

Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 23 de mayo de 2002.

Este fallo de la Sección Segunda, revocó la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 1999 por el Tribunal de del Valle del Cauca (que había denegado las pretensiones de la demanda) y declaró además:

- La nulidad de la Resolución 13 del 5 de julio de 1995 que destituyó al Coronel Alvaro Velandia Hurtado;
- La nulidad de la resolución 16 del 19 de Julio 1995 confirmatoria de la anterior;
- La nulidad de del Decreto 1504 del 11 de septiembre de 1995 que destituyó al Coronel Alvaro Velandia Hurtado en cumplimiento de las anteriores resoluciones.
- Ordenó la cancelación en la hoja de vida del actor de la anotación de la sanción de destitución.
- Hizo otras declaraciones de contenido económico y administrativo tendientes al restablecimiento del derecho del demandante.

Contra esta sentencia, la Procuraduría General de la Nación interpuso varios recursos de extraordinarios de súplica, los cuales fueron desatados mediante la sentencia del 29 de septiembre de 2009, la cual, luego de transcribir y describir las principales piezas del proceso que originó el recurso de súplica, hizo las consideraciones de fondo que más adelante aparecen transcritas y accedió a lo solicitado en los recursos extraordinarios de súplica, así:

- Infirmó la sentencia emitida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 23 de mayo de 2002.
- Confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de junio de 1997.

Contra esta sentencia se interpuso la acción de tutela que ahora se resuelve.

## LOS ARGUMENTOS DEL ACTOR

Contra la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de súplica, la tutela fundamenta sus imputaciones por violación de los derechos fundamentales ya mencionados entre los folios 8 y 36 y posteriormente entre los folios 302 y 318 y que fueron resumidos de manera muy apretada en acápite anterior.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el presente asunto, desarrollaremos las siguientes consideraciones generales antes de entrar al estudio del caso:

### PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Dice el inciso primero del artículo 86 de la CN:

“Toda 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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.”

Por virtud de esta disposición, es claro que las decisiones del H. Consejo de Estado son susceptibles de revisión en sede de tutela, pese a que esta corporación judicial es tribunal de cierre en materia contencioso administrativa y la Corte de más alta jerarquía en estas materias. Siendo el Consejo de estado una “autoridad pública”, es evidente que atendiendo el mandato de la norma transcrita, “toda persona” puede recurrir en tutela contra sus actos.

En lo pertinente, el Decreto 1382 de 2000 Dispone:

“Art. 1.º- Para los efectos del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, (...)”

“2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el Fiscal.

“Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4º del presente decreto. (...)”

“Art. 4.- Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la o Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, podrán determinar que los asuntos relacionados con el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sean resueltos por las salas de decisión, secciones o subsecciones conformadas para tal fin. Así mismo, determinará la conformación de salas de decisión, secciones o subsecciones para el conocimiento de las acciones de tutela que se ejerzan contra las actuaciones

de la propia corporación, a las que se refiere el inciso 2º del Numeral 2º del artículo 1º del presente decreto.”

En desarrollo de las anteriores disposiciones, La Sala Plena del H Consejo de Estado dispuso mediante el artículo 2º literal d) del Acuerdo No. 55 de 2003:

“d) Demandas contra la Sala Plena de la corporación o Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. De las acciones de tutela interpuestas de conformidad con el inciso 2º del numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, contra la Sala Plena de la corporación o contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conocerá y decidirá la Sala de sección o subsección a la cual pertenezca el magistrado a quien le corresponda el reparto, teniendo en cuenta las secciones o subsecciones que conocen de este tipo de acciones, en los términos del presente acuerdo.”

La existencia de las anteriores disposiciones sobre reparto de tutelas en el Consejo de Estado, ratifica la viabilidad de la acción de tutela contra sentencias de esta alta corporación. Sin embargo, considerando la expedición de importantes y numerosas decisiones judiciales en las que se afirma que contra las sentencias del Consejo de Estado no procede la acción de tutela, realizamos las siguientes consideraciones en las que expresamos las razones para separarnos de esta postura.

Negar la procedencia de la tutela contra sentencias de las altas cortes bajo el argumento de que estas son órganos judiciales de cierre, no parece una razón suficientemente sólida, en primer lugar por que las altas Cortes que las profieren, son “autoridades públicas” para efectos del artículo 86 de la CN. Y precisamente las decisiones judiciales de cierre merecen una mayor vigilancia de la jurisdicción constitucional, pues si no operase la tutela, las vías de hecho que en ellas ocurriesen no podrían ser redimidas por el juez constitucional, quedando irremisiblemente desamparados los derechos constitucionales fundamentales allí vulnerados. Es precisamente en las decisiones de cierre donde más se requiere la presencia del juez constitucional de tutela en defensa de los derechos constitucionales fundamentales.

Los procedimientos y trámites propios de la acción de tutela pueden ser adelantados por jueces y magistrados pertenecientes a todas las jurisdicciones (Civil, de Familia, Penal, Administrativa, Laboral, etc.). Pero cuando un juez o magistrado de cualquiera de dichas jurisdicciones queda investido de competencia para tramitar y resolver una acción de tutela, adquiere atribuciones de juez constitucional, quedando legitimado para tomar providencias que dentro del estricto marco orgánico de la jurisdicción a la que pertenece, serían impensables; esto porque cuando actúa como juez de tutela, lo hace investido de las facultades propias de la jurisdicción constitucional, superiores a las de las de la jurisdicción en la que normalmente se desempeña. En estas condiciones, el órgano de cierre

de la jurisdicción contencioso administrativa no pierde su calidad de tal en el ámbito de esa jurisdicción, pues sus decisiones no podrán ser controvertidas por jueces superiores en sede contencioso administrativa; lo que no impide que puedan ser revisadas por la jurisdicción constitucional, omnipresente en las actuaciones de todas las "autoridades públicas" por mandato del artículo 86 de la Carta Política y demás normas que reglamentan su aplicación. El juez de tutela ejerce excepcionalmente función y jurisdicción constitucional, aunque desde el punto de vista orgánico pertenezca a la jurisdicción dentro de la cual ejercita normalmente la judicatura.

