

SENTENCIA POR IMPORTANCIA JURÍDICA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia

Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) cuando se alegue una irregularidad procesal, la misma debe ser decisiva en la sentencia que se impugna y afectar derechos fundamentales; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela. (...) Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión judicial cuestionada, los cuales se resumen así: a) Defecto orgánico, cuando hay carencia absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, cuando el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio que obra en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, a contrapelo de ellas o que exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño que incide en decisión judicial que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación alguna; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales ver entre otras, sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-814 de 1999, T-1009 de 2000, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-074 de 2012, T- 509 de 2013, T- 254 de 2014, T- 941 de 2014 y T-059 de 2015, Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n. ° 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ver Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2007

PERJUICIO IRREMEDIABLE – Características

[L]a Corte Constitucional ha iterado que para que se considere la configuración del perjuicio irremediable debe cumplirse con las siguientes características: (i) Debe ser inminente, (ii) debe requerir medidas urgentes para ser conjurado, (iii) tiene que ser grave y (iv) sólo puede evitarse con la implementación de medidas impostergables

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86

RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN – Cuando se trata de proceso de pérdida de investidura de concejales, diputados y ediles

[L]a Sección Primera del Consejo de Estado, al interpretar la Ley 136 de 1994, ha tenido disímiles posiciones sobre la procedencia del recurso especial de revisión, cuando se trata del juicio de pérdida de investidura de concejales, diputados y ediles. En efecto, la referida Sección sostenía que el citado recurso solo procedía en contra de las sentencias proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos y por tanto, en el asunto de la referencia no era aplicable el artículo 17 de la Ley 144, que regula el recurso extraordinario especial de revisión. (...) En resumen, la acción de tutela instaurada por el señor William Villamizar Laguado cumple con los requisitos generales fijados para la procedencia de aquella en contra de la sentencia del 28 de julio de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por cuanto al no existir un recurso idóneo y al tratarse de proteger el principio democrático expresado en una elección por voto popular, es necesario activar el amparo constitucional inmediato, con lo cual se evita un perjuicio irremediable

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 / LEY 144 DE 1994

DEBIDO PROCESO – Por violación directa de la Constitución

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado advierte (...) que la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera de esta corporación judicial que decretó la pérdida de investidura del concejal Villamizar Laguado, quebrantó el derecho fundamental al debido proceso por violación directa de la Constitución Política. Ello se explica por dos razones: 1) Aplicó en forma inadecuada el artículo 193 del Código General del Proceso en un juicio sancionatorio, lo cual resultó determinante en el decreto de la pérdida de investidura y, 2) violó el principio de culpabilidad al abstenerse de analizar debidamente el elemento cognitivo de la conducta que se considera reprochable, porque para la época de la aprobación del Acuerdo 0073 de 2002 no existía una posición pacífica sobre la competencia de los concejos municipales para crear o extender factores salariales que beneficiaran a los empleados del orden territorial

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 193 / ACUERDO 0073 DE 2002

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza / SANCIÓN EN PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Consecuencias jurídicas

[E]s un juicio de carácter sancionatorio que debe regirse por los principios orientadores, entre otros, por la presunción de inocencia, la buena fe, la favorabilidad, el *non bis in ídem*, la culpabilidad, legalidad o tipicidad, *pro homine*. (...) El juicio de pérdida de investidura puede culminar con la más

grave sanción al derecho de ser elegido, esto es, la imposibilidad de continuar desempeñando el cargo y la inhabilidad absoluta e intemporal para ocupar otro cargo de elección popular. Por ello, con mayor razón, el citado juicio debe guiarse por los principios del debido proceso de la naturaleza sancionatoria

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio pro homine ver entre otras sentencias: SU-515 de 2013 y C-207 de 2003. Posición reiterada posteriormente en la SU-424 de 2016

CONFESIÓN MEDIANTE APODERADO – Incompatible con proceso sancionatorio

En el caso bajo estudio se advierte que la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó rigurosamente el artículo 193 del Código General del Proceso, el cual admite la confesión mediante apoderado judicial, a pesar de que dicha norma no se ajusta, ni es compatible con un proceso sancionatorio. De allí que se concluya en esta tutela que no es plausible admitir en el juicio sancionatorio la confesión por medio de apoderado, debido que esta debe ser personal, asertiva, libre, espontánea, que produzca consecuencias jurídicas adversas concretas. (...) [L]a Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución porque la decisión de aplicar el artículo 193 del Código General de Proceso, implicó la falta de garantías para salvaguardar el derecho al debido proceso

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 193

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS – Presupuestos

[E]n los procesos de pérdida de investidura, en los que se alega la configuración de la causal de indebida destinación de dineros, debe demostrarse clara y fehacientemente que el acusado actuó con un interés dañino con el que pretendía obtener un beneficio para sí o para terceras personas al destinar los dineros públicos a objetos distintos a los autorizados o a materias innecesarias o propósitos no permitidos legalmente, o actuó sin la debida diligencia exigida para el cargo que desempeñaba y por ello se presentó una indebida destinación de dineros públicos

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 312 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 55 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

Referencia: IMPORTANCIA JURÍDICA – ACCIÓN DE TUTELA

Temas: Tutela contra providencias judiciales del Consejo de Estado. Pérdida de Investidura. Aplicación indebida del artículo 193 del CGP en supuesta confesión del apoderado judicial, incompatible con la naturaleza sancionatoria del juicio de pérdida de investidura. Principio de la responsabilidad subjetiva. Adecuación típica de la causal destinación de dineros públicos.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide la impugnación presentada por la parte accionada en contra de la sentencia del 18 de enero de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta corporación judicial.
2. Al respecto, se aclara que el 11 de julio de 2017 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asumió el conocimiento de la presente acción de tutela por importancia jurídica y fines de unificación¹. En la Sala del 19 de junio de 2018 no se aprobó el proyecto presentado por el magistrado Milton Cháves García, por lo cual el expediente pasó al magistrado en turno, esto es, al magistrado Oswaldo Giraldo López. Sin embargo, el 12 de febrero de 2019 el proyecto tampoco fue aceptado y, en consecuencia, continuó en turno para presentar una nueva ponencia al Despacho del magistrado William Hernández Gómez.

DECISIONES JUDICIALES -PÉRDIDA DE INVESTIDURA-

3. El 31 de julio de 2015 el señor Hernán Alfonso Oviedo Lozano solicitó la pérdida de investidura del concejal William Villamizar Laguado, elegido para

¹ En las siguientes materias: 1. Procedencia de la acción de tutela, para estudiar providencias proferidas por el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, 2. Procedencia de la acción de tutela contra las sentencias de pérdida de investidura, 3. Poder del juez constitucional para estudiar de fondo asuntos que le competen, por disposición normativa, al juez natural, 4. Normativa procesal aplicable al trámite de acciones de tutela y 5. Alcance de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos —reconocimiento de factores salariales—.

el período constitucional 2001 a 2003, por la circunscripción territorial de Cúcuta, porque consideró que incurrió en la causal prevista en el ordinal 4.º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, indebida destinación de dineros públicos.

4. Para sustentar su posición, el solicitante afirmó que el concejal precitado votó favorablemente el proyecto del Acuerdo 0073 del 29 de octubre de 2002, por medio del cual se crearon unos factores salariales (bonificación por servicios prestados, prima de servicios) en beneficio de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del mencionado municipio, a pesar de que el concejo municipal carecía de competencia para fijarlos, lo cual conllevó a un detrimento patrimonial de la entidad territorial.

5. Una vez se agotó el trámite procesal, el 6 de octubre de 2015 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dictó sentencia de primera instancia, en la cual negó la solicitud de pérdida de investidura porque en su criterio no se demostró que la conducta del concejal cumpliera con las exigencias indicadas en la ley para la configuración de la causal invocada. Por lo anterior, el señor Oviedo Lozano interpuso recurso de apelación en contra de la decisión judicial mencionada.

6. En la segunda instancia, el 28 de julio de 2016, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y, en su lugar, decretó la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado. Fundamentó la decisión en que el concejal votó afirmativamente el proyecto del Acuerdo 0073 de 2002, hecho que fue reconocido expresamente por su apoderado judicial en el trámite de la pérdida de investidura. Por tanto, la Sección Primera concluyó que el voto favorable permitió o favoreció que se destinaran dineros públicos a objetos no autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento.

7. Posteriormente, el señor Villamizar Laguado solicitó aclaración de la sentencia frente al alcance de la decisión respecto del cargo que desempeñaba como gobernador del departamento de Norte de Santander. El 13 de octubre de 2016, la Sección Primera del Consejo de Estado negó la petición presentada porque no se presentaron conceptos que ofrecieran un verdadero motivo de duda.

ACCIÓN DE TUTELA

8. El 16 de noviembre de 2016, el señor William Villamizar Laguado presentó acción de tutela en contra de la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el trámite de la segunda instancia de la pérdida de investidura, porque consideró que dicha decisión vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la «no autoincriminación» y al derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para el efecto, sostuvo que la precitada autoridad judicial incurrió en desconocimiento del precedente judicial por cuanto analizó el caso a la luz de la responsabilidad objetiva, a pesar del pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-501 de 2015.

9. Adicionalmente, estimó que la mencionada Sección incurrió en violación directa de la Constitución Política y en defecto sustantivo porque, por una parte, aplicó el artículo 193 del Código General del Proceso con desconocimiento del derecho a la «no autoincriminación» contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, al tener por probado que participó y votó afirmativamente el proyecto del Acuerdo 0073 de 2002 y, por el otro lado, omitió examinar minuciosamente los motivos por los cuales consideraba que el Concejo no podía expedir el mencionado Acuerdo, máxime cuando el mismo no ha sido declarado nulo.

10. En consecuencia, el accionante solicitó dejar sin efectos la sentencia del 28 de julio 2016 y el correspondiente auto de aclaración de la misma, expedidos por la Sección Primera del Consejo de Estado. Por consiguiente, requirió dejar en firme el fallo del 6 de octubre de 2015 dictado por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, que negó la pérdida de investidura.

CONTESTACIONES A LA TUTELA

Sección Primera del Consejo de Estado (ff. 104-117 vto).

11. El magistrado ponente de la pérdida de investidura controvertida, expuso que el accionante no precisó los defectos que en su criterio se presentaron en la providencia. En relación con la alegada violación al principio de «no autoincriminación», indicó que en la sentencia se examinaron las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y con base en ello se analizó que en el caso concreto se cumplieron los lineamientos estipulados en el Código General del Proceso para la confesión.

12. Argumentó que el señor William Villamizar Laguado confesó a través de su apoderado judicial. Sostuvo que éste último estaba autorizado para confesar en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso, aplicable por remisión de la Ley 1437. Así, de forma libre y consciente

aceptó haber participado y votado afirmativamente el proyecto que dio lugar al Acuerdo 0073 de 2002. Por consiguiente, no se violó la garantía constitucional de «no autoincriminación».

13. Añadió que el señor Villamizar no alegó, dentro de la instancia procesal pertinente, que hubiera acudido al concepto de profesionales del derecho o de entidades públicas en los que hubiera considerado la viabilidad de expedir el Acuerdo. Así como tampoco acreditó otras circunstancias para excluir su culpabilidad, por lo cual fue evidente su actuar culposo. Concluyó que no se presentó defecto sustantivo ni violación del precedente judicial y, por ende, solicitó denegar la solicitud de amparo constitucional de la referencia.

Registraduría Nacional del Estado Civil (ff. 119-127).

14. Estimó que la Registraduría Nacional del Estado Civil carece de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no tiene competencia para analizar y pronunciarse sobre la pérdida de investidura de personas elegidas por voto popular. Asegura que no ha afectado o lesionado los derechos del accionante.

15. En todo caso, mencionó que el señor Villamizar Laguado no demostró la configuración de las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Al contrario, destacó que en el proceso se garantizó el derecho de defensa y la sentencia fue debidamente sustentada e hizo tránsito a cosa juzgada. Por último, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

16. El 18 de enero de 2017 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado amparó el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en los siguientes términos (ff.141-159 vto):

«[...] PRIMERO: TUTÉLASE el derecho al debido proceso del señor William Villamizar Laguado, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

***SEGUNDO: DÉJASE SIN EFECTOS** la sentencia de 28 de julio de 2016 proferida por el Consejo de Estado – Sección Primera dentro del proceso de pérdida de investidura instaurado por el señor Hernán Alfonso Oviedo Lozano contra el señor William Villamizar Laguado, en su lugar:*

TERCERO: ORDÉNASE al Consejo de Estado – Sección Primera que, en el término de 30 días contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a dictar una nueva sentencia teniendo en cuenta, para el efecto, las consideraciones expuestas en esta providencia [...]».

17. La sentencia de tutela de primera instancia se fundamentó en las siguientes razones: (i) Consideró que la pérdida de investidura de concejales se rige por la Ley 144 de 1994, aunque no regule la materia probatoria. Resaltó que las normas de remisión aplicables son aquellas compatibles con la naturaleza sancionadora de la pérdida de investidura. En ese sentido, indicó que las normas del Código General del Proceso no son armonizables con ese tipo de proceso, por lo cual lo procedente es aplicar el régimen probatorio del proceso disciplinario, el cual remite al Código de Procedimiento Penal. (ii) Explicó que la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, en su artículo 8.º regula que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni «auto incriminarse». Empero, es factible renunciar a ese derecho, siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En esa línea de ideas, coligió que en materia penal la confesión es válida, pero debe hacerla la persona implicada, ya que no existe norma que permita la confesión a través de otra persona. Por consiguiente, concluyó que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al aplicar indebidamente el precitado artículo, a pesar de que no es compatible con la naturaleza del proceso sancionatorio. (iii) No puede entenderse que el ahora accionante votó afirmativamente el proyecto del Acuerdo porque, incluso si se aceptara la confesión, lo cierto es que únicamente se afirmó que el concejal Villamizar participó y voto en la aprobación del Acuerdo, pero nada se dijo sobre el sentido de su voto. (iv) Consideró que la lectura del Acta del 22 de octubre de 2002, en la que se dejó constancia de las intervenciones realizadas en el Concejo Municipal sobre la aprobación en segundo debate del proyecto de Acuerdo, no permite inferir que el señor Villamizar Laguado u otro concejal haya votado favorablemente el proyecto. Por lo tanto, la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en defecto fáctico. (v) Por último, advirtió que el Acuerdo 0073 de 2002 goza de presunción de legalidad, puesto que a la fecha de la sentencia de tutela no había sido declarado nulo. De igual forma, aclaró que inclusive si se hubiera declarado su nulidad, lo cierto es que ello no implica el decreto de la pérdida de investidura, debido a que deben examinarse otros aspectos que permitan evidenciar la responsabilidad del acusado.

IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

18. El 17 de febrero de 2017 el magistrado ponente de la Sección Primera del Consejo de Estado impugnó la sentencia de tutela dictada en primera instancia. Los principales argumentos se resumen así:

- (i) La aplicación del artículo 193 del Código General del Proceso no constituye un defecto sustantivo.
- (ii) La Ley 144 de 1994 omitió regular el régimen probatorio aplicable.
- (iii) El régimen probatorio del proceso de pérdida de investidura está compuesto por las normas especiales previstas en la Ley 1437 de 2011 y en lo que no esté expresamente regulado, debe suplirse con las disposiciones del Código General del Proceso.
- (iv) El Consejo de Estado, en procesos de pérdida de investidura ha aplicado las disposiciones del Código General del Proceso en materia probatoria. Por consiguiente, la sentencia dictada siguió el precedente fijado por la Sala Plena de la corporación.
- (v) La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado no respetó los límites propios del juez de tutela y se convirtió en una instancia revisora de la actividad de la evaluación probatoria del juez ordinario, porque no tenía competencia para resolver un conflicto de interpretación del derecho legislado, lo cual corresponde al juez de la causa, que en este caso es la Sección Primera del Consejo de Estado.
- (vi) El juez de tutela de primera instancia tuvo presente que no existe en la Ley 1437 de 2011, ni en la normativa que regula el proceso de pérdida de investidura, un precepto que permita remitirse al régimen probatorio del Código de Procedimiento Penal. Así, como tampoco existe una línea jurisprudencial que permita llegar a esa conclusión.
- (vii) El apoderado del señor William Villamizar Laguado nunca cuestionó la escogencia del régimen probatorio que debía ser aplicado en el proceso de pérdida de investidura, sino que se limitó a alegar que debía darse prelación al artículo 33 de la Constitución Política frente al artículo 193 del Código General del Proceso.
- (viii) Estimó que aplicar el Código de Procedimiento Penal conllevaría a la desmembración del régimen probatorio en los procesos de pérdida de investidura.
- (ix) Expuso que resulta arbitrario pensar que el régimen probatorio del proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002 sea el más próximo a las acciones de tipo sancionatorio, cuando lo cierto es que la Ley 1437 de 2011 prevé un procedimiento de carácter sancionatorio (artículos 47-52), que en modo alguno se remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en materia probatoria.

- (x) En cuanto a la configuración del defecto fáctico, manifestó que el señor Villamizar Laguado aceptó el hecho consignado en la demanda consistente en que participó y votó la aprobación del cuestionado Acuerdo Municipal.
- (xi) Explicó que en la sentencia de pérdida de investidura se analizaron las disposiciones legales, específicamente, los artículos 150 y 313 de la Constitución Política y el artículo 12 de la Ley 4.^a de 1992, y la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo cual permitió concluir que los entes territoriales carecen de competencia para crear salarios y prestaciones.
- (xii) Aseguró que la Sección Primera también se refirió al argumento del Tribunal, consistente en que no existía una posición pacífica, ni siquiera en el Consejo de Estado, sobre el reconocimiento y pago de la «bonificación por servicios prestados» y la «prima de antigüedad». Sobre el particular, indicó que la Sección Primera individualizó decisiones judiciales adoptadas por la Sección Segunda, la Sección Primera y la Corte Constitucional.
- (xiii) En ningún momento se efectuó un control de legalidad del Acuerdo 0073 de 2002, porque el mismo está siendo realizado por la autoridad judicial competente. Agregó que al no haber sido declarado nulo aquel, la Sección no entiende las referencias a las sentencias del 22 de septiembre de 2016 y 1.º de diciembre de 2016 efectuadas por la Subsección B de la Sección Segunda, en las cuales la pérdida de investidura por la causal de indebida destinación de dineros públicos se efectuó en atención a la nulidad de los actos administrativos emitidos por el Concejo Municipal.