Como consecuencia de lo anterior, es viable la acción de tutela contra sentencias de Sala Plena del Consejo de Estado, sin que esta circunstancia le niegue la calidad de órgano judicial de cierre dentro del contencioso administrativo. Y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo excepcionalmente será próspera la pretensión incoada en sede de tutela contra sentencia judicial ejecutoriada, cuando la providencia impugnada incurra en vía de hecho.

En principio pareciere improcedente la prosperidad de la acción de tutela contra una sentencia judicial en la que, luego de analizar las posibles rutas hermenéuticas aplicables al caso, en ejercicio de su arbitrio natural, el juez escoge una de ellas como la que merece aplicarse, convencido de su prevalencia frente a las otras tesis en litigio. En tal caso, no podría el accionante de tutela simplemente arbitrar entre las varias argumentaciones posibles, impugnando la seleccionada por la sentencia sometida a tutela y prohiendo otras, como lo haría un juez de instancia. Esto, porque el juzgador goza del atributo de seleccionar y justificar cual de las posibles interpretaciones de la ley debe aplicarse al caso concreto. Este principio es claro y merece aplicarse, excepto cuando la sentencia impugnada, de todos modos incurra en una **vía de hecho, al prohiendo una tesis manifiestamente contraria al ordenamiento legal positivo y a la lógica que debe presidir las relaciones jurídicas**. De ocurrir este último caso, el juez constitucional estará obligado a invalidar la sentencia incurrida en vía de hecho.

En la sentencia T-381 de 2004, se afirma que las acciones de tutela son en principio improcedentes contra sentencias judiciales, excepto cuando se incurra en vía de hecho, lo cual puede ocurrir en los siguientes eventos:

"1) **Defecto sustantivo** si la decisión impugnada se funda en norma evidentemente inaplicable.

"2) **Defecto fáctico** si resulta incuestionable que el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en que se sustenta la decisión.

"3) **Defecto orgánico** si el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo.

"4) **Defecto procedimental** si el Juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido. Así entonces para que el Juez pueda conferir el amparo constitucional contra una sentencia judicial, debe fundar su decisión en uno, al menos, de los cuatro defectos señalados."

Bajo las anteriores directrices, analizaremos los cargos formulados en la tutela contra la sentencia del 29 de septiembre de 2009.

## **LAS IMPUTACIONES DEL ACTOR CONTRA LA SENTENCIA BAJO ESTUDIO**

Manifestó su inconformidad con las consideraciones acogidas en la sentencia controvertida con respecto a la aplicación de las normas sobre prescripción de la acción disciplinaria, y especialmente la del artículo 12 de la Ley 25 de 1974 modificado por el 6 de la Ley 13 de 1984 frente a las normas relativas a la vía gubernativa y a la manera de computar la prescripción en los procesos disciplinarios.

La demanda de tutela plantea además una serie de consideraciones sobre el régimen legal aplicable al actor en su condición de miembro de las Fuerzas Militares, expresando su inconformidad por habersele aplicado a su mandante el régimen general para los funcionarios públicos (leyes 25 de 1974 y 13 de 1984 y no el previsto en el artículo 108 del Decreto Ley 085 de 1989 para los miembros de las fuerzas militares.

Impugna también la competencia asumida por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, cuando tal competencia había sido asumida por otra dependencia de la citada procuraduría (Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación), a quien correspondía seguir conociendo del asunto por mandato del artículo 62 de la Ley 4ª de 1990.

En vista de lo anterior, en primer lugar se analizarán las consideraciones expresadas en la sentencia atacada con respecto a la aplicación de los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984, donde el actor solicitó se declare la ocurrencia de vía de hecho, pues a su juicio, se pretermitieron los mandatos de las siguientes normas de procedimiento administrativo gubernativo, al no declarar la prescripción de la acción disciplinaria en la sentencia impugnada en acción de tutela:

Artículos 44, 48, 50, 62, 63 y 64 del CCA y 51 del Decreto 482 de 1984 reglamentario de la Ley 13 de 1984 al considerar la prescripción de la acción disciplinaria.

Traemos a colación algunas de estas normas del Código Contencioso Administrativo:

**“Art. 44.- Deber y forma de notificación personal.** Las demás decisiones que pongan que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

“Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación podrá hacerse de la misma manera.

“Si no hay otro medio mas eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia de envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

“(…)

“Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si esta es escrita.

“En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la primera parte de este Código.”

**“Art. 45.- Notificación por edicto.** Si no se pudiese hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.”

**“Art. 47.- Información sobre recursos.** En el texto de toda notificación o publicación, se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben imponerse, y los plazos para hacerlo.”

**“Art. 48.- Falta o irregularidad de las notificaciones.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

“Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.”

**“Art. 50.- Recursos en la vía gubernativa.** Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. el de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.
2. El de Apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito. (…)”

**“Artículo 64.-** *Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.* Salvo norma expresa en contrario, los actos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

## ANTECEDENTES DEL PRESENTE CASO

La señora NIDIA ERIKA BAUTISTA MONTAÑÉZ DE ARELLANA fue víctima de desaparición forzada a partir del 25 de septiembre de 1987. Su cadáver fue exhumado y posteriormente identificado el 26 de julio de 1990.

Las autoridades penales adelantaron las investigaciones y procedimientos del caso y en el expediente (folios 177 a 279) hay constancia de que el señor demandante fue absuelto dentro del respectivo proceso penal mediante providencias del 20 de enero de 2004 y 13 de febrero de 2006 que declararon y confirmaron la preclusión de la investigación penal que se adelantaba contra Alvaro Hernán Velandía Hurtado, quedando desvinculado penalmente de los hechos relativos a la desaparición y posterior muerte de NIDIA ERIKA BAUTISTA MONTAÑÉZ DE ARELLANA por decisión judicial de la Fiscalía General de la Nación.

En el campo disciplinario, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, inició indagaciones sobre estos hechos, las cuales terminaron archivándose mediante providencia 2161 del 2 de septiembre de 1992. El 1º de Febrero de 1994 la misma Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, desarchivó las diligencias anteriores y remitió el expediente a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos. El 3 de marzo de 1994 esta delegada informó a Alvaro Velandía Hurtado de la reapertura de investigación formal en su contra.

El 5 de julio de 1995 el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, expidió la Resolución número 13 sancionando al disciplinado Alvaro Hernán Velandía Hurtado con pena de destitución, acto administrativo que le fue notificado personalmente el 6 de julio de 1995. Oportunamente y dentro del término de ejecutoria, el disciplinado interpuso recurso de reposición contra esta decisión, el cual fue desatado mediante Resolución No. 16 del 19 de Julio de 1995, que fue notificada mediante por edicto desfijado el 25 de agosto de 1995.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, la sanción disciplinaria contra el señor Velandía Hurtado prescribía el 26 de Julio de 1995, cinco años después de ocurrida la infracción disciplinaria imputada.

487

La sentencia impugnada en tutela, consideró sobre el tema de la prescripción de la acción disciplinaria lo siguiente:

"(...) la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve el fondo del proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En el se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

"Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior, cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que este incluye la actuación sino permitir a la administración que este sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente proceden contra el acto.

"La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado por la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuesta para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

"Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

"En este orden de ideas, en el *sub examine* es evidente que el fallo suplicado interpretó en forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, porque otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa.

"(...) El cómputo del plazo de los 5 años para imponer la sanción se inicia a partir del 26 de julio de 1990. Día éste en que se encontró e identificó el cadáver de la desaparecida, el término que fenecía, entonces el 26 de julio de 1995.

"En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir mas allá de lo que el legislador quiso al consagrar el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 modificado por el artículo 13 de la Ley 13 de 1984. La decisión sobre los recursos que se interpongan contra el acto sancionatorio primigenio corresponde ya no a la actuación administrativa propiamente dicha sino a la definición sobre el agotamiento de la vía gubernativa.

"En el caso *sub examine*, el día 5 de julio de 1995, el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos profirió la Resolución No. 13, que como conclusión de la actuación administrativa disciplinaria, impuso sanción de destitución al Brigadier General del Ejército Nacional señor Hernán Velandía Hurtado. Este acto administrativo sancionatorio le fue notificado personalmente el 6 de julio de 1995 y luego, vía definición del recurso de reposición, confirmado por Resolución No. 16 del 19 de julio de 1995, acto igualmente proferido dentro del término de los 5 años. La notificación de esta última providencia se produjo mediante edicto desfijado el 18 de agosto de 1995. Surge de manera incontestable entonces que el acto que realmente impuso la sanción, el que concluyó la actuación administrativa, la resolución 13 del 5 de julio de 1995, proferida por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, se dictó y se notificó dentro del término de 5 años fijado por la ley. Tal situación es razón suficiente que impone considerar ejercida oportunamente la potestad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación."

Como consecuencia de estas reflexiones, infirmó la sentencia sometida a recurso de súplica (del 23 de mayo de 2002 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de estado) y confirmó el fallo de primera instancia denegando las pretensiones de la demanda que había presentado el señor Velandía Hurtado.

## **PARA RESOLVER SE CONSIDERA**

### **Régimen Legal Aplicable y competencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.**

Dadas las imputaciones de la demanda, analizaremos en primer término las consideraciones sobre el régimen legal aplicable a los hechos que han

generado el presente asunto y la competencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

El artículo 22 de la Ley 4ª de 1990 dispuso que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos tendrá entre otras las siguientes funciones:

“b) Adelantar y decidir en única instancia, la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas, y desapariciones de personas, en que incurran en ejercicio de sus funciones los miembros del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional los funcionarios o personas de los organismos adscritos o vinculados a esas instituciones y los demás funcionarios y empleados”.

Con base en la norma transcrita, el fallo sometido a la acción constitucional trae entre otras, las siguientes consideraciones:

“La Ley 4ª del 5 de enero de 1990 reorganizó la estructura orgánica de la Procuraduría General de la nación y asignó funciones a sus dependencias. Le otorgó a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos la competencias para adelantar y decidir la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas y desapariciones de personas, en que incurran en ejercicio de sus funciones los miembros del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, los funcionarios o personal de los organismos adscritos o vinculados a esas instituciones y los demás empleados y funcionarios públicos (art. 22 literal b), investigación a llevarse a cabo regida por la regulación disciplinaria ordinaria o general, y no por la especial dispuesta para las Fuerzas Militares. Esto, en consideración a la naturaleza y entidad de la conducta atribuida, calificada como de *lesa humanidad*.”