CONSIDERACIONES

Competencia

19. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer la presente acción de tutela, de conformidad con la providencia del 11 de julio de 2017, mediante la cual asumió el conocimiento de aquella, por importancia jurídica y fines de unificación.

Problemas Jurídicos:

20. Los problemas jurídicos en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La presente acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia para controvertir la sentencia del 28 de julio de 2016, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado?
2. ¿La Sección Primera del Consejo de Estado aplicó incorrectamente el artículo 193 del Código General del Proceso al decretar la pérdida de investidura del concejal William Villamizar Laguado y, por lo tanto, desconoció los principios que rigen el juicio sancionatorio?
3. ¿La precitada autoridad judicial omitió analizar debidamente la culpabilidad del concejal referido al decretar la pérdida de investidura?

21. Para resolver los problemas así planteado se abordará la siguiente temática: (I) Procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, especialmente cuando son expedidas por el Consejo de Estado, (II) Análisis del caso concreto: Requisitos generales y específicos de procedencia, violación directa de la Constitución. Veamos:

Procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

22. La postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y del Consejo de Estado³ ha sido la de admitir su procedencia excepcional de tutela contra providencias judiciales, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

23. La Corte Constitucional ha mostrado un desarrollo de la jurisprudencia que inició con la tesis de «la vía de hecho» fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

24. Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia del magistrado Jorge Octavio Ramírez, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

² Al respecto ver, entre otras, sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-814 de 1999, T-1009 de 2000, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-074 de 2012, T- 509 de 2013, T- 254 de 2014, T- 941 de 2014 y T-059 de 2015.

³ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n. ° 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

25. Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) cuando se alegue una irregularidad procesal, la misma debe ser decisiva en la sentencia que se impugna y afectar derechos fundamentales; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

26. Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión judicial cuestionada, los cuales se resumen así⁴: a) Defecto orgánico, cuando hay carencia absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, cuando el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio que obra en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, a contrapelo de ellas o que exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño que incide en decisión judicial que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación alguna; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

27. Ahora bien, el juez que conoce de tutela contra providencia judicial dictada por el Consejo de Estado, además de verificar el cumplimiento de todos los requisitos generales de procedencia y la configuración de al menos una causal específica de procedibilidad, debe comprobar que el defecto en el que se incurrió constituya una irregularidad que conlleve a contrariar abiertamente un derecho fundamental.

28. En conclusión: Con el estricto cumplimiento de los parámetros antes reseñados, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo reitera la procedencia de la acción de tutela contra de providencias judiciales, con la advertencia de que, prima facie, el juez de tutela no debe interferir en el estudio de fondo de la decisión que le compete al juez natural. Sólo podrá

⁴Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

hacerlo si el caso concreto amerita la salvaguarda de los derechos fundamentales que no fueron protegidos en la decisión judicial cuestionada.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Requisitos generales de procedibilidad en el presente asunto.

29. En concordancia con lo expuesto, se analizará si el asunto bajo examen reúne los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Se precisa que se hará énfasis en el requisito de subsidiariedad, por ser este el que ha suscitado controversia, puesto que las demás exigencias se consideran cumplidas.

Subsidiariedad.

30. La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ y la del Consejo de Estado ha sostenido que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando: (i) El accionante dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, (ii) el accionante acude directamente a la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición o, (iii) el proceso o asunto se encuentra en trámite.

31. Es pertinente advertir que existen algunas excepciones, así: En relación con el primero de los casos la acción de tutela resulta procedente cuando se demuestre que el accionante no utilizó los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en imposibilidad de hacerlo. Ahora, en cuanto a la excepción frente al segundo y tercero de los eventos, se configura cuando los otros mecanismos no resultan idóneos o eficaces para proteger el derecho fundamental presuntamente vulnerado, o no son expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

32. Para resolver el asunto, se enfatiza el perjuicio irremediable, porque en este caso no procede recurso efectivo y en consecuencia debe ampararse de manera inmediata el derecho fundamental al debido proceso, comoquiera que se protege el derecho a elegir y ser elegido. A propósito de ello, la Corte Constitucional ha iterado que para que se considere la configuración del perjuicio irremediable debe cumplirse con las siguientes características: (i)

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2007. «[...] En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación [...]»

Debe ser inminente, (ii) debe requerir medidas urgentes para ser conjurado, (iii) tiene que ser grave y (iv) sólo puede evitarse con la implementación de medidas impostergables⁶. Visto lo anterior, las principales razones que sustentan la decisión en esta tutela se fijan en los siguientes párrafos, así:

33. Es necesario destacar que en la tutela se cuestiona una sentencia dictada en segunda instancia, en un juicio de pérdida de investidura, por tanto, no procede recurso ordinario. Por ello, nos detenemos en el examen de la procedencia del recurso extraordinario especial de revisión cuando se trata de concejales (artículo 17 de la Ley 144 de 1994⁷).

34. Acerca de ello, se advierte que la Sección Primera del Consejo de Estado, al interpretar la Ley 136 de 1994, ha tenido disímiles posiciones sobre la procedencia del recurso especial de revisión, cuando se trata del juicio de pérdida de investidura de concejales, diputados y ediles. En efecto, la referida Sección sostenía que el citado recurso solo procedía en contra de las sentencias proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos⁸ y por tanto, en el asunto de la referencia no era aplicable el artículo 17 de la Ley 144, que regula el recurso extraordinario especial de revisión.

35. En resumen, la acción de tutela instaurada por el señor William Villamizar Laguado cumple con los requisitos generales fijados para la procedencia de aquella en contra de la sentencia del 28 de julio de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por cuanto al no existir un recurso idóneo y al tratarse de proteger el principio democrático expresado en una elección por voto popular, es necesario activar el amparo constitucional inmediato, con lo cual se evita un perjuicio irremediable. En consecuencia, se analizará si la sentencia cuestionada presenta algún defecto que habilite el amparo constitucional solicitado.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN CUESTIONADA

Amparo del derecho fundamental al debido proceso.

36. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado advierte desde ahora y con fundamento en los argumentos que se desarrollarán en adelante, que la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera de esta corporación judicial que decretó la pérdida de investidura del concejal Villamizar Laguado, quebrantó el derecho fundamental al debido proceso por violación directa de la Constitución

⁶ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional: T-225 de 1993, T-956 de 2013, T-106 de 2017 y T-052 de 2018.

⁷ Actualmente derogada por el artículo 24 de la Ley 1881 de 2018.

⁸ Al respecto ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Primera. Auto del 18 de enero de 2005. Rad. Núm: 1653. Sentencia del 14 de diciembre de 2004. Rad. Núm: 2002-02388-01. Corte Constitucional: Sentencias T-214 de 2010, T-935 de 2009, T-825 de 2007 y T-1285 de 2005.

Política. Ello se explica por dos razones: 1) Aplicó en forma inadecuada el artículo 193 del Código General del Proceso en un juicio sancionatorio, lo cual resultó determinante en el decreto de la pérdida de investidura y, 2) violó el principio de culpabilidad al abstenerse de analizar debidamente el elemento cognitivo de la conducta que se considera reprochable, porque para la época de la aprobación del Acuerdo 0073 de 2002 no existía una posición pacífica sobre la competencia de los concejos municipales para crear o extender factores salariales que beneficiaran a los empleados del orden territorial.

Aplicación inapropiada del artículo 193 del Código General del Proceso.

37. La acción pública de pérdida de investidura es un juicio sancionatorio que se adelanta en ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que implica una garantía a la democracia y de los derechos políticos, pues los ciudadanos pueden ejercer un control frente a quienes han elegido, cuando aquellos incurran en actuaciones o conductas que sean violatorias de la dignidad del cargo, por las causales previstas por la Constitución Política, si se trate de congresistas, o la ley, si se juzga concejales, diputados o ediles. En resumen, es un juicio de carácter sancionatorio que debe regirse por los principios orientadores, entre otros, por la presunción de inocencia, la buena fe, la favorabilidad, el *non bis in ídem*, la culpabilidad, legalidad o tipicidad, *pro homine*, etc.⁹.

38. El juicio de pérdida de investidura puede culminar con la más grave sanción al derecho de ser elegido, esto es, la imposibilidad de continuar desempeñando el cargo y la inhabilidad absoluta e intemporal para ocupar otro cargo de elección popular. Por ello, con mayor razón, el citado juicio debe guiarse por los principios del debido proceso de la naturaleza sancionatoria.

39. En el caso bajo estudio se advierte que la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó rigurosamente el artículo 193 del Código General del Proceso, el cual admite la confesión mediante apoderado judicial, a pesar de que dicha norma no se ajusta, ni es compatible con un proceso sancionatorio. De allí que se concluya en esta tutela que no es plausible admitir en el juicio sancionatorio la confesión por medio de apoderado, debido que esta debe ser personal, asertiva, libre, espontánea, que produzca consecuencias jurídicas adversas concretas¹⁰.

⁹ Ver entre otras sentencias: SU-515 de 2013 y C-207 de 2003. Posición reiterada posteriormente en la SU-424 de 2016.

¹⁰ BONNIER, Édouard. *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 1888. Pág. 309.

40. Ahora bien, la confesión no es suficiente cuando obra como prueba insular en litigios de la justicia ordinaria¹¹, y por supuesto, menos en un juicio sancionatorio, porque solo tendrá valor si el conjunto probatorio apunta en el mismo sentido de la confesión¹². Es decir, no es admisible la confesión contraevidente. Por otro lado, tampoco es legal la confesión sobre hermenéutica legal o principios de derecho, puesto que ineludiblemente debe referirse a hechos¹³.

41. En punto de los hechos relacionados por el solicitante de la pérdida de investidura, escribió lo siguiente: «*En la aprobación de este acuerdo participo (sic) y voto (sic) el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO [...]*» (f. 1 del expediente). Por su parte, el apoderado judicial del señor Villamizar Laguado manifestó: «*[...] Es cierto, y de eso data ya hace trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello, está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda [...]*» (ff. 56-77 *ibidem*). En esos términos, no podía concluirse que el apoderado confesó haber votado afirmativamente el proyecto de Acuerdo, ni de allí de este hecho se podía concluir, ni de lejos, que su defendido había incurrido en la causal de pérdida de investidura descrita como «indebida destinación de dineros públicos»¹⁴. Lo único que admitió es que participó y votó. No es más, ni es menos.

42. Ahora bien, respecto de la aplicación del Código General del Proceso, no se desconoce que, en una oportunidad anterior, en auto del 6 de octubre de 2015, radicado 2014-01602-00, la Sala Plena aplicó las disposiciones de dicho Código para resolver un recurso ordinario de súplica. No obstante, se advierte que en el auto mencionado lo discutido se relacionó con el decreto de una prueba, mientras que en esta oportunidad el debate jurídico dista de aquel. En efecto, en el presente caso se cuestiona que la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado se estructuró a partir de una supuesta confesión del apoderado, que afectó gravemente el derecho a

¹¹ En tal sentido ver tutela en contra del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, de la Sala de Casación Civil del 15 de diciembre de 2017. Rad. núm. 05000-22-13-000-2017-00242-01, en un proceso ejecutivo.

¹² La Sala Penal de la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la confesión en múltiples oportunidades. Ver CSJ. SC. Sentencias de 24 de octubre de 1936; de 3 de noviembre de 1936; de 22 de abril de 1937; 21 de mayo de 1938 (Auto de Sala de Negocios Generales); 19 de abril, 23 de octubre y 1 de diciembre de 1939; de 29 de mayo y de 2 de agosto de 1941; de 9 de marzo de 1949; de 12 de noviembre de 1954. Entre otras varias.

¹³ La Sala Penal de la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la confesión en múltiples oportunidades. Ver CSJ. SC. Sentencias de 24 de octubre de 1936; de 3 de noviembre de 1936; de 22 de abril de 1937; 21 de mayo de 1938 (Auto de Sala de Negocios Generales); 19 de abril, 23 de octubre y 1 de diciembre de 1939; de 29 de mayo y de 2 de agosto de 1941; de 9 de marzo de 1949; de 12 de noviembre de 1954. Entre otras varias.

¹⁴ Ver el ordinal 4.º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que se refiere a la indebida destinación de dineros públicos.

elegir y ser elegido, tanto del concejal como de sus votantes, lo cual exigía aplicar todas las garantías del debido proceso.

43. Así mismo, se aclara que si bien, en otra ocasión, en el auto del 6 de julio de 2016, radicado número 2015-01564-00, la Sección Cuarta de esta corporación judicial aplicó las normas del Código General del Proceso, para decidir sobre el decreto de unas pruebas en un proceso de pérdida de investidura, lo cierto es que, como se explicó en precedencia, el presente asunto no es asimilable a aquel. En ese sentido, las providencias mencionadas debían ser examinadas de conformidad con las garantías propias del debido proceso, como se ha venido reiterando.

44. Por otra parte, en relación con el argumento de impugnación consistente en que el apoderado del señor William Villamizar Laguado nunca cuestionó la escogencia del régimen probatorio que debía ser aplicado en el proceso de pérdida de investidura, sino que se limitó a alegar que debía darse prelación al artículo 33 de la Constitución Política frente al artículo 193 del Código General del Proceso, es necesario recordar que el accionante sí alegó una indebida aplicación del precitado artículo.

45. Ahora, frente al planteamiento del recurrente de que aplicar el Código de Procedimiento Penal conllevaría a la desmembración del régimen probatorio en los procesos de pérdida de investidura, se responde que dicha posición no puede ser de recibo, pues precisamente es la aplicación de los principios que rigen el proceso sancionatorio de pérdida de investidura los que garantizan la debida aplicación de las normas y que las mismas sean coherentes con la naturaleza del medio de control.

46. A su vez, sobre la afirmación de que resulta arbitrario sostener que el régimen probatorio del proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002 sea el más próximo a las acciones de tipo sancionatorio, cuando lo cierto es que la Ley 1437 de 2011 prevé un procedimiento de carácter sancionatorio, que en modo alguno se remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en materia probatoria, cabe indicar que esa situación no es suficiente para justificar la remisión al artículo 193 del Código General del Proceso, puesto que, como quedó expuesto con anterioridad, deben aplicarse los principios del proceso sancionatorio.

47. Además, no puede perderse de vista que el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 regula que en los aspectos no contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe acudirse al Código de Procedimiento Civil, hoy al Código General del Proceso, pero sólo «*en lo que sea compatible con su naturaleza*» y en el presente asunto, como lo ha considerado la jurisprudencia antes referida, el

carácter sancionatorio del juicio de pérdida de investidura exige aplicar los principios propios de este tipo de procesos.

48. En esa medida, se colige que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución porque la decisión de aplicar el artículo 193 del Código General de Proceso, implicó la falta de garantías para salvaguardar el derecho al debido proceso.

49. Por último, debe advertirse que en este caso no se probó vulneración del derecho a la «no autoincriminación», comoquiera que no se evidenció una supuesta coacción al concejal para confesar. Diferente lo que se ha concluido: (i) La confesión no existió. (ii) Es inadmisile la confesión por intermedio de apoderado en un juicio sancionatorio de pérdida de investidura.

Desconocimiento del principio de culpabilidad.

50. La Sección Primera del Consejo de Estado no analizó el elemento de culpabilidad en la conducta desplegada por el concejal William Villamizar Laguado, el cual es ineludible en el juicio de pérdida de investidura por estar guiada bajo los principios propios de la responsabilidad subjetiva, lo cual implica que las faltas solo pueden ser sancionadas a título de dolo o culpa, para lo cual debe analizarse el elemento volitivo y cognitivo de la conducta reprochada.

51. A propósito de lo mencionado, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ y el máximo tribunal constitucional¹⁶ ha insistido en la necesidad de verificar la responsabilidad subjetiva en los procesos de pérdida de investidura¹⁷, lo cual, si bien, para la época de los hechos no estaba consagrado en norma positiva, sí había sido objeto de análisis jurisprudencial. En el mismo sentido, independientemente de la claridad jurisprudencial de la época, los principios generales del debido proceso en materia sancionatoria sí hacían y hacen obligatoria su aplicación. Y si el juez de la pérdida de investidura no lo hizo, es deber del juez de tutela amparar el debido proceso, independientemente de que lo haya argumentado el concejal accionante, o que las vacilaciones jurisprudenciales hubiesen generado dudas. En todo caso, cabe denotar que cualquier incertidumbre quedó resuelta con la expedición de la Ley 1881 de 2018, la cual en su artículo 1.º dispuso que

¹⁵ Al respecto, ver entre otras: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2016. Rad. Núm: 2014-00843-01. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1.º de junio de 2010. Rad. Núm: 2009-00598-00. Posición reiterada posteriormente en las siguientes providencias: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 24 de noviembre de 2016: Rad. Núm: 2016-00068-01. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de septiembre de 2016. Rad. Núm: 2014-03886.

¹⁶ Al respecto, ver entre otras sentencias: SU-501 de 2015. Posición reiterada posteriormente en la SU-424 de 2016.

¹⁷ Exigencia que hoy en día se encuentra consagrada en el artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018.

«[...] el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva [...]». En situaciones excepcionales como la aquí examinada, el amparo constitucional tiene la misión de hacer efectiva la justicia material de índole correctiva.