Como soporte jurisprudencial de este planteamiento, invocó la sentencia C-017 de 1996 de la H Corte Constitucional con ponencia del Dr. Martínez Caballero, mediante la cual declaró la exequibilidad del literal b) del artículo 22 de la Ley 4 de 1995, que en lo pertinente dice:

“En efecto, la Corte Considera que la norma regula una distribución funcional de competencias, con base en al materialidad de la falta disciplinaria, en vez de tomar en cuenta el tipo de servidor público. Esto en manera alguna vulnera la Carta, puesto que, como se ha reiterado, los miembros de la Fuerza Pública no tienen ningún fuero disciplinario, y la ley puede regular la distribución de competencias de las investigaciones disciplinarias con base en múltiples criterios,

como la naturaleza y la gravedad de la falta, el tipo de servidor público, el lugar de ocurrencia del hecho, etc.”.

Las anteriores consideraciones y las adicionales que sobre el mismo punto pueden observarse en la providencia impugnada, son vistas suficientes por el juez de tutela para justificar la competencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos para conocer y fallar el presente caso, especialmente, cuando a la decisión sometida a recurso de tutela le correspondía aplicar la ley de acuerdo con los criterios de la Sala Plena. Y dado que estos criterios adoptados por la mencionada Sala en ejercicio de su razonable arbitrio judicial no pueden ser tachados como una vía de hecho, no cabe por este aspecto la prosperidad de la acción de tutela.

Observado el fallo impugnado en tutela, se tiene que su tesis sobre la aplicabilidad de la Ley 4 de 1990 al presente caso, no merece reproche alguno. Podrían caber dudas sobre el efecto de dicha ley en la competencia de los funcionarios al interior de la Procuraduría que traería la aplicación del artículo 62 de la ley 4 de 1990. Pero es que al entrar en vigencia dicha ley (enero 5 de 1990), no se había encontrado el cadáver de Nidia Erika Bautista, hecho este que implicó una inflexión o un nuevo punto de partida de la investigación disciplinaria, por lo que parece razonable pensar que si el hecho sancionable se materializó realmente el 26 de julio de 1990, no es viable dejar atada la competencia del investigador a las situaciones del 5 de enero de 1990 (día en que entró en vigencia la Ley 4ª), cuando no había realmente una orientación sobre los hechos reales a investigar. En este punto la sentencia sometida a tutela acogió una tesis que, si bien podría ser discutible, ella no puede ser censurada como una vía de hecho.

El juzgador goza del atributo de seleccionar cual de las posibles interpretaciones de la ley debe aplicarse al caso concreto. Este principio es claro y merece respetarse aún en acciones de tutela, y sólo acepta excepción cuando la sentencia impugnada incurre en una vía de hecho, al prohiar una tesis manifiestamente contraria al ordenamiento legal positivo y a la lógica que debe presidir las relaciones jurídicas que permita calificarla como vía de hecho, situación que no se aprecia en este punto concreto de la sentencia sometida al control del juez de tutela.

En los anteriores argumentos del fallo impugnado sobre estos temas no se aprecia la presencia de una vía de hecho, sino el ejercicio normal de las atribuciones del juez extraordinario, por lo que el juez de tutela deberá mantenerlos incólumes.

### **La prescripción de la acción disciplinaria**

En este punto, el eje de la sentencia sometida al recurso de amparo es el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, que dispone:

Artículo 6.- Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de falta, término dentro del cual deberá igualmente **imponerse** la sanción. (El destacado no aparece en el texto original)

De acuerdo con esta norma, en cinco años a partir del último hecho constitutivo de falta, debe "imponerse" la sanción disciplinaria, so pena de que esta prescriba. Por lo tanto es menester determinar cuando queda "**impuesta**" la sanción disciplinaria para ubicar el momento de ocurrencia de la prescripción.

El artículo 12 la Ley 25 de 1974 reformado por el artículo 6 de la Ley 13 de 1984 transcrito, sólo podría aplicarse en armonía con la normatividad propia de los procedimientos administrativos consagrados en el Código Contencioso Administrativo. Las sanciones disciplinarias, dada su condición de actos administrativos, no pueden soslayar estas disposiciones y ni los instrumentos de defensa del ciudadano allí establecidos, debiendo aplicarse dentro del ambiente normativo creado por dichas disposiciones del código mencionado. Por tanto, las normas sobre ejecutoria, recursos, notificaciones etc., son de ineludible aplicación y respeto para la efectividad de los actos administrativos proferidos dentro del proceso disciplinario. Y su desconocimiento puede constituir violación del derecho constitucional fundamental del debido proceso.

Dando aplicación a las normas mencionadas y atrás transcritas (Arts. 44, 45, 47, 48, 50 y 64 del CCA), con la expedición y notificación del denominado "acto principal" o "primigenio", no queda **IMPUESTA** la sanción disciplinaria. Porque en este momento el ciudadano aún no está afectado por ella, pues falta la ocurrencia de algunos hechos procesales administrativos de obligatorio trámite para que la sanción quede realmente **impuesta**. Hechos procesales que no pueden pretermitirse, ni obviarse, sin menoscabo del derecho fundamental al debido proceso del disciplinado. Y tales hechos se contraen al transcurso del término de ejecutoria sin la interposición de recursos, o la tramitación, solución y notificación del recurso interpuesto por el afectado.

El artículo 51 del CCA en lo pertinente dice:

"De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación según el caso. (...)

"Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme."