52. Ahora bien, tampoco podría predicarse la tipicidad o legalidad de la conducta reprochada, por cuanto si se refiere a la causal de pérdida de investidura por incurrir en indebida destinación de dineros públicos, ha de recordarse que la misma solo se configura cuando se destinan dineros a unos fines distintos a los determinados por la Constitución Política, la ley o el reglamento, lo cual ocurre en los siguientes eventos: (i) Los dineros se destinan a objetos, actividades o propósitos no autorizados por ley, (ii) los dineros se destinan a objetos o actividades autorizados, pero diferentes a los cuales se encuentran asignados, (iii) los dineros se destinan a objetos o actividades expresamente prohibidos, (iv) los dineros se destinan a materias innecesarias e injustificadas, (v) la destinación se efectúa para obtener un incremento patrimonial personal o a favor de terceros o (vi) la destinación tiene por finalidad generar un beneficio no necesariamente económico en su favor o el de terceros¹⁸. En este caso concreto no existe prueba que demuestre la supuesta indebida destinación de dineros, puesto que por aquella época había confusión jurisprudencial y doctrinal, sobre el derecho que tenían los servidores públicos del orden territorial a percibir los factores salariales de prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

53. Corolario de lo anterior, se sigue que en los procesos de pérdida de investidura, en los que se alega la configuración de la causal de indebida destinación de dineros, debe demostrarse clara y fehacientemente que el acusado actuó con un interés dañino con el que pretendía obtener un beneficio para sí o para terceras personas al destinar los dineros públicos a objetos distintos a los autorizados o a materias innecesarias o propósitos no permitidos legalmente, o actuó sin la debida diligencia exigida para el cargo que desempeñaba y por ello se presentó una indebida destinación de dineros públicos.

54. En el asunto bajo estudio se advierte que el proceso de pérdida de investidura no se probó el elemento de culpabilidad, ni de tipicidad o legalidad que debe mediar para que se imponga la sanción. En efecto, en la sentencia controvertida no se demostró que el concejal William Villamizar Laguado votara el proyecto de Acuerdo movido por un interés dañino, aspecto este último que ni siquiera se examinó. Aunado a ello, no logró

¹⁸ Al respecto, ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de julio de 2016. Rad. Núm: 2012-00485-01; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de junio de 2012. Rad. Num: 2010-00352; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de marzo de 2003. Rad. Núm: 2002-1007; Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 28 de noviembre de 2013. Rad. Núm: 2013-00008-01.

acreditarse que aquel actuó sin la debida prudencia al votar el multicitado acto administrativo.

55. En relación con esta segunda hipótesis, obsérvese que en lo que tiene que ver con la determinación adoptada en el Acuerdo 0073 de 2002 para crear los factores salariales de prima de servicios y bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado ha expuesto en varias oportunidades¹⁹ que había lugar a reconocer a los empleados del orden territorial los factores salariales que fueron creados a favor de los servidores del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978. Para llegar a la anterior conclusión, consideró que debía inaplicarse la expresión «*del orden nacional*» contenida en el artículo 1.º, del referido Decreto, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, porque esa disposición generaba una vulneración al derecho a la igualdad de los empleados territoriales frente a los nacionales de la Rama Ejecutiva.

56. Así las cosas, en el presente asunto se aprecia que para la fecha en que se expidió el Acuerdo 0073, esto es, el 29 de octubre de 2002, no existía una posición pacífica en relación con los factores salariales (bonificación por servicios prestados y prima de servicios) de los cuales eran beneficiarios los empleados públicos territoriales. Sumado al hecho de que, con anterioridad a la aprobación del mencionado Acuerdo, esto es, el 15 del mismo mes y año, el Departamento Administrativo de la Función Pública rindió concepto en el que consignó lo siguiente: (ff. 174-179 del expediente):

«[...] La prima de servicios, el auxilio de alimentación y la bonificación por servicios prestados son elementos salariales, que para el caso de los empleados públicos de San José de Cúcuta deben ser fijados por el Concejo Municipal, aún con posterioridad a la vigencia del Decreto 1919 de 2002 [...].»

57. La anterior posición jurisprudencial solamente quedó allanada por la sentencia C-402 de 2013, en la cual la Corte Constitucional concluyó que la expresión «*del orden nacional*» era exequible y que la misma no implica una discriminación entre los empleados públicos del orden territorial, lo cual llevó a concluir que los factores salariales creados para los servidores del orden nacional no podían ser extendidos a los del territorial.

58. En ese contexto, mal podría exigírsele al concejal Villamizar Laguado que se abstuviera de votar o un voto negativo del proyecto de Acuerdo, cuando ni siquiera en el Consejo de Estado existía un consenso sobre la

¹⁹ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad. Núm: 2008-00188-01. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Rad. Núm: 5200-05. Discusión que fue explicada en la sentencia: Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 4 de diciembre de 2017 Núm. Rad: 3656-13.

competencia para extender los factores salariales del Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial y, además, existía un concepto rendido por el precitado Departamento de la Función Pública en el que aseguró que la competencia radicaba en el Concejo Municipal.

59. En esa línea de ideas, decretar la pérdida de investidura del ahora accionante exclusivamente por haber votado el proyecto 088/02, que luego se convirtió en el Acuerdo 0073 de 2002, sin analizar el elemento cognitivo de la conducta del concejal William Villamizar Laguado resulta a todas las luces contrario al principio de culpabilidad que debe regir los procesos de pérdida de investidura. Con mayor razón si se tiene en cuenta que, en el presente asunto, tampoco se cumplieron los elementos de la tipicidad, puesto que el concejal precitado no incurrió en los eventos citados para la indebida destinación de dineros públicos.

60. Por último, es pertinente recordar que el Acuerdo 0073 de 2002 fue declarado nulo el 17 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cúcuta, en el proceso de nulidad 2012-00203-00. Empero, dicha declaratoria de nulidad por sí sola no tiene la entidad suficiente para decretar la pérdida de investidura del ahora accionante, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado al indicar que la declaratoria de nulidad de un acuerdo expedido por una corporación pública no conlleva indefectiblemente al decreto de la pérdida de investidura de sus miembros, por cuanto deben estudiarse otros aspectos, como la aplicación efectiva de los recursos públicos, el menoscabo cierto del erario, el beneficio del acusado o de un tercero y, en esa medida, la acreditación de que existía un interés dañino y la culpa o dolo con que actuó aquel²⁰.

61. En resumen: Se ampara el derecho fundamental al debido proceso porque la Sección Primera del Consejo de Estado, al decretar la pérdida de investidura, incurrió en violación directa de la Constitución Política al aplicar inapropiadamente el artículo 193 del Código General del Proceso y al omitir el análisis del elemento cognitivo de la culpabilidad. En vista de lo anterior, se confirmará la sentencia del 18 de enero de 2017 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual amparó el derecho al debido proceso del señor William Villamizar Laguado.

²⁰ Al respecto, ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. Rad. Núm: 2013-00419-01. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de febrero de 2011. Rad. Núm: 2010-00990-00. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 25 de junio de 2004. Rad. Núm: 2002-03005-01. Posición reiterada posteriormente en las siguientes providencias: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 1.º de diciembre de 2016. Rad. Núm: 2016-00135-01. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Rad. Núm: 2015-01260-01.

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

F A L L A

Primero: Confirmar la sentencia del 18 de enero de 2017 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual amparó el derecho al debido proceso del señor William Villamizar Laguado.

Segundo: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Cuarto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Rocío Araújo Oñate Duque Aclaro voto	Ausente Hernán Guillermo Aldana Conjuez
Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Aclaro voto	Martín Bermúdez Muñoz Aclaro voto
Milton Chaves García Poveda Salvo voto	Jeannette Bibiana García Conjuez
Oswaldo Giraldo López Salvo voto	William Hernández Gómez

María Adriana Marín

Rodrigo Noguera Calderón
Conjuez

Alberto Montaña Plata
Aclaro voto

Luis Ferney Moreno Castillo
Conjuez

Carlos Enrique Moreno Rubio
Aclaro voto

Ramiro Pazos Guerrero
Aclaro voto

Nubia Margoth Peña Garzón
Salvo voto

Julio Roberto Piza Rodríguez

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Ramírez

Jorge Octavio Ramírez

Guillermo Sánchez Luque
Aclaro voto

Hernando Sánchez Sánchez
Aclaro voto

Rafael Francisco Suárez Vargas
Salvo voto

Gabriel Valbuena Hernández
Salvo voto

Marta Nubia Velásquez Rico

Edgardo Villamil Portilla
Conjuez

Alberto Yepes Barreiro
Ausente con permiso

Nicolás Yepes Corrales

Carlos Alberto Zambrano Barrera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ

VARGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

Me permito manifestar las razones por las cuales disiento de la decisión mayoritaria en el asunto de la referencia:

1. Del principio de subsidiaridad de la acción de tutela

La jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹ como la de esta Corporación ha sostenido que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando el accionante (i) dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, toda vez que no tiene la vocación de sustituir aquellos mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo o, (ii) acude directamente a la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición.

No obstante lo anterior, la mencionada regla general tiene algunas excepciones. En relación con el primero de los casos, la acción de tutela resulta procedente cuando el accionante logre demostrar que: (a) el amparo es el único mecanismo de defensa que tiene para protegerse de un daño gravísimo e inminente y, (b) no utilizó los instrumentos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación insuperable. En cuanto al segundo de los eventos, la excepción se configura cuando los otros mecanismos (i) no resultan idóneos para proteger el derecho fundamental presuntamente vulnerado y/o, (ii) no son expeditos para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil: « (...) En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación (...)».

Así las cosas, antes de pretenderse la defensa por vía de tutela, el interesado debe buscar la protección a través de otros medios judiciales, bien sean ordinarios o extraordinarios, pero que resulten eficaces y que estén disponibles, por cuanto la acción de tutela no tiene la virtud para poder desplazar mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico vigente.

1.1.

E

I recurso extraordinario de revisión

Este recurso, regulado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, es un medio de impugnación excepcional que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley.

Las sentencias susceptibles del recurso son «(i) las dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; (ii) las dictadas en única, primera o segunda instancia por los Tribunales Administrativos y (iii) las dictadas en primera o segunda instancia por los Jueces Administrativos, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso».²²

La técnica del recurso «exige real correspondencia entre los argumentos en que se fundamenta y la causal invocada, de forma tal que prescinda de elucubraciones dirigidas a atacar las motivaciones jurídicas o los juicios de valor que soportaron la decisión adoptada en la sentencia recurrida ni mucho menos a corregir errores u omisiones de la propia parte, cual si se tratara de una nueva instancia».²³

En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión no da cabida a cuestionamientos sobre el criterio empleado por el juez para interpretar o aplicar la ley en la sentencia. Por el contrario, es riguroso en cuanto a su procedencia, pues se restringe a las causales enlistadas en el mencionado artículo 250 del CPACA.

²² Corte Constitucional, sentencia C-520 de 2009.

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 16 de enero de 2017. Radicación: 2016-00070-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

En el asunto que ocupó la atención de la Sala, no se observa que contra el fallo del 28 de julio de 2016, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio del cual se revocó el fallo de primera instancia emitido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que denegó las pretensiones en la demanda de pérdida de investidura del Concejal del municipio de San José de Cúcuta, señor William Villamizar Laguado, para en su lugar decretarla, se haya ejercitado el recurso extraordinario de revisión, regulado en los artículos 248 y siguientes del CPACA.

Es preciso señalar que en estos eventos, como el del accionante que no agotó el recurso extraordinario de revisión, es necesario que se expongan expresamente las causas que le han impedido acudir a este medio legal de contradicción contra la decisión judicial, puesto que se busca evitar que el mecanismo de amparo constitucional se convierta en un escenario en donde se prolongue el litigio que ha sido finiquitado mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

Es claro que entre las objeciones planteadas por el accionante contra la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, se adecuan algunas de las causales específicas como requisito para tramitar la vía extraordinaria de revisión del fallo.

Y es que solamente a partir del agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios con los que cuenta el accionante frente a la decisión del juez, es que se podrá empezar a determinar la relevancia constitucional del asunto controvertido, con el fin de establecer si la actuación judicial ha comprometido derechos o garantías fundamentales del ciudadano, para proceder a intervenir en la defensa y amparo de estos valores superiores que prevalecen en el marco del Estado de Derecho y Social de Derecho.

Dicho de otro modo, para aceptar que el actor quede relevado de este deber jurídico de agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico frente al proceso, debe aparecer clara la violación de un derecho fundamental o el desconocimiento de una garantía procesal, que revista una característica irresistible para el afectado con la decisión judicial, que solamente se pueda conjurar con la intervención del juez constitucional.

En el asunto bajo estudio, no se revela alguna circunstancia impositiva para que el accionante justifique su omisión de interponer el recurso extraordinario de revisión

contemplado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, razón por la cual se debió rechazar el mecanismo de amparo promovido por el actor

2. .De la indebida destinación de dineros públicos

De otra parte, se aprecia que con la expedición del Acuerdo 0073 del 29 de octubre de 2002, en el cual participó el concejal Villamizar Laguado, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta creó la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, infringiendo de forma directa el marco constitucional y legal que rige la competencia para la creación de salarios y prestaciones sociales en el orden territorial.

En ese orden, el artículo 150 de la Constitución Política, estatuye en el numeral 19, literal e) que corresponde al Congreso: «Dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública: Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. [...]»

Por su parte, el artículo 315 numeral 6 de la Carta Política, preceptúa que corresponde a los concejos «Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo».

El artículo 315, numeral 7 de la misma normatividad, indica: «Son atribuciones del alcalde: [...] 7º Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a los acuerdos correspondientes».

Conforme a las normas transcritas, los concejos municipales no pueden fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos discrecionalmente, sino que estos deben ser autorizados por la Ley. Es decir, existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquél determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional. En relación con los

empleados públicos de las entidades territoriales, compete al alcalde fijar los emolumentos con sujeción a la Ley y a los acuerdos municipales.

En síntesis, la Ley 4ª de 1992 al señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, inclusive del sector territorial, en su artículo 12, indicó que: «El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional».

Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se dijo que esta facultad del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, en los artículos 287, 300 núm. 7, 305 núm. 7, 313 núm. 6 y 315 núm. 7.

En consecuencia, la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las corporaciones públicas territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela. En lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señalará el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

En este orden de ideas, el desconocimiento del régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta y el alcalde de dicha municipalidad, es el aspecto que a mi juicio edifica la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de recursos públicos y como el concejal Villamizar Laguado participó en la expedición del Acuerdo Municipal 0073 de 2002, se subsume dicha causal y, no se advierte que con la decisión que lo despojó de su investidura, se hayan afectado sus derechos fundamentales.

Atentamente,

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa me permito reiterar las razones por las que decidí aclarar el voto contra la decisión mayoritaria adoptada en la Sentencia de 19 de marzo de 2019, mediante la cual se confirmó la Sentencia de 18 de enero de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la cual se amparó el derecho al debido proceso del señor William Villamizar Laguado.

Antes de entrar a explicar los motivos de esta aclaración, es necesario precisar que, la decisión aprobada por la Sala Plena del Consejo de Estado fue modificada en algunos de sus apartes. Es por esta razón, que el texto que fue aprobada en ese momento contenía los apartes que generaban la aclaración. No obstante, considero indispensable precisar el ámbito de aplicación de los principios y garantías del derecho sancionador.

En ese orden de ideas, el fundamento de esta aclaración reside, principalmente, en que en un primer momento la Sentencia proferida no distinguía con detalle la

forma en que los principios y garantías del derecho sancionador se diferenciaban de otras manifestaciones del ius puniendi.

Por tal motivo, resulta útil poner de presente que los principios que rigen el ius puniendi del Estado deben ser interpretados conforme al ámbito de aplicación para el cual están destinados, porque el intérprete no puede hacer una lectura analógica de las garantías del proceso penal, disciplinario y sancionatorio, toda vez que, en cada uno de ellos existe una dosis intensa o menos intensa del poder del Estado. Sobre el particular, la Corte Constitucional²⁴ señaló:

“El cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, tiene diversos matices según el derecho de que se trate “dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas.”

En ese sentido, los principios, garantías y régimen probatorio que emergen del proceso sancionatorio de pérdida de investidura no pueden tener una equiparación interpretativa exacta con el derecho penal y el derecho disciplinario, pues el derecho sancionatorio goza de una autonomía y una lectura hermenéutica diferente, que lo hacen merecedor de una interpretación propia del derecho sustancial y procesal. Sobre el particular, el Consejo de Estado²⁵ manifestó:

“Por tratarse (...) de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso. En ese orden, les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado”

Es así, como esta aclaración reafirmar que los principios, garantías y figuras procesales que orientan el proceso sancionatorio de pérdida de investidura deben ser interpretados a la luz de la naturaleza misma de este proceso y no a través de la normativa disciplinaria o penal, que tiene una lectura particularizada del ius puniendi.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-314 de 2014.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de marzo de 2010, radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00 (PI).

Con base en lo anterior, dejo expresadas de forma respetuosa las razones de mi aclaración de voto.

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero de Estado

Fecha ut supra

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Afecta el principio de especialidad y genera instancias adicionales no previstas en la ley, amenazando la seguridad jurídica / PRETENDIDA UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA ANUNCIADA EN EL FALLO – Resulta innecesaria, pues por tratarse de una acción de tutela, la decisión definitiva corresponderá a la Corte Constitucional

Aunque acompañé la decisión adoptada en la providencia del 12 de abril de 2019, que negó las pretensiones, me permito aclarar el voto, pues aunque no comparto la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sigo el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional. 1. La Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían que la acción de tutela procedía contra providencia judicial. Sin embargo, en fallos posteriores de tutela y luego en la sentencia de constitucionalidad C-590 de 2005 esa Corporación cambió su criterio y, en su lugar, admitió el amparo contra las decisiones de los jueces y estableció unos requisitos generales y especiales de procedibilidad. A mi juicio, como la sentencia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, el criterio contenido en esa decisión era inmodificable, incluso para la misma Corte Constitucional de conformidad con el artículo 243 CN. 2. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales afecta el principio de especialidad, que caracteriza la distribución de tareas entre los distintos despachos judiciales, y genera instancias adicionales, no previstas en la ley, para la definición de las controversias, con grave amenaza a la seguridad jurídica. 3. Finalmente, la pretendida unificación de jurisprudencia que se anuncia en el fallo resulta innecesaria, pues, por tratarse de una acción de tutela, la decisión definitiva sobre los aspectos allí tratados corresponderá a la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-El criterio fijado en la sentencia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. TUTELA CONTRA PROVIDENCIA-Afecta el principio de especialidad y genera multiplicidad de instancias para la definición de los procesos.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión adoptada en la providencia del 12 de abril de 2019, que negó las pretensiones, me permito aclarar el voto, pues aunque no comparto la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sigo el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional.

1. La Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían que la acción de tutela procedía contra providencia judicial. Sin embargo, en fallos posteriores de tutela y luego en la sentencia de constitucionalidad C-590 de 2005 esa Corporación cambió su criterio y, en su lugar, admitió el amparo contra las decisiones de los jueces y estableció unos requisitos generales y especiales de procedibilidad. A mi juicio, como la sentencia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, el criterio contenido en esa decisión era inmodificable, incluso para la misma Corte Constitucional de conformidad con el artículo 243 CN.

2. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales afecta el principio de especialidad, que caracteriza la distribución de tareas entre los distintos despachos judiciales, y genera instancias adicionales, no previstas en la ley, para la definición de las controversias, con grave amenaza a la seguridad jurídica.

3. Finalmente, la pretendida unificación de jurisprudencia que se anuncia en el fallo resulta innecesaria, pues, por tratarse de una acción de tutela, la decisión definitiva sobre los aspectos allí tratados corresponderá a la Corte Constitucional.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**ACLARACIÓN DE VOTO / ESTUDIO DE ELEMENTO SUBJETIVO –
Improcedente por tratarse de postura que no se encontraba vigente a la
fecha de emisión de la sentencia analizada**

[E]n mi criterio, aun cuando comparto la decisión del amparo de los derechos fundamentales invocados, considero que el análisis debió enfocarse única y exclusivamente en los defectos alegados por el actor, pues no era posible exigir el estudio del elemento subjetivo de la culpabilidad, cuando lo cierto es que para el momento en que se profirió la providencia acusada en este caso, aún no se encontraba vigente la postura de unificación que obligaba al juez de la pérdida de investidura a analizar el mismo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO
RUBIO**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, aun cuando comparto la decisión contenida en la sentencia de diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019), considero necesario aclarar mi voto respecto al análisis de los defectos que se abordaron para confirmar la providencia de primera instancia, así como la observación sobre el elemento de la culpabilidad, que según la providencia, se desconoció por parte de la autoridad judicial demandada al decretar la pérdida de investidura del accionante.

Según se tiene, la demanda de tutela presentada se sustentó en que, la Sección Primera de esta Corporación incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, al decretar la pérdida de investidura del accionante, quien era concejal de Cúcuta, por haber aceptado algunos hechos de la demanda y, de contera, confesar que votó un acuerdo sobre asignaciones salariales sobre las que, al parecer, el Concejo Municipal no tenía competencia.

En el fallo se llega a la conclusión que, en efecto, como lo consideró la Sección Segunda de esta Corporación en la primera instancia de este amparo constitucional, la autoridad judicial acusada incurrió en una violación al debido proceso al aplicar erróneamente la norma del Código General del Proceso sobre la confesión. Si bien tal conclusión es acertada, a mi juicio, el estudio se debió encuadrar en el defecto sustantivo alegado y desarrollarse bajo los parámetros señalados en la demanda de tutela.

Con todo, en la providencia se abordó el examen de la violación al debido proceso como un defecto autónomo -no invocado por el actor- sin precisar los demás defectos alegados, esto es, el sustantivo y el fáctico.

Ahora, en la parte considerativa se afirma que la Sección Primera del Consejo de Estado no analizó el elemento de la culpabilidad en la conducta desplegada por el concejal William Villamizar Laguado, el cual, según se indicó, es ineludible en el juicio de pérdida de investidura por estar guiada por los principios propios de la responsabilidad subjetiva, lo cual implica que las faltas solo pueden ser sancionadas a título de dolo o culpa, lo que obliga a analizar el elemento volitivo y cognitivo de la conducta reprochada.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que, si bien ese juicio subjetivo de culpabilidad se exige actualmente los procesos de pérdida de investidura, no puede dejarse de lado que esta postura fue definida por la Corte Constitucional solo hasta la sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016, posteriormente adoptada por esta Corporación el 27 de septiembre de 2016 y replicada en la Ley 1881 de 2018.

La providencia objeto de la acción de tutela de la referencia, data del 28 de julio de 2016, de manera que es anterior a la tesis según la cual, en los juicios por pérdida de investidura debe analizarse ese elemento subjetivo, luego, no podía exigírsele a la Sección Primera como autoridad judicial acusada, que efectuara el estudio de la culpabilidad en este caso.

En tales condiciones, en mi criterio, aun cuando comparto la decisión del amparo de los derechos fundamentales invocados, considero que el análisis debió enfocarse única y exclusivamente en los defectos alegados por el actor, pues no era posible exigir el estudio del elemento subjetivo de la culpabilidad, cuando lo cierto es que para el momento en que se profirió la providencia acusada en este caso, aún no se encontraba vigente la postura de unificación que obligaba al juez de la pérdida de investidura a analizar el mismo.

Ello teniendo en cuenta además el precedente de Sala Plena adoptado con ocasión al recurso extraordinario especial de revisión de una sentencia de pérdida de investidura, identificado con el número de radicación 2017-558, recurrente: Carlos Nery López Carbonó -del cual fui ponente-, en el que se precisó que las sentencias que adoptaron la nueva perspectiva de análisis de culpabilidad, no

podían aplicarse a casos que se dictaron con anterioridad a dicha tesis, puesto que ello conllevaría a que se aplicara retroactivamente un precedente.

Concretamente se aclaró en esa oportunidad:

“El surgimiento de un nuevo criterio no puede prolongar la controversia sobre los alcances de la inhabilidad que la Sala Plena encontró configurada en el año 2012, pues, se insiste, esto desbordaría el ámbito específico del recurso extraordinario especial cuyo carácter excepcional, frente a la cosa juzgada que ampara a la sentencia, impone claras restricciones para la revisión de la decisión que decretó la pérdida de investidura”.

Así las cosas, lo propio en este caso era confirmar la decisión de amparo, pero únicamente por defecto sustantivo alegado (por indebida aplicación del Código General del Proceso).

En los anteriores términos dejo expuesta la aclaración de mi voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN – Alcance en proceso de pérdida de investidura

El traslado de la garantía de la no autoincriminación al proceso de pérdida de investidura implica considerar que, tal y como está dispuesto en la ley, el demandado no está obligado a *contestar la demanda* o a referirse a lo expuesto en la solicitud, no está obligado a absolver interrogatorio de parte y menos a responder preguntas dirigidas a establecer la comisión de la conducta que se le imputa. Tiene *derecho* de abstenerse de todo lo anterior y el ejercicio de ese derecho no acarrea ninguna consecuencia en su contra. Pero también puede *renunciar* a ese derecho, contestar la demanda e incluso puede intervenir personalmente en la audiencia y dar su propia versión de los hechos, la que, a la luz del CGP, puede ser valorada como medio de prueba a su favor (...) [N]o comparto la conclusión expuesta en la sentencia según la cual en los procesos de pérdida de investidura es inaplicable o improcedente la confesión por apoderado judicial, en los términos del artículo 193 del CGP, dado que: (...) En el presente caso, no puede señalarse que existió una autoincriminación, toda vez que la confesión del apoderado del señor Villamizar Laguado no recayó en la aceptación de un hecho punible ni en la aceptación de que su representado incurrió en la causal de pérdida de investidura que se le imputó en la demanda

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS COMO CAUSAL DE

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL – No se acreditó / SENTENCIA CUESTIONADA – Viola principio de legalidad / ANÁLISIS DE CULPABILIDAD – Innecesario

Estimo que no era necesario estudiar la *culpabilidad* del demandado porque considero que la conducta del actor no se adecuaba a la causal de indebida destinación de dineros públicos (Nl. 4 de artículo 183 de la C.P.) por la cual fue sancionado. Tal y como se advierte en las consideraciones del fallo, esta circunstancia desconoce el principio de legalidad, pero no solo porque no está probado que el Concejal hubiese votado el acuerdo <<por medio del cual se crearon unos factores salariales en beneficio de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del municipio>>, con el exclusivo propósito de favorecer intereses económicos propios o de terceros, estando demostrado que en ese momento no había claridad sobre la legalidad aprobar tales beneficios. Se violó el principio de legalidad porque – aunque se hubiese demostrado lo anterior – tal circunstancia no configura la causal de *indebida destinación de dineros públicos*. (...) Si se demuestra que un concejal o cualquier servidor público adopta una decisión a sabiendas de que con ella está violando la ley, éste no incurre en causal de pérdida de investidura, sino que comete el delito de prevaricato en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal, incurre <<el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley>>. Y esto no significa confundir la responsabilidad penal con la disciplinaria o considerar que el juicio de pérdida de investidura esté siempre sujeto a las resultas del proceso penal. Es posible que una misma conducta tenga los dos tipos de sanciones sin que ello viole el *non bis in idem* porque con los dos tipos de responsabilidad se persiguen finalidades distintas. Lo que ocurre con el *prevaricato* es que tal conducta está prevista como *delito* y no como causal de *pérdida de investidura*, razón por la cual sólo si el demandado es condenado por ella, o por cualquier otro delito, puede incurrir en violación del régimen de *inhabildades* y perder la investidura con fundamento en la causal prevista en el numeral primero del artículo 183 de la Constitución Política

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

Temas: Derecho a la no autoincriminación en los procesos de pérdida de investidura, principio de legalidad.

ACLARACIÓN DE VOTO

Las razones por las cuales aclaré voto en relación con las consideraciones expuestas en la decisión de la Sala Plena adoptada el 19 de marzo de 2019 en la acción de la referencia son las siguientes:

1.- La sentencia confirmó la decisión de amparar el derecho al debido proceso del concejal William Villamizar Laguado y de dejar sin efectos el fallo del 28 de julio de 2016 proferido en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, la cual decretó su pérdida de investidura, al concluir que incurrió en indebida destinación de dineros públicos porque votó la aprobación de un acuerdo que <<ilegalmente>> creó o extendió unos factores salariales previstos para los empleados del orden nacional a favor de aquéllos del orden territorial, lo que generó detrimento patrimonial en los recursos públicos.

2.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo confirmó el amparo ordenado por el *a quo* por las siguientes razones:

2.1.- Consideró que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución Política por haber aplicado el artículo 193 del CGP, norma que permite la confesión mediante apoderado judicial. Lo anterior, debido a que esa disposición procesal es incompatible con la naturaleza sancionatoria de los procesos de pérdida de investidura debido a que viola el principio de la no autoincriminación.

2.2.- Consideró también que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en desconocimiento de los precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, debido a que decretó la pérdida de investidura del concejal sin estudiar su culpabilidad.

1. La aplicación del artículo 193 del CGP para dar por probados hechos aceptados por el apoderado del demandado no viola el derecho constitucional a la no autoincriminación

3.- No considero adecuada la conclusión según la cual las reglas procesales del CGP no deban aplicarse a los procesos de pérdida de investidura, debido a su naturaleza sancionatoria, para que, en su lugar, deban aplicarse a este proceso las normas del Código de Procedimiento Penal. El proceso de pérdida de investidura se encuentra regulado en la ley 1881 de 2018, la cual en su artículo 21 remite expresamente al CPACA y de manera subsidiaria al CGP, de modo que no hay sustento normativo para aplicar, como regla general las normas probatorias consagradas en el Código de Procedimiento Penal.

4.- La aplicación de las normas del CPACA y del CGP en materia probatoria no significa que en la valoración de las pruebas en el fallo no deban aplicarse los principios propios del derecho sancionatorio, como lo son la *presunción de inocencia* y el *in dubio pro reo*. En estos procesos, con mayor rigor probatorio, le corresponde al demandante demostrar los hechos afirmados en la demanda, que estructuran objetivamente la causal de desinvestidura, y adicionalmente le incumbe acreditar la culpabilidad del demandado. Si el solicitante no cumple esa carga, con un estándar más exigente en estos casos debido a la naturaleza sancionatoria del proceso, no puede prosperar la petición de desinvestidura formulada en la demanda.

Al respecto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

<< Según la doctrina, la función que cumplen las reglas que distribuyen la carga formal de la prueba en el proceso civil la ha asumido en el sancionador la presunción de inocencia del inculcado. En concreto, la carga de probar en el ámbito punitivo no se reparte o distribuye entre las partes acusadora y acusada porque la presunción de inocencia como regla de juicio comporta que la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión sancionadora corresponde en exclusiva a la parte que acusa... >>

<<Asimismo, la presunción de inocencia conlleva la exigencia de que obtenga una prueba lo suficientemente incriminadora que legitime la sanción.>>²⁶

5.- Las consideraciones sobre el carácter sancionatorio de este proceso no quieren decir que en el juicio de pérdida de investidura, como en cualquier proceso judicial regido por el CPACA y el CGP, no puedan darse por probadas las afirmaciones hechas en la demanda que sean aceptadas al contestarla: aceptar el hecho de que el concejal demandado votó el acuerdo que originó la demanda de pérdida de investidura, siendo esta una circunstancia que adicionalmente está probada documentalmente, no puede considerarse como una *confesión de la comisión de la falta* constitutiva de pérdida de investidura hecha por el apoderado del concejal y mucho menos una violación de su derecho a la no autoincriminación.

Si el apoderado del demandado ejerce el derecho que le otorga la ley a contestar la demanda, o más precisamente a referirse a lo expuesto en la solicitud (art. 10 de la ley 1880 de 2018), tiene la carga de hacerlo ajustándose a la realidad, pues de lo contrario estaría atentando contra el deber de veracidad y lealtad que pesa sobre las partes y sus apoderados. Y no tener como probadas las circunstancias fácticas aceptadas por las dos partes, para exigir la prueba por otros medios, implicaría atentar contra la eficacia del proceso.

6.- El derecho a la no autoincriminación es una garantía que rige para todos los procesos judiciales y no únicamente para aquéllos de carácter sancionatorio. El mismo artículo 202 del CGP, al regular el interrogatorio de parte señala que “(...) *[l]as preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por*

²⁶ Alarcón Sotomayor Lucía, *El procedimiento administrativo sancionatorio y los derechos fundamentales*, Ed. Arazandi S.A., 2007, p. 389.

el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas (...)”.

7.- La garantía de la no autoincriminación se entiende como el derecho a no aceptar la comisión de un hecho delictivo, lo que le permite a la parte no comparecer a un interrogatorio, si este es solicitado o decretado con dicho propósito o no responder preguntas con tal alcance. Este es un derecho que puede renunciarse por la persona en cuyo favor está consagrado; y no se atenta contra el mismo cuando se tiene como probada una circunstancia fáctica (haber votado un proyecto de acuerdo) que es algo muy distinto a confesar que se ha incurrido en una falta que estructura pérdida de investidura.

8.- El traslado de la garantía de la no autoincriminación al proceso de pérdida de investidura implica considerar que, tal y como está dispuesto en la ley, el demandado no está obligado a *contestar la demanda* o a referirse a lo expuesto en la solicitud, no está obligado a absolver interrogatorio de parte y menos a responder preguntas dirigidas a establecer la comisión de la conducta que se le imputa. Tiene *derecho* de abstenerse de todo lo anterior y el ejercicio de ese derecho no acarrea ninguna consecuencia en su contra. Pero también puede *renunciar* a ese derecho, contestar la demanda e incluso puede intervenir personalmente en la audiencia y dar su propia versión de los hechos, la que, a la luz del CGP, puede ser valorada como medio de prueba a su favor.

La doctrina anota sobre este derecho:

<<...tanto el TC como el TEDH han puesto de manifiesto la estrecha relación existente entre el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a la presunción de inocencia. En concreto, lo han enlazado con una de las consecuencias que la presunción de inocencia, como regla de juicio, origina en materia probatoria: la necesidad de que exista una prueba de cargo suficiente para sancionar, cuya carga pesa siempre sobre la Administración sancionadora que es quien acusa. La Administración debe obtener una prueba incriminadora que destruya la presunción de inocencia. Pero no puede hacerse con ella de cualquier forma. En concreto, no puede conseguirla conminando al acusado –sea formal o materialmente- a que aporte elementos probatorios que supongan una autoinculpación. Porque, si así fuera, estaría invirtiendo la carga de la prueba y forzándole a declarar contra sí mismo...

<< el derecho a no declarar contra sí mismo concierne, en primer lugar, al respeto de la voluntad del acusado de permanecer en silencio. El sujeto imputado es libre tanto en lo relativo a su decisión de alegar, como en cuanto al contenido de sus alegaciones. El derecho que analizamos conlleva la prohibición absoluta de forzar al acusado a que preste una declaración o responda a unas preguntas que puedan generar un testimonio autoincriminatorio. La compulsión para conseguir una declaración es inadmisibles: tanto la física, como la psíquica. La directa o la indirecta. Es decir, las alegaciones del imputado sólo pueden obtenerse en los expedientes sancionadores de una forma: cuando dicho sujeto decida prestarlas libre y espontáneamente ya sea manifestándose oralmente ante el instructor que lo cite para tomarle declaración, ya presentando por escrito su pliego de descargos. El derecho al silencio le otorga la libertad de decidir si quiere o no realizar alegaciones>>²⁷

²⁷ Ibidem, p. 190 y 192.

9.- Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones sobre el alcance del derecho a la no autoincriminación, no comparto la conclusión expuesta en la sentencia según la cual en los procesos de pérdida de investidura es inaplicable o improcedente la confesión por apoderado judicial, en los términos del artículo 193 del CGP, dado que:

9.1.- En el presente caso, no puede señalarse que existió una autoincriminación, toda vez que la confesión del apoderado del señor Villamizar Laguado no recayó en la aceptación de un hecho punible ni en la aceptación de que su representado incurrió en la causal de pérdida de investidura que se le imputó en la demanda.

9.2.- La aplicación de la normatividad procesal civil (CGP) no es un argumento suficiente para sostener que en este caso se violó el principio de la no autoincriminación.