Frente a esta norma, es claro que con la sola notificación del acto "primigenio" o "principal" **la sanción aún no es firme ni quedó "impuesta"**, pues no ha transcurrido el término de ejecutoria, amén de que cabe la interposición de recursos. Por eso, en el caso de autos, en el momento procesal de la simple notificación del acto "primigenio", no podría el nominador obedecerlo decretando la destitución del disciplinado, por estar el acto sancionatorio en proceso de ejecutoria; en proceso de adquirir obligatoriedad; en proceso de ser realmente y legalmente una sanción. En estas condiciones, consideramos que la sentencia impugnada incurrió grave y evidente desacierto y vía de hecho al afirmar:

"(...) la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve el fondo del proceso disciplinario (...)

"Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior, cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que este incluye la actuación sino permitir a la administración que este sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente proceden contra el acto."

La sola notificación del acto administrativo primigenio o principal, no otorga a éste ejecutoria y firmeza, la cual, por mandato del inciso 4 del artículo 51 del CCA, solo podrá alcanzarse por la no interposición de "los recursos procedentes", luego de la notificación de los actos administrativos que resuelvan los recursos interpuestos. Antes de la ejecutoria no se ha **impuesto** la sanción, y por ende, cabe la prescripción. Para que la sanción declarada en el acto primigenio quede legalmente **impuesta**, debe alcanzar su ejecutoria luego de cumplir los ritos y formalismos legalmente obligatorios para los procedimientos administrativos; por lo que la decisión administrativa sólo queda impuesta por efecto de haber adquirido obligatoriedad y firmeza. Antes de cumplir estos formalismos, no es obligatoria, y por ende la sanción no está impuesta.

La tesis prolijada por la sentencia sometida a recurso de tutela, infringe frontalmente los artículos 50 y 51 del CCA, al declarar que la sanción queda "**impuesta**" en el momento de la notificación del acto administrativo principal; pues pretermite que es a partir de tal momento cuando se "inicia" el plazo de ejecutoria, dentro del cual cabe la interposición de los recursos de ley. Entonces, en el momento de la notificación del "**acto primigenio**" de sanción, este se encuentra afectado por evidente precariedad y no es ni obligatorio, ni está en firme, ni

493

ejecutoriado, ni es oponible, ni **imponible** al disciplinado, por estar *sub júdice*. En el momento de notificarse de la sanción "primigenia" al disciplinado, esta no le ha quedado todavía **impuesta**, por lo que este instante no puede tomarse como extremo determinante de la exclusión de la prescripción de la acción disciplinaria.

Si se tuviese como **impuesta** la sanción decretada en el acto primigenio desde el momento de su notificación, se estarían dejando sin efecto las normas legales que hacen obligatorio el transcurso del término de ejecutoria y las que consagran los recursos contra los actos administrativos iniciales, antes mencionadas.

Pretender **imponer** este acto primigenio al disciplinado aún antes de su ejecutoria, constituye vía de hecho que conculca su derecho al debido proceso, al desconocer su precariedad e inoponibilidad debida a su condición de recurrible. Vía de hecho que se hace mas evidente al observar que en el presente caso, el afectado interpuso recurso de reposición contra el acto primigenio, y que la decisión que lo desató, quedó notificada muchos días después del 26 de julio de 1995, fecha de prescripción de la acción. Y mientras tal recurso no estuvo resuelto y legalmente notificada su solución, no podía quedar "**impuesta**" la sanción disciplinaria. Afirmar lo contrario, es violentar las normas mencionadas de la vía gubernativa y afectar el derecho al debido proceso del disciplinado, muy especialmente por el mandato de los artículos 50 y 51 del CCA, según los cuales, sin la notificación formalmente realizada, no "producirá efectos legales la decisión".

Es que al proferirse la decisión "primigenia" se desata una secuencia procedimental gubernativa de obligatorio cumplimiento, necesaria para que los actos administrativos puedan alcanzar el estado de ejecutoria y la condición de obligatorios. Antes de que tal proceso se surta, las decisiones de fondo carecen de obligatoriedad, y solo obligan aquellas determinaciones procesales que tienden a que se cumplan los trámites gubernativos desatados por el propio acto. En este estado de precariedad, el contenido o fondo del acto primigenio no obliga; pero el trámite gubernativo que genera su expedición, debe surtirse inexorablemente.

La primera acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, (Edición de 1970, página 733), de la palabra **imponer**, es "poner carga, obligación u otra cosa".

Lo anterior, significa para que solamente se **impone** algo, cuando ese algo queda "puesto", es decir, fijado, colocado o fijo; cuando ese algo que se **impone**, adquiere la naturaleza de obligación. Y en el caso de autos la

sanción no quedó impuesta, ni puesta, ni fijada, ni se hizo obligatoria con la sola notificación del acto primigenio.

Según el artículo 6 de la ley 13 de 1984, para que no ocurra la prescripción de la acción disciplinaria, la sanción deberá "imponerse" antes del vencimiento de los cinco años previstos en dicho precepto.

Para que se interrumpa la prescripción, la voz "imponerse" usada en la norma, exige, valga la redundancia, que su imposición sea ya un hecho consolidado y no se trate de un simple proyecto de sanción; es decir, que esté perfeccionada, consolidada o "en acto" según la terminología aristotélica. Lo anterior, porque de acuerdo con el sentido natural y obvio de la palabra "imponer" según el diccionario de la Real Academia Española y el mandato del artículo 6º de la Ley 13 de 1984, para que no opere la prescripción, se requiere que la sanción quede "puesta" y adquiera la naturaleza de "obligación". No basta que sea un proyecto de sanción, o una posibilidad de llegar a ser sanción, o una probable sanción "en potencia". Y en el momento de notificarse la sanción declarada en la decisión primigenia y recurrible, ella no es todavía una "obligación", ni una "carga", ni está "puesta", ni fijada, ni está impuesta, ni es imponible, **por estar simplemente en potencia**. Y para alcanzar el estado o la condición de sanción "impuesta" que exige el artículo 6º mencionado para que no se presente la prescripción, necesita la ocurrencia del fenómeno jurídico de la ejecutoria. Y mientras esta no acaezca, la sanción todavía no queda "impuesta", y por lo tanto opera la prescripción de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 13 de 1984.