10.- De acuerdo con lo expuesto, considero que en el presente caso no se configuró el defecto por violación de la Constitución Política señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

2. La conducta del señor Villamizar Laguado no se adecúa típicamente a la causal endilgada por el juez de pérdida de investidura

11.- Estimo que no era necesario estudiar la *culpabilidad* del demandado porque considero que la conducta del actor no se adecuaba a la causal de indebida destinación de dineros públicos (Nl. 4 de artículo 183 de la C.P.) por la cual fue sancionado. Tal y como se advierte en las consideraciones del fallo, esta circunstancia desconoce el principio de legalidad, pero no solo porque no está probado que el Concejal hubiese votado el acuerdo <<por medio del cual se crearon unos factores salariales en beneficio de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del municipio>>, con el exclusivo propósito de favorecer intereses económicos propios o de terceros, estando demostrado que en ese momento no había claridad sobre la legalidad aprobar tales beneficios. Se violó el principio de legalidad porque – aunque se hubiese demostrado lo anterior – tal circunstancia no configura la causal de *indebida destinación de dineros públicos*.

12.- Si se demuestra que un concejal o cualquier servidor público adopta una decisión a sabiendas de que con ella está violando la ley, éste no incurre en causal de pérdida de investidura, sino que comete el delito de prevaricato en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal, incurre <<el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley>>. Y esto no significa confundir la responsabilidad penal con la disciplinaria o considerar que el juicio de pérdida de investidura esté siempre sujeto a las resultas del proceso penal. Es posible que una misma conducta tenga los dos tipos de sanciones sin que ello viole el *non bis in idem* porque con los dos tipos de responsabilidad se persiguen finalidades distintas. Lo que ocurre con el *prevaricato* es que tal conducta está prevista como *delito* y no como causal de

pérdida de investidura, razón por la cual sólo si el demandado es condenado por ella, o por cualquier otro delito, puede incurrir en violación del régimen de *inhabildades* y perder la investidura con fundamento en la causal prevista en el numeral primero del artículo 183 de la Constitución Política.

La destinación indebida de dineros públicos solo se tipifica cuando se incurre específicamente en tal conducta, la que supone que el demandado tenga atribuida la función de manejarlos y lo haga indebidamente.²⁸ No puede concluirse que cualquier conducta que tenga como consecuencia indirecta la afectación del patrimonio público tipifica esta causal. Con un razonamiento similar podría decirse que la inasistencia a las sesiones, que afecta al patrimonio público porque implica recibir el salario sin cumplir la labor que se le remunera con el mismo, también constituye indebida destinación de recursos públicos.

El principio de legalidad y particularmente la prohibición del *non bis in idem* se violan al no advertirse que, en los casos de *concurso aparente de causales* o de *tipos de conducta sancionable*, que ocurre cuando <<un supuesto de hecho es subsumible a la vez varios preceptos sancionadores que protegen el mismo bien jurídico...el principio general de derecho conocido como el *non bis in idem* impide castigar dos veces un acto que supone un ataque a idéntico bien jurídico protegido. Por tanto, habrá de determinarse la norma sancionadora aplicable, que será la que castigue todo el desvalor del ilícito, conforme a los criterios penales de la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad (...). El concurso aparente de normas plantea el problema de la especificación de la norma en la que puede subsumirse la conducta del infractor>>.²⁹

13.- Debido a que la conducta del señor Villamizar Laguado no se adecuaba típicamente a la indebida destinación de dineros públicos, considero que no se requería determinar si la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado que decretó su pérdida de investidura incurrió en el defecto por desconocimiento de los precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relativas al estudio de la *culpabilidad*, puesto que dicha autoridad judicial ni siquiera debió haber descendido al estudio de este presupuesto, por no haberse configurado objetivamente la causal de desinvestidura bajo examen.

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

²⁸ Esta postura ha sido acogida en diversos fallos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, entre los cuales se destacan los siguientes: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de mayo de 1997, exp. AC4539, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de febrero de 2001, exp. AC12340, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

²⁹ Redondo Andreu Ignacio, Taboada García Alba, *Manual de derecho administrativo sancionador*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

SALVAMENTO DE VOTO – Por considerar que había lugar a denegar la acción de tutela

[E]l fallador de instancia analizó las razones jurídicas que en su criterio posibilitaban tener por acreditada la confesión y ello responde a la interpretación autónoma del juez especializado en la materia, sin que se observara que haya incurrido en el aludido defecto fáctico; pues es evidente que, dentro de su especialidad, expresamente manifestó los fundamentos por los cuales profirió la respectiva decisión, por lo que era improcedente que el juez de tutela declarara que el juez natural incurrió en éste, simplemente porque tiene una visión distinta del mismo punto. A ello precisamente se refiere el ordenamiento cuando deja en manos del juez natural el análisis de la prueba bajo los principios de la “sana crítica”, de tal manera que el juez constitucional tiene la carga de establecer porque ella fue desatendida, y no revocar la decisión con base en su disenso. Como en este evento, en ejercicio de la autonomía judicial y en desarrollo del principio de la sana crítica, el razonamiento que hizo el juez natural del proceso para llegar a la conclusión de que la prueba de confesión daba lugar a declarar la pérdida de investidura por la indebida destinación de dineros públicos fue congruente y se ajustó a las reglas procesales, este defecto no podía prosperar. En conclusión, los pretendidos defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente no se configuraban en el caso bajo análisis, y por ello, no había lugar a que fuera revocado el fallo de tutela de primera instancia

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO

Por haber sido derrotado el proyecto que presenté en Sala Plena Contenciosa, de manera respetuosa expongo las razones por las cuales debió revocarse la sentencia proferida el 18 de enero de 2017, por la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación, que amparó el derecho al debido proceso del señor William Villamizar Laguado, y en su lugar, había lugar a denegar la acción de

tutela; salvamento que recoge los fundamentos puestos a consideración de la Sala.

1. SÍNTESIS DEL CASO

El señor William Villamizar Laguado, por conducto de apoderado, promovió acción de tutela contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Consejo de Estado, Sección Primera, por considerar vulnerados el derecho fundamental al debido proceso, así como los derechos a la no autoincriminación, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político e incurrir en “error sustantivo” y en desconocimiento del precedente judicial.

En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones³⁰:

“[...]

Pido señores Magistrados que mediante la sentencia que decida la presente acción de tutela, se deje sin efectos la sentencia de 28 de Julio de 2016 proferida por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado por medio de la cual decretó la pérdida de investidura de William Villamizar Laguado Concejal del Municipio de San José de Cúcuta – periodo 2001-2003.

En su lugar se deje en firme la sentencia de 6 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual denegó la solicitud de pérdida de investidura.

La pretensión de dejar sin efecto, comprende la sentencia de 28 de Julio de 2016, proferida por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado y la providencia de 13 de octubre de 2016 que resolvió la solicitud de aclaración de la misma.

[...]”

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El apoderado del accionante manifestó que el señor William Villamizar Laguado fue elegido concejal del municipio de San José de Cúcuta, Norte de Santander, para el período 2001-2003.

Que el Concejo Municipal de San José de Cúcuta aprobó el Acuerdo 0073 del 29 de octubre de 2002, por el cual se creó como factor salarial, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio

³⁰ Folios 1 a 20 cuaderno 1 de la acción de tutela.

de transporte para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del mismo municipio.

Con fundamento en lo anterior fue radicada demanda de pérdida de investidura en contra del concejal William Villamizar Laguado, por indebida destinación de dineros públicos, causal prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, debido a que participó y votó en la sesión que aprobó el referido acuerdo, considerando el demandante que se presentó un detrimento del patrimonio público a favor de terceros, consistente en que a los empleados del ente territorial se les reconocieron prestaciones sociales, cuya determinación es competencia exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en providencia del 6 de octubre de 2015, negó la solicitud de pérdida de investidura, afirmando, entre otros aspectos, que *“... el actor no logró ni siquiera probar que el señor William Villamizar Laguado votó favorablemente para la aprobación del proyecto 0088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta de 22 de octubre de 2002, solo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate.”*

El accionante explicó que, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el demandante, el Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia del 28 de julio de 2016, la revocó y, en su lugar, decretó la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado, al tener por demostrado que votó favorablemente para la aprobación del acuerdo, con fundamento en lo manifestado por su apoderado en la contestación de la demanda.

Advirtió que la sentencia concluyó que el demandante, como integrante del concejo municipal, emitió su voto favorable para la aprobación del Acuerdo nro. 0073 de 2002 y permitió que se destinaran dineros públicos a objetos o actividades no autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento, con lo cual incurrió en la causal de indebida destinación de dineros públicos, razón por la que revocó la sentencia del *a quo* y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda, decretando la pérdida de investidura.

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El apoderado del accionante manifestó que las razones que justifican el presente mecanismo constitucional son las siguientes:

3.1. El Acuerdo nro. 0073 del 29 de octubre de 2002 es un acto general que creó factores de salario y no se ocupó de crear prestaciones sociales, tratándose de materias distintas.

3.2. El Concejo Municipal de Cúcuta, mediante el precitado acuerdo, no estableció un sistema salarial, pues éste lo define el artículo 3 de la Ley 4 de 1992; simplemente previó unos factores de salario y, por ende, para decretar la pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, la Sección Primera del Consejo de Estado *“debió precisar qué consiste (sic) la facultad de establecer la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo (C.N. art. 313-6) y, señalar porqué en la órbita de esa competencia no cabía la posibilidad de contemplar factores de salario.”*

3.3. Las funciones que son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y no pueden arrogarse, son las señaladas por el numeral 19 literal e) del artículo 150 Carta Política³¹; el Acuerdo nro. 0073 de 2002 no estableció un sistema salarial sino unos factores de salario.

3.4. En el proceso de pérdida de investidura no se demostró la participación del concejal William Villamizar Laguado y se partió de una ficción legal al aplicar el artículo 193 del Código General del Proceso, asumiendo que el demandado participó con su voto favorable en la aprobación del Acuerdo 0073 de 2002 expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, con lo cual desestimó el derecho fundamental de la No autoincriminación establecido por el artículo 33 de la Constitución Política.

³¹ “**ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. (...)

3.5. El Acuerdo 0073 de 2002 no lo expidió el demandado sino el Concejo Municipal de San José de Cúcuta.

3.6. No se determinó con la precisión jurídica de rigor, por qué la materia no podía ser regulada por el concejo municipal, gozando el Acuerdo 0073 de 2002 de presunción de legalidad, pues no ha sido declarado nulo por la autoridad competente.

3.7. *“La prohibición de **delegación** en las corporaciones públicas territoriales, lo mismo que la prohibición de **arrogarse** es la competencia para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.”*

3.8. No se ha esclarecido si en la atribución dada a los concejos municipales en el numeral 6 del artículo 313 de la Carta Política³², de establecer la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo, pueda estar o no prevista la posibilidad de indicar si en esa escala se puede hacer mención a factores de salario.

Por las razones anotadas, el apoderado del accionante manifestó que el asunto revestía relevancia constitucional, por cuanto la sentencia cuestionada violaba y amenazaba derechos constitucionales fundamentales, incurrió en error sustantivo al darle primacía a la norma procesal prevista en el artículo 193 de Código General del Proceso y desconoció el precedente judicial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-501 del 6 de agosto de 2015.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN PRIMERA INSTANCIA

Las actuaciones más relevantes fueron las siguientes:

4.1. La tutela fue radicada el 16 de noviembre de 2016³³ y correspondió en reparto a la Subsección B, Sección Segunda de esta Corporación, que por auto del 21 de

³² El cual prevé: “artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.(...)”.

³³ Folio 1 cuaderno tutela.

noviembre del mismo año la admitió y ordenó notificar a la Sección Primera del Consejo de Estado, así como también dispuso la vinculación, por tener interés directo en el resultado del proceso, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al señor Héctor Alfonso Oviedo Lozano³⁴. Tal orden se cumplió el 28 de noviembre de 2016³⁵.

En el citado proveído también se solicitó a la Sección Primera del Consejo de Estado y al Tribunal Administrativo de Norte de Santander que remitieran, en original, copia o magnético, el expediente correspondiente al proceso de pérdida de investidura con radicación número 54001233300020150030701.

4.2. El señor Consejero **Roberto Augusto Serrato Valdés, magistrado del Consejo de Estado, Sección Primera y ponente de la decisión cuestionada**, rindió informe en oportunidad, solicitando se negara el amparo solicitado; para ello expuso los siguientes argumentos³⁶:

El demandante no precisó cuáles fueron los defectos previstos por la jurisprudencia constitucional que se presentaban en este caso y al parecer aludió a la eventual configuración del defecto sustantivo.

Frente al principio de no autoincriminación consagrado por el artículo 33 de la Carta Política, el actor simplificó los argumentos esbozados por la Sala de la Sección Primera, en los cuales se analizó el alcance del mismo; afirmó que la providencia del 28 de julio de 2016 hizo eco de las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional, específicamente las sentencias C-102 de 2005 y C-258 de 2011, para concluir que no se vulneró dicha garantía cuando el demandado dentro del proceso, de forma libre y en ejercicio del derecho de defensa, aceptó como ciertos todos los hechos alegados en la demanda; luego, la aceptación que se presentó en el caso controvertido cumplió los requisitos de confesión previstos en los artículos 191 y 193 del Código General del Proceso.

Aseveró que el estudio normativo y jurisprudencial que hizo la Sección acerca del contenido del Acuerdo 0073 de 2002 fue acertado, e insistió en que las entidades

³⁴ Folio 98 cuaderno tutela.

³⁵ Folios 54-61 cuaderno de la acción de tutela.

³⁶ Folios 104 a 117 cuaderno tutela.

del orden territorial no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones, porque, de hacerlo, vulneran la Constitución Política y la ley.

Por último, afirmó que no se desconoció la sentencia SU-501 de 2015, pues en el proceso se probó que la actuación del señor William Villamizar Laguado fue culposa, por lo que se atendieron los requisitos de la responsabilidad subjetiva que determinó la Corte Constitucional, y añadió que el aquí actor no alegó en el trámite del proceso algún tipo de causal de exclusión.

4.3. La Jefe de la Oficina Jurídica (E) de la Registraduría Nacional del Estado Civil alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela porque la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, hizo tránsito a cosa juzgada.

4.4. El señor Héctor Alfonso Oviedo Lozano, demandante dentro del proceso de pérdida de investidura, guardó silencio.

5. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 18 de enero de 2017, amparó el derecho fundamental al debido proceso del señor William Villamizar Laguado y, en consecuencia, dejó sin efectos la providencia del 28 de julio de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, ordenando que se profiriera una nueva decisión³⁷.

Como problema jurídico a resolver determinó: “(...) si la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial al decretar la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado, como Concejal del Municipio de San José de Cúcuta para el periodo 2001-2003, en la sentencia del 28 de julio de 2016 (...)”.

Consideró que la acción de pérdida de investidura corresponde al ejercicio del poder punitivo del Estado, en donde se sanciona aquella conducta que pugna con el deber de ejercer un cargo de representación popular de manera pulcra,

³⁷ Folios 141 a 159 cuaderno de tutela.

decorosa e intachable; siendo, en últimas, una acción de tipo ético y debido a su carácter sancionatorio, ello impide que se acuda a todas las normas previstas por el Código General del Proceso, porque la naturaleza de los procesos que allí se regulan no es compatible en todo con el de pérdida de investidura que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Agregó que, por ende, lo propio es aplicar el régimen probatorio del proceso disciplinario, *“no porque la pérdida de investidura tenga la naturaleza de un proceso disciplinario, sino porque siendo ambas acciones de tipo sancionatorio, resulta la regulación más próxima a esta tipología de proceso.”*

Razonó que, dado que el propio proceso disciplinario, en cuanto a la regulación de los medios de prueba, remite al Código de Procedimiento Penal, dada la afinidad de su naturaleza sancionadora, también debía acudir al mismo ordenamiento, que es la normativa que regula integralmente el medio de prueba de la confesión; para concluir que, en materia penal, la confesión o aceptación de responsabilidad es válida, pero debe hacerla la persona implicada, sin que haya norma que permita la confesión hecha por otro, pues se trata de un acto reservado a la persona misma, no al defensor; por ello estimó que la Sección Primera del Consejo de Estado **incurrió en un defecto sustantivo** al aplicar indebidamente al proceso de pérdida de investidura el artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, cuando dicha disposición no es compatible con la naturaleza de este proceso sancionatorio.

En cuanto **al defecto fáctico**, sostuvo que también se configuraba, toda vez que la Sección Primera de esta Corporación, además de haber aplicado de manera indebida el artículo 193 del Código General del Proceso, el resultado de su examen no daba lugar a considerar probado el siguiente hecho: ***“el demandante votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.”***³⁸. (negrillas en la providencia citada)

*“Lo anterior, por cuanto el hecho narrado en la demanda dentro del proceso de pérdida de investidura solo decía que: “El 22 de octubre de 2002, siendo las 5: 10 pm se reunió el Honorable Concejo Municipal de Cúcuta y aprobó en su segundo debate reglamentario el proyecto N° 088 del 2002” y que **“En la aprobación de***

³⁸ Folio 530 c.ppal 2 exp. 2015-00307 PI.

este acuerdo participó y voto el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO (...) declarado elegido por la Registraduría Municipal del Estado Civil y posesionado ante el Concejo en Pleno para el periodo Constitucional 2001 – 2003³⁹ (Negrilla y subrayado en el fallo de tutela).

Concluyó que, comoquiera que la manifestación del apoderado del demandado en la contestación a la demanda de pérdida de investidura fue: *“Es cierto, y de eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda, sin embargo, de ahí a que con ello se configure una indebida destinación de dineros públicos, deberá ser objeto de prueba por parte del demandante (...),”* la supuesta confesión del voto afirmativo en la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002 por parte del entonces Concejal William Villamizar perdía su sustento, con lo cual, se desvirtuaba la conclusión a la que llegó la Sección Primera, sobre la responsabilidad directa y personal del ahora tutelante en la decisión administrativa que derivó en una indebida destinación de dineros públicos.