Obsérvese que el término de ejecutoria fijado por la ley debe transcurrir en su totalidad sin que se interpongan recursos, antes de que el acto primigenio sancionatorio pueda tenerse por "impuesto" al disciplinado. El lapso de ejecutoria del acto sancionatorio primigenio recurrible, debe correr por imperioso e ineludible mandato de ley, y antes de su vencimiento, la sanción no está todavía "impuesta", sino "en proceso de imposición", y por lo tanto opera la prescripción. Y en el puntual respeto a las oportunidades de defensa que la ley otorga al administrado dentro de LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS regulados por el Libro Primero del CCA, está cifrada la efectividad del derecho al debido proceso ante la administración pública.

Por lo que la sentencia sometida a la presente revisión constitucional incurrió en clara vía de hecho por defecto procedimental, al pretender que la sanción estaba "impuesta" antes ocurrir el fenómeno de la ejecutoria. Con lo que violó el derecho a la prescripción de la acción disciplinaria que tiene el investigado, y de contera su derecho fundamental al debido proceso.

El artículo 64 del CCA dispone:

**“Artículo 64.-** *Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.* Salvo norma expresa en contrario, los actos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

La declaración del fallo examinado en el sentido de que, al momento de la notificación del acto primigenio sancionatorio y recurrible queda enervada la prescripción disciplinaria, es contraria a los mandatos de la norma transcrita, pues pretende conferir efectos al acto primigenio, contra la voluntad del interesado, aun antes de su ejecutoria.

Esta postura del fallo examinado incurre en defecto procedimental generador de vía de hecho que desconoce el derecho fundamental del debido proceso al demandante.

Sobre la necesidad de que la prescripción se interrumpa con una decisión ejecutoriada, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-556/01:

“Más allá de los elementos de certeza jurídica y cosa juzgada que están claramente involucrados, como ya se anotó, resulta esencial aclarar finalmente el alcance de la presunción de inocencia en estas circunstancias.

“Al respecto la Corte indica que la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria no contradice ni desconoce la presunción de inocencia, prevista en el artículo 29 de la Carta Política.

“En efecto, sólo una decisión condenatoria puede desvirtuar esa presunción, y por ello en materia disciplinaria no se podrá endilgar al investigado una responsabilidad que no haya sido declarada legalmente.

“El artículo 8 de la ley 200 de 1995 indica al respecto claramente que solo un fallo ejecutoriado puede contradecir la presunción de inocencia, que se impone durante todo el proceso disciplinario en sus diferentes fases, como sustento además del reconocimiento de la dignidad humana (art. 7 de la ley 200/95), el principio de legalidad (art. 4 de la ley 200/95) y el debido proceso garantizado en la ley”. (El subrayado no es del texto transcrito)

Y en estas condiciones, no parece aceptable que la simple notificación de la decisión primigenia recurrible y en vías de probable ejecutoria, pueda tener la consecuencia jurídica de desvirtuar la presunción de inocencia del disciplinado y con ello, de interrumpir la prescripción.

Recordemos que por mandato del artículo 6º de la Ley 13 de 1984, la prescripción de la sanción disciplinaria se produce al cumplirse los cinco años de producida la falta investigada, a menos que antes de este término se imponga sanción al disciplinado; y ésta sólo puede tenerse como impuesta, y con efecto de desvirtuar la presunción de inocencia, cuando ha quedado ejecutoriada.

Pretender tener por desvirtuada la presunción de inocencia antes de ejecutoriada la sanción disciplinaria, equivale a desconocer el debido proceso del disciplinado e incurrir en defecto procedimental.

Con la notificación del acto primigenio, no se interrumpió la prescripción, pues esta sólo queda enervada con la **imposición** de la sanción al tenor del artículo 6º de la Ley 13 de 1984.

El planteamiento contenido en los párrafos últimamente transcritos de la sentencia bajo acción de tutela, afrenta el principio de contradicción (o de no contradicción), eje de la lógica formal racional, según el cual, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. No puede afirmarse que la sanción disciplinaria queda **IMPUESTA** al momento de la expedición y notificación del "acto primigenio", y simultáneamente que está **SUB JÚDICE, SIN IMPONER, O EN PROCESO DE IMPOSICIÓN** por estar sometida al transcurso de un término de ejecutoria y a la eventualidad de la interposición de recursos que deberán ser resueltos, y posteriormente notificada esta resolución. No puede aceptarse que en el momento de la notificación de la sanción "primigenia", ésta quede ya **impuesta** al disciplinado (como lo exige el artículo 6 de la Ley 13 de 1984 para que no opere la prescripción), pero al mismo tiempo **no esté impuesta**, por estar *sub júdice*, pendiente su ejecutoria y de la eventual interposición de los recursos de ley. En este momento: o la sanción está impuesta, o no lo está. Pero no puede afirmarse sin transgredir la lógica formal, que en ese mismo instante, la sanción esté impuesta y no impuesta. Si la sanción estuviese impuesta, sería plenamente aplicable para todos los efectos legales; pero si no lo está, no podría aplicarse para ningún efecto.