Por último, señaló que la Sección Primera del Consejo de Estado impuso la máxima sanción de muerte política al entonces Concejal Villamizar Laguado con fundamento en una supuesta ilegalidad del Acuerdo 073 de 2002, cuando la presunción de legalidad no fue desvirtuada dentro del medio de control de nulidad y ni siquiera en el evento de declararse tal nulidad constituía una sanción definitoria para decretar la pérdida de investidura de un concejal, toda vez que se requería el estudio de otros aspectos que permitieran advertir la responsabilidad del demandado en la causal invocada.

6. IMPUGNACIÓN

El Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés, mediante escrito radicado el 17 de febrero de 2017, impugnó la sentencia del 18 de enero del mismo año, por considerar que⁴⁰:

³⁹ Folio 1 del c. de pérdida de Investidura.

⁴⁰ Folios 166 a 177 cuaderno tutela.

La providencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo porque el régimen probatorio aplicable a las pérdidas de investidura de concejales es el previsto en el Código General del Proceso; en efecto, al no existir norma específica de regulación, debía darse aplicación a lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en el artículo 211 remite al Código de Procedimiento Civil y no al Código de Procedimiento Penal.

Aclaró que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya había definido que el régimen probatorio de la acción de pérdida de investidura es, por remisión, el del Código General del Proceso; para ello citó el auto del 6 de julio de 2015, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente nro. 110010315000201501564, así como la providencia del 6 de octubre de 2015, expediente nro. 110010315000201401602.

Advirtió que la sentencia de tutela no respetó los límites propios del juez de tutela y fue “*absolutamente arbitrario*” por resolver un conflicto de interpretación del derecho legislado, propio del juez ordinario, y resaltó que el régimen probatorio aplicable no fue cuestionado en la acción de tutela.

Resaltó que el señor William Villamizar Laguado, en la contestación de la demanda de pérdida de investidura, afirmó que votó a favor el Acuerdo 0073 de 2002, y sostuvo que, de haber votado en forma negativa el concejal, debió mencionarlo así, pero no lo hizo.

Consideró que la acción de tutela no puede convertirse en una instancia adicional en la que se cuestione el análisis probatorio que realizó el juez natural y, aún más, cuando la valoración no fue irregular y se siguió el precedente fijado por esta Corporación.

Adujo que, si bien es cierto se citó la posición vigente hasta el momento del Consejo de Estado, Sección Segunda, respecto del régimen prestacional de los empleados del orden nacional y territorial, en ningún momento se hizo un estudio de la legalidad del Acuerdo 0073 de 2002.

Por lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la acción de tutela.

7. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia del 9 de marzo de 2017, profirió una nueva decisión en la que atendió lo ordenado en el fallo de tutela y, en consecuencia, confirmó la adoptada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que había negado las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el señor William Villamizar Laguado.

8. HECHOS RELEVANTES

En el proceso se acreditó lo siguiente:

8.1. El señor William Villamizar Laguado fue elegido concejal del Municipio de San José de Cúcuta, Norte de Santander, para el período 2001-2003⁴¹.

8.2. El Concejo Municipal de San José de Cúcuta aprobó el Acuerdo 0073 del 29 de octubre de 2002, por el cual fue creada como factor salarial, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del mismo municipio⁴².

8.3. El 31 de julio de 2015 fue interpuesta demanda de pérdida de investidura en contra del concejal William Villamizar Laguado por indebida destinación de dineros públicos, con fundamento en la causal señalada por el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, bajo la consideración de que participó y votó en la sesión que aprobó el referido acuerdo, afirmando el demandante que se presentó un detrimento del patrimonio público a favor de terceros, consistente en que a los empleados del ente territorial se les reconocieron prestaciones sociales, cuya determinación es competencia exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional⁴³.

8.4. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en providencia del 6 de octubre de 2015, negó la solicitud de pérdida de investidura, y dentro de los argumentos base de la decisión se destaca la consideración de que “... *el actor no logró ni siquiera probar que el señor William Villamizar Laguado votó*

⁴¹ Folios 24 a 27 cuaderno 1 del proceso de pérdida de investidura.

⁴² Folios 39 a 42 del cuaderno 1 del proceso de pérdida de investidura.

⁴³ Folios 1 a 22 del cuaderno 1 del proceso de pérdida de investidura.

*favorablemente para la aprobación del proyecto 0088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta de 22 de octubre de 2002, solo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate*⁴⁴.

8.5. Frente a la anterior decisión el demandante interpuso recurso de apelación y el Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia del 28 de julio de 2016, revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, decretó la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado, al tener por demostrado que, como integrante del concejo municipal, votó favorablemente para la aprobación del Acuerdo 0073 de 2002, incurriendo en indebida destinación de dineros públicos⁴⁵.

8.6. El actor, mediante memorial radicado el 8 de agosto de 2016⁴⁶, solicitó aclaración de la precitada sentencia y la Sección Primera del Consejo de Estado, en proveído del 13 de octubre del mismo año, denegó la aclaración, bajo la consideración que ésta no tenía por objeto esclarecer conceptos o frases que ofrecen verdadero motivo de duda que estuvieran consignados en la parte resolutive de la sentencia, o influyeran en ella.

No obstante, dijo lo siguiente en el mismo auto acerca de los efectos de las decisiones judiciales emitidas en los procesos de pérdida de investidura, luego de citar el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011⁴⁷:

“[...] El demandante en este tipo de acciones busca, como consecuencia de la comprobación de una[s] causales previstas en la ley, que se altere una situación original en la que un ciudadano ostenta (u ostentó) la condición de congresista, diputado, concejal o edil, para despojarlo de ella, esto es, que el juez emita una sentencia constitutiva, en la que extinga una situación jurídica existente creando una nueva que no existía, razón por la que sus efectos se surtan a partir de la ejecutoria de la misma y hacia futuro.

En tal medida, la sanción derivada de la sentencia constitutiva que despoja a un ciudadano de su investidura tendrá efectos a partir de su ejecutoria y hacia el futuro y no debería afectar, en consecuencia, situaciones consolidadas ocurridas con anterioridad a la ejecutoria de la decisión judicial. [...]”

⁴⁴ Folios 364 a 375 del cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura. Aparte en comillas en folio 374 *ibídem*.

⁴⁵ Folios 514 a 567 cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

⁴⁶ Folios 573 a 581 cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

⁴⁷ Folios 587 a 591 cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

8.7. El concejal demandado interpuso acción de tutela contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2016 por la Sección Primera de la Corporación⁴⁸, y la Sección Segunda, Subsección B, en fallo del 18 de enero de 2017, amparó el derecho fundamental al debido proceso del señor William Villamizar Laguado; en consecuencia, dejó sin efectos la providencia cuestionada del 28 de julio de 2016, ordenando que, en el término de 30 días, la Sección Primera proferiera nueva decisión⁴⁹.

8.8. La Sección Primera del Consejo de Estado dictó sentencia sustitutiva el 9 de marzo de 2017, mediante la cual dio cumplimiento a lo ordenado por la Sección Segunda, Subsección B, y en su lugar confirmó la sentencia del *a quo*⁵⁰.

9. ANÁLISIS DEL CASO

Dado que la presente tutela fue asumida por importancia jurídica, estimo que era el espacio propicio para que la Sala Plena Contenciosa se pronunciara sobre los siguientes aspectos: **i)** los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; **ii)** los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y **iii)** descender a los defectos invocados en el caso concreto.

9.1. Frente a los requisitos de procedencia adjetiva de la acción de tutela contra providencias judiciales

La jurisprudencia constitucional adoptó los siguientes requisitos de carácter general para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales han sido acogidos por esta Corporación⁵¹:

“[...] a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a

⁴⁸ Folios 1 a 20 cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴⁹ Folios 141 a 159 cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁵⁰ Folios 638 a 650 cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

⁵¹ Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

otras jurisdicciones⁵². En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁵³. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁵⁴. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁵⁵. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁵⁶. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

⁵² Sentencia 173/93.

⁵³ Sentencia T-504/00.

⁵⁴ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

⁵⁵ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.

⁵⁶ Sentencia T-658-98.

f. Que no se trate de sentencias de tutela⁵⁷. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas. [...]"

Por consiguiente, era procedente referirse a cada uno de los citados elementos, así:

9.1.1. Relevancia constitucional:

La Corte Constitucional ha sostenido que los asuntos sometidos al juez de tutela deben ser constitucionalmente relevantes; es decir, el debate que se plantea en la demanda debe versar respecto de derechos fundamentales. En ese sentido, se indicó en la sentencia C-590 de 2005:

*"Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública."*⁵⁸ (Subrayas fuera del texto)

De lo anterior se colige que al juez constitucional únicamente le está permitido estudiar cuestiones que cuenten con una clara importancia constitucional; ello, con el fin de impedir que éste se inmiscuya en materias propias de otras jurisdicciones, lo que desbordaría el ámbito de aplicación de la acción de tutela.

Así las cosas, al analizar la procedencia, el primer punto que debe abordar el juez será el de examinar si el asunto puesto a su consideración se encuentra revestido de relevancia constitucional, determinando la razón por la cual esa situación afecta realmente los derechos fundamentales de las partes. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido⁵⁹:

*"(...) Frente a la exigencia de que **lo discutido sea de evidente relevancia constitucional**, esta Corte ha dicho que obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales, como de los de las demás*

⁵⁷ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU172 de 2015, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

jurisdicciones. Debe el juez de tutela argumentar clara y expresamente por qué el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecta los derechos fundamentales de las partes." (Subrayas fuera del texto)

Por ende, la relevancia constitucional tiene como finalidad: (i) proteger el principio de autonomía judicial, y (ii) que el juez constitucional no se inmiscuya en materias propias de otras jurisdicciones; en ese sentido, la Sala Plena de esta Corporación ha señalado⁶⁰:

"La "relevancia constitucional" es un asunto que puede ser desarrollado desde dos puntos de vista: i) para efectos de la revisión eventual realizada por la Corte Constitucional y, ii) como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales para evitar que se convierta en una tercera instancia.

El segundo aspecto, esto es, la relevancia constitucional como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, es el que interesa para efectos de esta sentencia.

La relevancia constitucional como requisito de procedibilidad tiene dos cometidos fundamentales. Por un lado, protege "el principio constitucional de la autonomía funcional de los jueces (artículos 228 y 230 de la Carta)"⁶¹; por otro, evita que la acción de tutela se torne en un instrumento para "involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones"

Que el asunto "tenga relevancia constitucional", que afecte "derechos fundamentales de las partes", es un requisito de la acción de tutela que supone la conjunción de dos elementos necesarios⁶².

El primer elemento dice relación con la carga argumentativa del actor para demostrar en sede de tutela que el asunto es de relevancia constitucional por la afección de sus derechos fundamentales. No basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

A juicio de la Sala, si bien es cierto que el juez de tutela debe motivar su decisión, explicando por qué ella es de "relevancia constitucional", no es menos cierto que el actor tiene la carga de argumentar el por qué su pretensión tiene tal atributo, para que el juez pueda determinar si se cumple tal

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014. Rad.:11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actora: Alpina Productos Alimenticios S.A.; M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁶¹ Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶² Esta exigencia se deriva del requisito general de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, contemplado en el literal a) del fundamento jurídico 24 de la sentencia C-590 de 2005.

*requisito, so pena del rechazar o declarar improcedente el amparo constitucional*⁶³.

El segundo elemento supone que el procedimiento de tutela no puede erigirse en una instancia procesal adicional. En consecuencia, en caso que de la acción de tutela se derive que esa es la pretensión del actor, la decisión será rechazarla o declararla improcedente.” (Subrayas fuera del texto)

De lo dicho se deduce que, para entender acreditado el requisito de relevancia constitucional, el juez lo primero que debe advertir en la demanda es que el interesado invoque derechos de orden constitucional y que, adicionalmente, explique las razones por las cuales los entiende transgredidos. En tal virtud, si el derecho invocado no cuenta con dicho carácter, no hay lugar a emprender el estudio de los requerimientos que siguen, pues la acción de tutela ha sido erigida precisamente sobre la idea de protección de esos y no otros derechos.

Seguidamente, debe el juez examinar si, en efecto, la vulneración del derecho acontece en lo que se conoce como su núcleo esencial, pues sólo de esta manera el caso reviste la relevancia o trascendencia necesaria para permitir que, por vía de la acción prevista en el artículo 86, se logre exceptuar en un juicio constitucional el principio de cosa juzgada que orienta todo el andamiaje institucional en el que se funda nuestro sistema jurídico. Con este propósito, el juez no podrá limitarse a convalidar el requisito de la relevancia constitucional con la sola mención de un derecho fundamental, pues deberá evaluar si, de acuerdo con los argumentos expresados en el escrito correspondiente, hay amenaza o violación efectiva de un derecho fundamental constitucional.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el núcleo esencial de un derecho fundamental es *“esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. En sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho*

⁶³ En España por ejemplo, de tiempo atrás, esta es una carga del demandante, avalada por el Tribunal Constitucional, contenida en el último requisito establecido en numeral 1 del artículo 49 (*“la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”*) y en el literal a) del numeral 1 del artículo 50 (*“el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”*) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), respecto de la procedencia de la acción de amparo en general y, en particular, contra providencias judiciales.

deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección”⁶⁴.

Esto significa que el núcleo esencial de un derecho fundamental es el contenido intocable que determina su posible vulneración; por ende, si éste es afectado, se estará ante su violación; para ello, la Corte Constitucional ha establecido los criterios para determinar su contenido, al señalar⁶⁵:

“[...] Los criterios que sirven de apoyo para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, son principalmente dos: i) hacen parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y, ii) integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable.[...]”.

Con miras a establecer los aspectos que deben ser puntualizados para resolver si una demanda de tutela contra providencia judicial tiene o no relevancia constitucional, la Sala destaca: (i) que el escrito invoque la vulneración de derechos fundamentales, (ii) que se expongan las razones de vulneración de esos derechos fundamentales, y (iii) que la transgresión suponga un atentado contra el núcleo esencial de los derechos invocados, requisitos que exigen del juez de la tutela un examen de las razones del actor para afirmar que hay amenaza o vulneración de un derecho fundamental, comparadas con el núcleo fundamental del mismo.

9.1.2. Inmediatez

La jurisprudencia constitucional ha considerado que, dado que la finalidad de la tutela es la protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales del solicitante, ésta debe formularse en un plazo razonable y proporcionado, contado a partir del hecho que originó la amenaza o vulneración de tales derechos, pues aceptar lo contrario desvirtuaría el carácter excepcional de la misma.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-756 del 2008.

⁶⁵ *Ibídem*.

Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mediante sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁶⁶, en lo concerniente a la verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez en los casos que se controvierten providencias judiciales, consideró que este requisito, por regla general, se debe tener por cumplido cuando la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de la providencia que se pretende controvertir. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los términos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad. Este plazo, en todo caso, es indicativo, por lo que deberá ser analizado en cada caso particular, teniendo en consideración las circunstancias especiales de modo, tiempo y lugar en que se encuentre el accionante.

Por lo anterior, la regla general que determinaron la Corte Constitucional⁶⁷ y esta Corporación respecto al requisito de inmediatez es que, dada la naturaleza de urgente e inmediata, la acción de tutela debe ser interpuesta en un término razonable que, en principio, no puede ser mayor a seis (6) meses siguientes a los hechos que ocasionaron la vulneración de los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el juez constitucional debe tener mayor rigor en el examen de este requisito de procedibilidad, ya que permitir su procedencia meses o aún años después de proferida la decisión, sacrificaría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, así como eventualmente los derechos de terceras personas.

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado como criterios excepcionales para evaluar el término de presentación de la acción de tutela los siguientes casos⁶⁸:

“[...] 10. Entre los criterios que permiten valorar si el lapso de tiempo entre una y otra circunstancia es razonable, oportuno y justo se cuentan: “(i) si el ejercicio inoportuno de la acción implica una eventual violación de los derechos de terceros; (ii) cuánto tiempo transcurrió entre la expedición de una sentencia de unificación novedosa de esta Corte sobre una materia discutida y la presentación del amparo; (iii) cuánto tiempo pasó entre el momento en el

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014. Rad.:11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actora: Alpina Productos Alimenticios S.A.; M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁶⁷ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional: SU-391 del 27 de julio de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-246 del 30 de abril de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez;

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

cual surgió el fundamento de la acción de tutela y la interposición de esta última; o (iv) cuál ha sido el lapso que la jurisprudencia de esta Corte ha juzgado irrazonable en casos similares al que está por resolverse”⁶⁹. En este mismo sentido, la sentencia T-043 de 2016 se refirió a los siguientes criterios: “(i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”^{70, 71}.

De igual manera, la sentencia T-069 de 2015 señaló que le corresponde al juez de tutela analizar el cumplimiento del principio de inmediatez “en relación con las circunstancias que rodean el caso concreto, entre las cuales se encuentran: i) la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; ii) las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; iii) el aislamiento geográfico; iv) la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor; v) la eventual vulneración de derechos de terceros; vi) la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado; y vii) la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica”⁷².

11. Esta Corporación ha considerado los siguientes criterios para valorar la admisibilidad de una acción de tutela presentada luego de que hubiese transcurrido un largo periodo de tiempo respecto de la vulneración o amenaza de derechos: “(i) [q]ue se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”⁷³. Las circunstancias mencionadas previamente conllevan a que no sea

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-407 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁰ En ese sentido, ver sentencias T-172 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-743 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-814 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Estos criterios también han sido aplicados en las sentencias: T-759 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-243 de 2008, M.P. Manuel José Cépeda Espinosa, entre otras.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2015, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2006, M.P. Estas consideraciones fueron reiteradas en las sentencias T-590 de 2014, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; T-069 de 2015, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; T-205 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-043 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este sentido también se ha pronunciado esta Corporación en las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, y SU-168 de 2013, entre otras. Ver entre otras, las Sentencias T- 1110 de 2005, T- 593 de 2007, T-425 de 2009, T-1028 de

exigible de manera estricta el principio de inmediatez; puesto que, “la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”. [...] (Subrayas fuera de texto).

En ese contexto, tratándose de los criterios excepcionales para evaluar la presentación proporcional en el tiempo de la acción de tutela, en primer lugar el demandante debe exponer en el escrito de amparo un mínimo de carga argumentativa en aras de acreditar: (i) si existe un motivo válido para la inactividad en el ejercicio de la tutela; (ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados y, iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales. De cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición⁷⁴.

Una vez verificado lo anterior, el juez constitucional deberá examinar las circunstancias propias del caso objeto de su estudio, en aras de establecer si éstas se adecuan en los criterios excepcionales fijados por la Corte Constitucional expuestos anteriormente; estos criterios excepcionales pueden responder a parámetros de índole subjetiva u objetiva según corresponda; veamos:

El subjetivo, es aquel que se circunscribe a las condiciones especiales del sujeto o sujetos que instauran la acción de tutela. Así pues, el juez constitucional deberá evaluar: (i) si el demandante pertenece a un grupo vulnerable; (ii) si de conformidad con la situación personal o coyuntural del actor no era posible acudir

1010, T-187 de 2012 y SU-158 de 2013. Ver entre otras, las Sentencias T- 593 de 2007, T-158 de 2006, T-792 de 2009, T-1028 de 2010, T-187 de 2012 y T-844 de 2013. Ver Sentencias T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T- 429 de 2011, T-998 de 2012, SU-158 de 2013, T-521 de 2013, T-447 de 2013, y T-841 de 2014. Allí la Sala Plena y las diferentes Salas de Revisión han hecho alusión a estas situaciones excepcionales al abordar la procedibilidad de acciones de tutela mediante las cuales se pretendía obtener acceso a una defensa técnica, a un recalcule del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobreviviente, a la pensión de invalidez, reintegro derivado de estabilidad laboral reforzada y pago de acreencias laborales a trabajadores sindicalizados respectivamente.

⁷⁴ En ese sentido, ver sentencias T-172 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-743 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-814 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de forma inmediata al juez constitucional; (iii) si el accionante se encuentra en condiciones de aislamiento geográfico o de vulnerabilidad económica que le impidieron ejercer la tutela; (iv) si está en estado de indefensión que le impidió hacer uso de la acción de tutela, y (v) si la vulneración a los derechos fundamentales ha sido permanente en el tiempo.

Por su parte, el criterio objetivo, hace referencia a aquellos eventos en que la Corte Constitucional haya expresamente determinado un plazo especial para la interposición del amparo dada las condiciones propias del caso en concreto, como sucede cuando se discuten pensiones de sobrevivientes.

En conclusión, este requisito implica como regla general que la acción de tutela debe interponerse dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de la providencia que se pretende controvertir; sin embargo, si de conformidad con la carga argumentativa expuesta por el demandante en el escrito de tutela, el juez constitucional evidencia que existe una causal de justificación para que el demandante no haya acudido al procedimiento de amparo en ese plazo, deberá acudir a los criterios excepcionales para el cumplimiento del requisito de inmediatez, esto es, el objetivo o subjetivo, para analizar si el tiempo de presentación y la fecha en que fue instaurada la tutela es proporcional a las condiciones del caso en concreto.

9.1.3. Subsidiariedad

También ha definido la jurisprudencia constitucional que es necesario agotar, a efectos de que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, todos los medios –ordinarios y extraordinarios, de defensa al alcance de la persona afectada, salvo que el mecanismo no resulte idóneo o se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con esto, no puede acudirse a la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, puesto que ello implicaría desnaturalizar los otros instrumentos judiciales que para la protección de derechos se han diseñado, agotando las competencias del respectivo juez natural.

En este sentido, precisó la Corte Constitucional en sentencia T-504 de 2000, referenciada en el fallo C-590 de 2005:

“[...] La acción de tutela entonces es subsidiaria, procede sólo cuando los derechos que se invocan como vulnerados no puedan ser protegidos por medios judiciales ordinarios, que tienen preferencia. Cuando el juez incurre en una vía de hecho, es posible corregir el error mediante los recursos establecidos dentro del proceso, la reposición, la apelación y el extraordinario de casación, reservándose la tutela para un momento posterior, cuando se han agotado los medios de defensa ordinarios, conservándose así su carácter residual.

No es posible entonces, entablar la acción de tutela como si la jurisdicción constitucional fuera una jurisdicción paralela, para proteger derechos fundamentales cuya protección también se ha solicitado por otro instrumento procesal idóneo, desplazando al juez natural que existe para resolver el asunto en litigio, sobre todo tratándose de una interpretación judicial que en sí misma es una facultad del juez de conocimiento, y por consiguiente debe ser definido dentro de las instancias y las jerarquías establecidas dentro de la jurisdicción ordinaria.

-Tampoco puede aceptar la Sala el argumento mediante el cual el apoderado de la actora afirma que el recurso extraordinario de casación no es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que considera vulnerados por la reconocida mora judicial de la Corte Suprema de Justicia para tomar sus decisiones, considerando que la decisión que se tomase sería tardía e inútil respecto del perjuicio eventualmente causado de producirse la efectiva captura que se pretende evitar con la suspensión de la orden.

*Es cierto que el trámite de la acción de tutela es más rápido que el de los recursos interpuestos ante otras jurisdicciones, pero si este fuera un criterio para la procedibilidad de esta acción, todos los procesos terminarían tramitándose por esa vía, desconociendo su finalidad de mecanismo subsidiario y residual, siendo por el contrario el agotamiento de los recursos ordinarios un requisito indispensable para poder acudir a la tutela.
[...]*

Tal pronunciamiento fue recogido en sentencia de unificación SU-695 de 2015, en la que se reiteró que el fundamento de este presupuesto es prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta al juez natural, de tal forma que no se suplanten de manera fraudulenta las competencias propias de cada juicio y, además, que los ciudadanos cumplan con la carga mínima de diligencia en la defensa de sus intereses agotando los medios de defensa con los que cuente; veamos:

“[...]”

4.3.5. “La subsidiariedad como requisito genérico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.3.5.1. Tal como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación⁷⁵, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual,

⁷⁵ Sentencias T-335 de 2007; T-764 de 2007; T-266 de 2008 y T-655 de 2009, entre otras.

subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política que consagra la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales que “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.”⁷⁶ De lo anterior se colige, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

4.3.5.2. Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: **primero**, que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso⁷⁷ y; **segundo**, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.⁷⁸

4.3.5.3. Esta Corporación ha señalado frente al requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, que el mismo se debe estudiar en dos escenarios: **(i)** cuando el proceso ha concluido; o **(ii)** cuando el proceso se encuentra en curso. Al respecto, la Sentencia T-113 de 2013⁷⁹ estableció:

“En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se

⁷⁶ En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁷ Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁸ Sentencia T-301 de 2009.

⁷⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.”

En este sentido, la Corte ha sido enfática al señalar que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos, por lo que no es dable la intromisión del juez constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo⁸⁰.

[...]”

Aun cuando el accionante disponga de otro medio de defensa judicial, la tutela puede ser ejercida como mecanismo transitorio siempre y cuando se utilice para evitar la causación de un perjuicio irremediable. Al respecto, en la sentencia SU-394 de 2016, se precisó:

“[...] 14.3. Con todo, ha dicho la Corte que “la sola existencia de otro mecanismo judicial [de defensa] no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción”⁸¹. El medio previsto debe ser idóneo, es decir, válido y conducente para producir el efecto garante de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Además, debe ser eficaz, lo que implica que debe llevar realmente a la protección oportuna del derecho que se estima vulnerado.

14.5. En el caso de la tutela contra sentencias judiciales, el requisito de subsidiariedad puede ser reivindicado en dos momentos diversos: el primero, cuando el trámite procesal ha concluido, caso en el cual debe verificarse el agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos por el ordenamiento para cuestionar las decisiones impugnadas, y, eventualmente, evaluar si la tutela está siendo utilizada o no para revivir oportunidades procesales vencidas⁸².

14.6. Un segundo momento ocurre cuando el proceso judicial se encuentra en curso. En esta última circunstancia, la tutela en principio no procede, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, el amparo constitucional no puede operar como un mecanismo paralelo a la protección judicial ordinaria.

15. Sin embargo, la tutela puede ser eventualmente procedente en aquellos casos en que se dé la existencia efectiva de un perjuicio irremediable y se

⁸⁰Sobre el particular pueden verse las sentencias T-083 de 2007, T-1103 y 076 de 2003, T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992, entre otras.

⁸¹Entre otras sentencias SU-961 de 1999, T-972 de 2005, T-068 de 2006 y T-580 de 2006.

⁸²Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

requiera evitar que se consolide dentro de un proceso, la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

16. En tales circunstancias, esta Corporación ha señalado que la protección constitucional se debe dar de forma transitoria, acogiendo las siguientes consideraciones:

“...el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio en forma definitiva”⁸³.

17. La exigencia del perjuicio irremediable para la procedencia de la tutela en tales casos, se deriva normativamente del tercer inciso del artículo 86 superior que dispone que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que también prevé que la tutela **no** procederá “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

18. En esta última hipótesis, esta Corporación ha reconocido la existencia de un perjuicio de tal entidad y naturaleza, cuando concurren los siguientes presupuestos:

(i) El perjuicio es cierto e inminente. Ello supone la existencia de una amenaza cierta al derecho fundamental invocado, en el evento de no frenarse el hecho generador de la afectación que se alega. En otras palabras, la “existencia actual o potencial [del perjuicio] debe inferirse objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas”⁸⁴ subjetivas.

(ii) El perjuicio es grave. Ello implica que el daño o menoscabo material o moral que se espera, debe ser de gran intensidad para la persona, en la medida en que lesiona o amenaza con lesionar, un bien que objetivamente considerado como de alta significación para el afectado.

(iii) Se requieren medidas urgentes e impostergables para conjurar la amenaza. Ello significa, que las medidas que son necesarias para conjurar el perjuicio irremediable invitan a la pronta ejecución o remedio.

19. Aunado a estos elementos configurativos de la noción de perjuicio irremediable, la Corte ha exigido, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, que tal perjuicio se encuentre probado.

⁸³ Sentencia T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸⁴ Sentencia T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Por ende, no basta con afirmar en la tutela que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, sino que es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁸⁵[...].”

Sobre el punto, es clara la línea jurisprudencial al establecer que la procedencia de la tutela contra providencias judiciales debe diferenciarse en dos escenarios: el primero, cuando el proceso se encuentra en curso; y el segundo, cuando éste ha culminado.

La hipótesis inicial supone que en el proceso respecto del cual se solicite la protección *ius fundamental*, no se haya proferido una decisión que defina la situación jurídica en litigio. Al respecto, la regla es que no es viable, salvo que se haya alegado la existencia de un perjuicio irremediable, contando con las características propias de esta figura, cuales son, que sea cierto e inminente, grave e impostergable.

El segundo aspecto se traduce en un proceso en donde existe decisión judicial en firme y frente al cual se han ejercido los mecanismos de defensa judicial procedentes de manera previa a acudir al juez constitucional, pues la acción del artículo 86 Superior no se erigió como un mecanismo paralelo al de las otras jurisdicciones, sino subsidiario de éstos.

Siendo ello así, es menester ahora definir cuáles son los medios de defensa judiciales a los que alude la jurisprudencia. En efecto, todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional se han referido a que son los ordinarios y extraordinarios.

Los ordinarios se encuentran establecidos en el Capítulo XII del Título V de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; estos son, el recurso de reposición, apelación, queja y súplica; los extraordinarios, por su parte, están regulados en el Título VI *ibídem*, y corresponden al extraordinario de revisión, el de unificación de jurisprudencia, en lo que toca a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el especial de revisión en los asuntos que se pretenda la pérdida de investidura de congresista.

⁸⁵ Sentencia T-290 de 2005.M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sobre los extraordinarios, era necesario precisar su alcance. Así pues, la procedencia de la tutela contra providencia judicial está supeditada a que no concurren ninguna de las causales señaladas por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, o las reguladas en normas especiales o en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, para la viabilidad del recurso el extraordinario de revisión; estas últimas son:

“Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

- 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
- 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
- 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
- 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
- 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
- 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
- 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.*

En relación con la causal señalada en el numeral 5, esta Corporación ha coincidido en afirmar que la nulidad se debe predicar de la sentencia como acto jurídico individualmente considerado, esto es, producida por tal decisión o que sobrevenga; por ende, no debe ser la que se origine en la nulidad del proceso (artículos 132 y siguientes del Código General del Proceso), porque en ese caso debieron ser alegadas en la instancia correspondiente. Están cobijadas en este supuesto, eventos tales como: en el cual se condena a quien no ha sido parte en

el proceso; o cuando se dicta sentencia en proceso archivado; se dicta sentencia por juez impedido; o cuando se profiere sin el número de votos necesario; o cuando se dicta sin quórum; o cuando carece de motivación; o se condena por cantidad superior; o se condena por objeto o causa diferente.

La jurisprudencia también abrió la posibilidad de que el recurso extraordinario de revisión proceda con la invocación de la causal señalada en el anotado numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, cuando quiera que se evidencie la vulneración del derecho al debido proceso; para ello es pertinente traer a colación lo dicho por la Sección Quinta en fallo del 16 de enero de 2017, dentro del proceso número 11001-03-28-000-2016-00070-00, en cuyo contenido también se aludió a la postura de la Sala Especial de Revisión nro. 26, donde se decidió el recurso extraordinario de revisión radicado con el número 11001-03-15-000-2011-01639-00. El siguiente fue el discernimiento:

[...]

“1. La causal de revisión por nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso⁸⁶

Corresponde al numeral quinto del artículo 250 del CPACA:

“Son causales de revisión:

“5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.”

Una de las causales de revisión que más discusiones ha generado en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo⁸⁷ es la relativa a la nulidad originada en la sentencia, dado que en razón de su redacción, ha correspondido al juez del recurso de revisión establecer su alcance, por cuanto el legislador omitió determinar las circunstancias que podían generar la nulidad de la providencia, es decir, se trata de un texto en blanco.

En ese sentido, desde la idea de que este recurso no se puede emplear o utilizar para reabrir el debate que originó el respectivo proceso, la causal en estudio ha sido objeto de diversos pronunciamientos que buscan circunscribir su alcance para evitar, precisamente, que ella se emplee para que el juez de revisión se convierta en un juez de instancia.

⁸⁶ En cuanto al alcance de esta causal, Cfr. Sentencia de la Sala Especial de Decisión No. 26 del Consejo de Estado, proferida el 7 de abril de 2015, dentro del expediente 110010315000201300358-00, Demandante: Luis Facundo Maldonado Granados, Demandado: Universidad Pedagógica Nacional.

⁸⁷ *Ibídem.*

En un fallo de revisión de la Sala Especial de Revisión 26⁸⁸, se indicó cómo, en la Sala Plena de lo Contencioso, se originaron tres corrientes o tendencias para entender este causal, según las cuales i) las razones de la nulidad de la sentencia las define el juez; ii) las causales de nulidad de la sentencia son las del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -hoy en día 133 del Código General del Proceso- y iii) las causales de nulidad de la sentencia provienen de la combinación de los dos criterios anteriores.

La tendencia mayoritaria ha sido la de acoger aquellas causales del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, hoy 133 del Código General del Proceso, que por su contexto pueden originar la nulidad de la providencia, para no confundirlas con aquellas generadas en las instancias o etapas anteriores a esta, dado que el recurso de revisión solo se puede presentar cuando la nulidad se materialice en el fallo y no en una fase que lo anteceda.

Por ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue fijando las circunstancias que podían configurar la causal de revisión en estudio, para lo cual analizó cada una de las causales establecidas en el artículo 140 del C. de P. C., hoy 133 del Código General del Proceso, para indicar, entre otras cosas, lo siguiente:

“...la nulidad que tiene origen en la sentencia puede ocurrir, en conformidad con la disposición referida – se hace alusión al artículo 140 del C. de P.C.-, cuando se provee sobre aspectos para los que no tiene el juez jurisdicción o competencia (numerales 1 y 2); cuando, sin ninguna otra actuación, se dicta nueva sentencia en proceso terminado normalmente por sentencia firme, o sin más actuación se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual hubiera sido aceptado el desistimiento, aprobada la transacción o declarada la perención del proceso, porque así se revive un proceso legalmente concluido, o cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el previo trámite correspondiente, porque así se pretermite íntegramente la instancia; o cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta, o se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello, en lo concerniente, también se pretermite íntegramente la instancia (numeral 3); o cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida (numeral 5), entre otros eventos.”[...]⁸⁹

En un pronunciamiento posterior precisó:

“[...] Las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando quiera que se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, partiendo del contenido

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Sentencia de 3 de febrero de 2015, Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga Melida Valle de la Hoz.

⁸⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de mayo de 1998. Expediente: REV-93. Actor: Gabriel Mejía Vélez. C.P.: Dr. Mario Alario Méndez.

de la misma disposición, las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir:

- a) cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;
- b) cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;
- c) cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;
- d) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;
- e) cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en ésta,
- f) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;**
- g) cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida.”

Igualmente, junto a este criterio se ha aceptado, que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la **vulneración del artículo 29 constitucional**. Es decir, que la violación al debido proceso constitucional en la sentencia puede ser causal de revisión. En este último evento, corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento.

Así lo entendió la Especial de Decisión 26, al indicar “... las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el estatuto procesal civil, en las condiciones que establece el art. 142 del mismo y las que se originen en la sentencia por violación del debido proceso constitucional, contemplado en el artículo 29.”⁹⁰

En este caso, el juez no está creando una causal, pues se reconoce que la nulidad originada en el fallo, se deriva del desconocimiento de un mandato constitucional, en donde el operador judicial será el encargado de determinar si lo que se alega tiene la entidad suficiente para originar la nulidad de la sentencia de instancia, pues no toda irregularidad puede tener la potencialidad de afectar la inmutabilidad de la providencia que ha puesto fin al proceso.”