No es coherente que la sanción quede "**impuesta**" con la notificación de la **decisión principal o primigenia**, pero que simultáneamente el proceso disciplinario continúe *sub júdice* y tramitándose, precisamente para definir si finalmente se **impone** o no la dicha sanción disciplinaria.

Y ante esta disyuntiva, y con base en lo anterior, se concluye que la sanción disciplinaria no queda impuesta al momento de la notificación primigenia. Luego ese momento no es jurídicamente relevante para interrumpir la prescripción.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, al momento de realizarse la notificación de la decisión "primigenia", se inicia el transcurso del término para su ejecutoria y se abre para el disciplinado la opción de recurrirla, con lo que abriría el debate contra la misma. Luego debe concluirse que en el momento de la notificación, la sanción disciplinaria está todavía en proceso de imposición, y por ende, **no está impuesta**. Y al cumplirse los cinco años mencionados sin estar **impuesta** la sanción, cabe la prescripción por aplicación del artículo 6º de la Ley 13 de 1984 que claramente dispone:

Artículo 6.- Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de falta, término dentro del cual deberá **imponerse** la sanción. (El destacado no aparece en el texto original)

De aceptarse la tesis de la sentencia sometida a tutela, luego de notificado el acto "primigenio" y de recurrido este, la entidad sancionadora quedaría con los términos abiertos indefinidamente para resolver de fondo su imputación contra el disciplinado, lo cual es violatorio del debido proceso e inaceptable dentro de nuestro derecho administrativo. De acogerse dicha tesis, habría que concluir que en el momento de la notificación de la decisión "primigenia" habría terminado el proceso disciplinario, pues ¿para qué proseguirlo cuando la sanción ya está "**impuesta**"?

Pero la normatividad comentada impone concluir que en ese momento el proceso disciplinario no ha terminado.

Pretender que se ha sido **IMPUESTA** la sanción disciplinaria con la sola notificación del acto primigenio, sin el cumplimiento de los términos, trámites y garantías procesales del CCA, constituye una evidente **vía de hecho** que no puede ser prohijada por el juez de tutela, pues con ella se viola el derecho constitucional fundamental del debido proceso de quien tiene derecho a recurrir el acto notificado y a que no se le aplique en ese momento, por estar *sub júdice*.

La tesis de la sentencia tutelada incurre en vía de hecho al quebrantar el principio de contradicción (o de no contradicción) cuando afirma que en el momento de la notificación la sanción quedó impuesta, pero simultáneamente reconoce que no lo está, por efecto de hallarse pendiente la ejecutoria del acto notificado y la solución y notificación de los eventuales recursos contra este.

Sobre este mismo tema la H Corte Constitucional ha dicho lo siguiente en sentencia C-244 de 30 de mayo de 1996, magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, cuyo contenido fue ratificado en sentencia C-556/01 del 31 de mayo de 2001 :

“La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud de cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción, o cesa el derecho del estado a imponer una sanción.

“Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, se decir, que una vez cumplido dicho lapso sin que se haya dictado y ***ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria***, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiario de la prescripción.

“El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues ***no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación***. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que esta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “la defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos ... Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

“Es que si el estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo -5 años-.

“(…)

“Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales - criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.” (Los subrayados destacados y negrillas no son del texto transcrito)

Por su parte, la sentencia del 11 de marzo de 1999 de la Sección Segunda, expediente 14394-1794/98, Actora Sandra maría del Pilar Urazán, M.P. Dr.

499

Orjuela Góngora, refiriéndose al tema de la prescripción que nos ocupa, afirmó:

"(...) pero a juicio de la Sala la norma debe entenderse en el sentido de que no solamente es necesario proferir la sanción dentro del término de los 5 años de que trata la Ley 13 de 1984, si no que era indispensable la notificación de tal providencia dentro de ese mismo término, a fin de que produjera los efectos legales pertinentes.

Si dentro del término de los 5 años no se notifica la providencia, quiere decir que la acción prescribió. En estas condiciones asiste razón a la demandante cuando afirma que la acción en el *sub lite* se encontraba prescrita puesto que se notificó por edicto el 4 de octubre de 1995 y quedó ejecutoriada el 13 del mismo mes y año.

En efecto, aunque la Procuraduría expidió una providencia que sancionó en primera instancia, es incuestionable que el recurso interpuesto por la actora dejó *sub judice* el acto en comento, por manera que no podía surtir efectos jurídicos sino cuando se pronunciara el superior. Y en el evento de autos, aunque éste expidió una providencia para resolver el recurso, es lo cierto que su decisión solamente vino a notificarse el 4 de octubre de 1995 y quedó ejecutoriada el 13 de los mismos mes y año, es decir, cuando ya el término de prescripción había operado y por ende la administración había perdido competencia para sancionar.

Para la Sala constituye verdad irrefragable que el respeto al debido proceso y al derecho de defensa implican, en lo que toca con la acción disciplinaria, que tanto la providencia que impone de manera definitiva la sanción, como su conocimiento por parte del afectado, esto es, la notificación del acto, se produzcan dentro del plazo señalado por la ley. Si la providencia se dicta por fuera de ese término o aunque se pronuncie dentro del mismo se notifica en fecha posterior a su vencimiento, es incuestionable que opera el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria."

No puede declararse **impuesta** la sanción disciplinaria (y por ende terminado el proceso disciplinario), antes de que éste realmente concluya con la plenitud de las formalidades legalmente establecidas para su trámite. Pretender lo contrario equivale irrespetar el debido proceso por **defecto procedimental**, al ampliar en la práctica el término legal de la prescripción de la acción disciplinaria. Es además prohiar la aplicación de un acto en momentos en que es ineficaz.

Tan ciertas son las anteriores afirmaciones que la práctica disciplinaria las ratifica, pues al momento de notificarse la decisión disciplinaria sancionatoria primigenia recurrible, todas las autoridades saben que esta no es aplicable. En efecto: en ese hiato procesal, ni la autoridad disciplinaria oficia al nominador para que haga efectiva la sanción en vías de imposición, ni el nominador la hace efectiva. Esto, porque por mandato de las normas del CCA atrás transcritas, la sanción no está todavía **impuesta**, sino en proceso de probable y eventual imposición.

## OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA RELATIVOS AL MISMO ASUNTO

La sentencia sometida a tutela también sostuvo:

“Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se “impone” la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.”

Con respecto a la primera parte del párrafo, ya se dijo que la sanción disciplinaria no puede considerarse impuesta antes del agotamiento de los trámites de la vía gubernativa, so pena de violar el debido proceso y el principio de contradicción (de no contradicción).

Con respecto a su parte final, se observa que el CCA ha dejado expresamente en manos del administrado y a su arbitrio, ciertas opciones de actuación frente al acto primigenio. Y la evolución de esta etapa del proceso disciplinario (o de cualquier otro procedimiento administrativo sometido al CCA), por mandato legal, depende de la conducta activa o pasiva del disciplinado o administrado, quien a su arbitrio, podrá interponer o no los recursos de ley, y realizar o no la notificación personal, de lo que dependerá si se tramita o no el recurso y si se efectúa o no la notificación por edicto. Circunstancia que no puede ser vista como negativa, nociva o indeseable por el juez constitucional, pues se trata de oportunidades de defensa que el ordenamiento legal abiertamente dio a los administrados, que por ende no pueden ser peyorativamente valoradas por el juez administrativo o constitucional, pues con ello disminuirían los derechos procesales que la ley otorgó a las personas.

Entender el ejercicio de estos derechos legalmente establecidos (de interposición de recurso de reposición y no realización de la notificación personal), como una especie de maniobra que justifica adelantar el momento en el que según la ley debe considerarse “impuesta” la sanción disciplinaria, es una vía de hecho que viola el derecho al debido proceso del disciplinado. Interponer un recurso legalmente previsto y no acudir a la notificación personal, no es algo que merezca censura, pues la misma ley administrativa ha otorgado el derecho a recurrir y ha previsto que cuando esta forma de notificación no ocurre en el término de cinco días, procede notificar por edicto.

501

Más preocupante podrían resultar los paréntesis y demoras en que incurren las entidades estatales y que finalmente llevan a la prescripción de la acción disciplinaria. De haberse adelantado la investigación disciplinaria con mayor celeridad, el término de decisión del recurso y el de notificación por edicto habrían sido inanes para efectos de la prescripción.

Asimismo, la sentencia tutelada afirmó:

“La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado por la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuesta para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.”

El hecho de que la “vía gubernativa” sea diferente de la “actuación administrativa”, carece de consecuencias para el presente caso, pues ambas son etapas que se integran dentro de “los procedimientos administrativos” regulados por el Libro Primero del CCA, por lo que sus regulaciones son aplicables al presente caso.

Todo lo anterior lleva a concluir que los **defectos procedimentales** de la sentencia sometida a cuestionamiento en la presente acción de amparo, configuran vía de hecho suficiente para declarar la prosperidad de la demanda de tutela y para disponer que sea revocada la sentencia del 29 de septiembre de 2009 de la Sala Plena del Consejo de Estado (ver providencia T-381 de la Corte Constitucional ya citada).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Sala de Conjueces, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

PRIMERO. TUTÉLANSE los derechos fundamentales al actor Alvaro Velandia Hurtado de acuerdo con las anteriores consideraciones.

SEGUNDO. REVÓCASE la sentencia del 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que resolvió varios recursos extraordinarios de súplica dentro del expediente radicado bajo el número 110010315000200300442 01, actor: Alvaro Hernán Velandia Hurtado.

TERCERO. DECLÁRASE que queda en firme la sentencia de la Sección Segunda Subsección B proferida el 23 de mayo de 2002, Expediente: 17112, Actor: Alvaro Hernán Velandia Hurtado.

CUARTO. NOTIFÍQUESE en legal forma a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991.

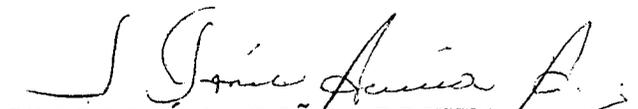
QUINTO. En caso de no ser impugnada la presente providencia, REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este proveído.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

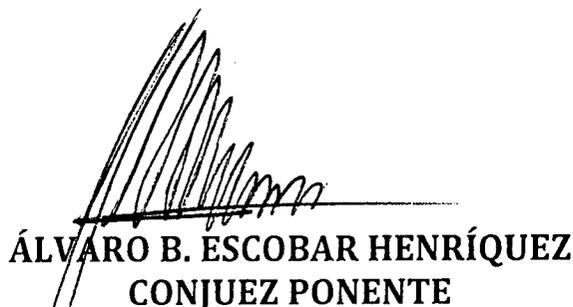


MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ  
CONJUEZ

*con SALVAMENTO de  
VOTO*



JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA  
CONJUEZ

  
ÁLVARO B. ESCOBAR HENRÍQUEZ  
CONJUEZ PONENTE