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga Melida Valle de la Hoz. En dicha sala, se aprobaron otras dos decisiones en igual sentido. Radicación: 11001-03-15-000-1998-00157-01 (Rev. 157). Demandante: Sociedad de Mejoras Públicas de Cali.

Al encontrar entonces que la alegación gira en torno a una causal de nulidad originada en la sentencia, esta inconformidad se puede invocar como una causal para la procedencia del recurso extraordinario de revisión y en vista de lo anterior, para este juez constitucional es evidente que la parte actora tuvo a su disposición otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales, razón que no corresponde con el requisito de la subsidiariedad de la tutela.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-291 de 2014, afirmó que el recurso extraordinario de revisión “En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de que su naturaleza sea la de proteger la justicia material pese a que el trámite judicial haya finalizado, concede a los ciudadanos un recurso efectivo que permite ‘propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos’.

Agregó que, el recurso de revisión está encaminado a garantizar el derecho al debido proceso en cuanto vela porque las actuaciones judiciales se desarrollen observando plenamente las formas propias de cada juicio, aun cuando ello implique cuestionar la ejecutoriedad de las sentencias”. [...]”
(Subrayas de la Sala).

Vistas así las cosas, y dada la nítida postura que sobre el particular han adoptado las dos Corporaciones Judiciales de cierre, cuando los argumentos de la acción de tutela se enmarquen en alguna de las causales atrás estudiadas, devendría en improcedente por no agotar el recurso extraordinario de revisión.

De otra parte, el legislador previó un nuevo mecanismo extraordinario en la Ley 1437 de 2011 para los eventos en que la sentencia impugnada “*contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado*” (artículo 258 ibídem), que deben entenderse como (i) aquellas que son emitidas por la Sala Plena que deciden recursos extraordinarios de revisión contra sentencias de las Secciones del Consejo de Estado y extraordinarios de unificación; las que resuelven revisiones eventuales y de importancia jurídica y (ii) las proferidas por las Secciones cuando resuelven recursos extraordinarios de revisión contra sentencias de Tribunales o para sentar jurisprudencia o por importancia jurídica o social (artículo 270 y 271 ibídem).

Este mecanismo extraordinario tiene como fin asegurar la unidad de interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida, o cuando fuere el caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales (artículo 256 Ley

1437 de 2011) y procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los Tribunales Administrativos (artículo 257 *ejusdem*).

Bajo tales premisas sería improcedente la acción de tutela impetrada con ese mismo objeto porque existe para el caso un recurso extraordinario que hace que no se cumpla con el requisito de subsidiariedad.

El último de los recursos extraordinarios corresponde al especial de revisión de pérdida de investidura regulado por el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, que remite a las causales previstas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo (que corresponde al artículo 250 de la Ley 1437 de 2011), agregando para ese efecto las de vulneración al debido proceso y derecho de defensa que se enlistan a continuación:

“Artículo 17. Recurso extraordinario especial de revisión. Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

- a) Falta del debido proceso;
- b) Violación del derecho de defensa;”

Sobre el particular, es importante aclarar que la procedencia de este recurso contra las decisiones de pérdida de investidura de concejales fue negada en los procesos adelantados en vigencia del Decreto 01 de 1984, por las razones contenidas en la sentencia del 14 de diciembre de 2001 proferida en el proceso número 05001 23 15 000 2002 02388 01, por la Sección Primera de esta Corporación, que resultan pertinentes traer a colación:

“[...] A los efectos de la decisión a adoptarse en esta providencia, es del caso tener en cuenta que bajo el régimen de la Ley 136 de 1994 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000 (9 de octubre) el proceso de pérdida de investidura de Concejales era de única instancia. A partir de la Ley 617 dicho proceso es de dos instancias.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, la sentencia que decidía la solicitud de pérdida de investidura era pasible del recurso especial extraordinario de revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994. A partir de la citada Ley 446, es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 y siguientes CCA.

Así lo ilustra la secuencia normativa que ha regulado el proceso de pérdida de la investidura de Concejales, y establecido los recursos contra la sentencia que lo decide, a saber:

- El párrafo del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 a cuyo tenor:

«La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda.»

- El artículo 17 de Ley 144 de 1994 que instituyó el recurso extraordinario especial de revisión respecto de las sentencias que decretaran la desinvestidura de los parlamentarios, aplicable a los concejales por la remisión prevista en el párrafo del artículo 55 de la Ley 136. El citado precepto dispuso:

«Son susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión, interpuesto dentro de los 5 años siguientes a su ejecutoria, las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario (sic), por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y por las siguientes:

a. Falta del debido proceso;

b. Violación del derecho de defensa;

c. No haberse agotado el procedimiento interno en la respectiva Corporación y proferido las declaraciones de ambas Cámaras conforme al trámite establecido en el Reglamento del Congreso contenido en la Ley 5ª del 17 de junio de 1992.»

- El artículo 39, numeral 4º de la Ley 446 de 1998, que modificó el 131 del Código Contencioso Administrativo, mantuvo el proceso de pérdida de investidura como de única instancia, al determinar la competencia de los Tribunales Administrativos y señalar que éstos conocerían privativamente y en única instancia, entre otros asuntos:

«...

4. De las acciones sobre pérdida de investidura de los miembros de los concejos municipales y distritales, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del Tribunal.

- Por su parte, el párrafo del numeral 4º del citado artículo 39 de la Ley 446, que modificó el artículo 131 CCA, eliminó toda mención al recurso especial de revisión regulado en el artículo 17 de la Ley 144 y señaló que procedería el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 y ss. CCA. Su tenor literal es el siguiente:

«Contra las sentencias que pongan fin a estas controversias sólo procederá el recurso especial de revisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 185 y siguientes de este Código y la competencia será de la Sección de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado que determine el reglamento de la Corporación...»

En sentencia de 13 de septiembre de 2001⁹¹ la Sala sostuvo:

«Del contenido de las normas anteriores se deduce que mientras la Ley 144 de 1994, estableció causales nuevas para el recurso especial de revisión, adicionales a las contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, la Ley

⁹¹ C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación 6389. Actor: Héctor Felipe Gutiérrez Cardona. Recurrente: Bayro de Jesús Valverde.

446 de 1998 aparentemente lo instituyó únicamente por las causales contenidas específicamente en el artículo 188 del C.C.A., lo que quiere decir que **no se trata de un recurso especial, sino del recurso extraordinario contemplado en las normas mencionadas.**»

- El artículo 48 de la Ley 617 de 2000 introdujo la segunda instancia en los procesos de pérdida de investidura de los Concejales, al instituir el recurso de apelación. Dicho precepto dispuso:

«La pérdida de investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental o del Concejo Municipal o por cualquier ciudadano.

La segunda instancia se surtirá ante la Sala o Sección del Consejo de Estado que determine la Ley en un término no mayor de quince (15) días.»

De lo anterior se colige que desde la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000 (9 de octubre) las sentencias que decidan las solicitudes de pérdida de la investidura de concejales ya no son de única instancia, pues son susceptibles del recurso apelación.

Y, por razón de lo preceptuado en el artículo 131 CCA, según fue modificado por el artículo 39 numeral 4º de la Ley 446 de 1998 tampoco es procedente el recurso especial extraordinario de revisión que preveía el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, pues como quedó expuesto, aquel lo eliminó.

El recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 ss. CCA resulta improcedente en este caso, puesto que la sentencia proferida por el Tribunal de Antioquia el 27 de agosto de 2002 no fue dictada en única instancia. [...]"

Vistas las anteriores consideraciones, y con miras a fijar los lineamientos de esta causal general de procedencia, es procedente indicar: (i) en relación con la tutela contra una providencia dictada en el curso de un proceso, sólo es procedente su amparo de manera transitoria cuando se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (ii) frente a providencias judiciales emitidas en procesos con decisión definitiva debieron interponerse los recursos ordinarios (reposición, apelación, queja y súplica) y los extraordinarios (de revisión ordinario y el especial de pérdida de investidura y unificación de jurisprudencia), en cuanto fueren procedentes.

9.1.4. Irregularidad procesal con efecto determinante en la decisión que se impugna

Este requisito supone que, cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta deba tener la entidad suficiente de ser concluyente o determinante en la decisión judicial que se impugna y de la cual se predica la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora.

Lo anterior significa que no cualquier irregularidad es fundamento suficiente para lograr que en sede de tutela se revisen las decisiones que adopten otros jueces en el marco de los procesos judiciales, siendo necesario que éste se aparte de los constitucionales, y que en tal situación se afecten otros derechos fundamentales que deben ser objeto de protección por el juez constitucional; salvo que esa afectación sea grave, supuesto en el cual, sin importar el criterio de incidencia, debe el juez constitucional intervenir.

En sentencia T-323 de 2012, la Corte Constitucional puntualizó:

[...] 4.2.2. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

En relación con dicho presupuesto de procedibilidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que “la autonomía conferida por la Constitución Política a los jueces no puede convertirse en un pretexto para que estos incurran en arbitrariedades. El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, es un límite obvio a la actividad judicial. Así pues, la autonomía del juez se debe ajustar a la observancia de este derecho de carácter fundamental. Es ante el evento –en el que el juez ordinario no observa el derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta- cuando el juez constitucional está llamado a intervenir por vía de tutela. De verificar que en el trámite de cualquier proceso el juez, bien se trate de un individuo o de un cuerpo colegiado, incurrió en un exceso, en una separación de su decisión de los preceptos legales y constitucionales, el mecanismo de amparo contemplado en el artículo 86 de la Constitución será procedente.”⁹²

En consecuencia, en el evento en que dentro del trámite de un proceso ordinario se incurra en excesos o arbitrariedades, apartándose abiertamente de los postulados legales y constitucional, es deber del juez constitucional entrar a corregirlos. Sin embargo, cualquier error u omisión en el curso del proceso no constituye una causal de procedencia de la acción de tutela.

La sentencia C-543 de 1992⁹³, se refirió al error judicial, señalando lo siguiente:

*“La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: **el objetivo**, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el **subjetivo**, que corresponde a la operación mental efectuada por el*

⁹² Corte Constitucional, T-1056 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso.

Tal razonamiento, sin embargo, no encierra únicamente el desarrollo de una operación lógica sino que requiere, para alcanzar el nivel de lo justo, como exigen los fines del Derecho, de una interpretación sobre el contenido de las normas aplicables y de una valoración consciente de las pruebas llevadas al proceso para definir la solución que, en el sentir del juez, se acomoda a las exigencias de la Constitución y de la ley. Habida cuenta de las dificultades inherentes a esta actividad, mal pueden desconocerse las posibilidades de error judicial por apreciación equivocada de los hechos tanto como por indebida interpretación de las leyes y aún por violación abierta de sus disposiciones. El principio de la cosa juzgada no parte del supuesto de la perfección del juez, ya que resulta imperativo el reconocimiento de su naturaleza humana y, por tanto, falible.

*Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurren, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del **debido proceso** consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros medios cuyo objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de éstas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un verro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente.*

Por consiguiente, el juez constitucional, al estudiar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe observar que las irregularidades procesales alegadas, sean de cierta magnitud, que con ellas se vulneren derechos fundamentales, que, solo con la protección por vía del mecanismo de amparo puedan restablecerse.[...]” (Se destaca).

En otro pronunciamiento se sostuvo:

“[...] **2.1.4. Pronunciamiento sobre irregularidades procesales**

2.1.4.1. De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en los casos que la demanda de tutela alegue la configuración de una irregularidad procesal, “debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora”.⁹⁴ También se ha sostenido que, “si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello [habría] lugar a la anulación del juicio”.⁹⁵ En otras palabras, a la hora de examinar la procedibilidad del recurso de amparo, el juez de tutela debe advertir que, de alegarse una irregularidad procesal, dicha situación sea de tal magnitud que involucre gravemente garantías iusfundamentales^{96, 97} [...]”.

(Subrayas fuera de texto).

De lo descrito se desprende que la procedencia de este presupuesto está condicionado a que la irregularidad sea de tal trascendencia que determine la decisión final del juez; y además, que no sean efectivos los mecanismos judiciales pertinentes para subsanarla, tales como los recursos, las recusaciones, etc.

9.1.5. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible:

Este requisito lo componen dos elementos; de un lado, deben identificarse de forma razonada los hechos y los derechos en que se fundamenta la solicitud de amparo; y por el otro, que dicha alegación se haya efectuado en el proceso judicial de haber sido posible. Al respecto sostuvo la Corte que:

*“[...] 3.6.1. Este requisito está encaminado a asegurar que quien interpone la acción de tutela identifique de manera clara y razonable cuáles fueron las actuaciones u omisiones que condujeron a la vulneración alegada. El segundo elemento que compone este criterio, es que dichos argumentos se hubiesen presentado de manera reiterada en el proceso judicial que fue impugnado con la tutela”*⁹⁸. [...]

⁹⁴ Sentencia C-590 de 2005.

⁹⁵ Sentencias C-590 de 2005 y T-586 de 2012.

⁹⁶ Sentencia SU-537 de 2017.

⁹⁷ Sentencia T-074 del 2 de marzo de 2018.

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-401 del 31 de mayo de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango. Actor: Clovis Barrios de Chicó. Demandado: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, resulta relevante recordar que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 31 de julio de 2012⁹⁹, adoptó de manera expresa la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales conforme con lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005.

Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, frente a este requisito, ha sostenido lo siguiente:

*“[...] Ahora bien, en tratándose de acciones de tutela contra providencia judicial y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁰⁰, se exige, como requisito de procedibilidad, que quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados con la providencia judicial que controvierte, identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración, los derechos afectados **y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible**”¹⁰¹[...]*”

Así pues, a manera de premisa, la viabilidad de este requerimiento está orientada por la necesidad de que se identifiquen de manera clara los argumentos que se ponen de presente en la acción de tutela y que además hayan podido ser valorados por la instancia ordinaria correspondiente, siempre que ello fuese posible para la parte que impugna la decisión judicial mediante la mencionada acción.

9.1.6. Que no se trate de sentencias de tutela

La Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-590 de 2005, definió este requisito así:

“[...] f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁰². Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 31 de julio de 2012. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Rad. No. 2009-01328- 01 (IJ).

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 11001-03-15-000-2009-01328-01 (IJ). Consejera Ponente: María Elizabeth García González; y Sentencia del 05 de agosto del 2014. Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de abril de 2018. CP. Oswaldo Giraldo López, Actor: Luz Nelly Moreno de Galvis, Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otros, número de radicación 11001-03-15-000-2018-00124-00(AC).

¹⁰² Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas. [...]”.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional sostuvo en el año 2007 que, desde la sentencia de unificación SU-1219 de 2001, se decidió que la acción de tutela contra un fallo de tutela resultaba improcedente. Al respecto afirmó:

“[...] En el presente caso dado que la sentencia de tutela que se ataca no fue objeto de revisión por la Corte y que ese era el momento procesal indicado para que la vía de hecho identificada fuera puesta en evidencia y corregida y que la única alternativa procesal que resultaba pertinente era solicitar la selección de la sentencia de tutela objeto de controversia por parte de la Corte Constitucional para su revisión, la acción de tutela sub examine resulta improcedente. En apoyo de dicha opción podría afirmarse así mismo que en tanto la Corte en la Sentencia SU-1219 de 2001 afirmó que no es posible interponer acción de tutela por vías de hecho contra fallos de tutela, y que en este caso lo que se invoca es precisamente una vía de hecho respecto de un fallo de tutela, la acción es por esa razón igualmente improcedente. Podría afirmarse también que no puede desconocerse que luego de la decisión de tutela que es atacada en el presente proceso y como consecuencia de ella se produjeron otras decisiones de tutela que tampoco fueron objeto de revisión, mediante las cuales se negaron las pretensiones del actor y en este sentido no es posible ya retrotraer una situación que independientemente de los errores en que se haya podido incurrir en el fallo atacado produjo ya efectos jurídicos a favor de la contraparte del actor, la cual podría invocar igualmente en relación con dichos fallos la configuración de la cosa juzgada constitucional. Tales consideraciones llevarían entonces en principio a considerar improcedente la tutela examinada en el presente proceso y a confirmar la decisión del juez de tutela de primera instancia en aparente armonía con la sentencia de unificación tantas veces invocada. Declarar la improcedencia en el presente caso llevaría en efecto a que la decisión proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado a pesar de contradecir evidentemente todos los criterios citados sentados en la sentencia SU-1219 de 2001 mantenga sus plenos efectos.

Evidentemente entonces la única manera de hacer respetar el principio de que no existe tutela contra tutela, la cosa juzgada constitucional y la competencia exclusiva de la Corte constitucional en materia de revisión de las acciones de tutela señalados a partir de los mandatos constitucionales en la Sentencia SU-1219 de 2001, es mediante un pronunciamiento de la propia Corte en sede de revisión para dejar sin efectos la decisión que los contradice y que se encuentra en el origen de una cadena de decisiones que los referidos principios buscaban precisamente evitar”¹⁰³. [...] (Subrayas fuera del texto).

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-104 del 15 de febrero de 2007, MP. Álvaro Tafur Galvis. Actor: Álvaro Marín Díaz.

Posición que la Corte ha mantenido, entre otras providencias, en la T-272 de 2014, en los siguientes términos:

“[...] Los precedentes han establecido que la acción de tutela dirigida contra otra tutela no es procedente. No es procedente la tutela contra tutela porque de lo contrario (i) implicaría instituir un recurso adicional para insistir en la revisión de tutelas que con anterioridad no fueron seleccionadas, (ii) supondría crear una cadena interminable de demandas, con lo cual resultaría afectado el principio de seguridad jurídica, (iii) se afectaría el mecanismo de cierre hermenéutico de la Constitución, confiado a la Corte Constitucional, y (iv) la tutela perdería su efectividad, pues quedaría indefinidamente postergada hasta que el vencido en un proceso de tutela decidiera no insistir en presentar otra tutela contra el fallo que le fue adverso para buscar que su posición coincidiera con la opinión de algún juez. En este evento, seguramente el anteriormente triunfador iniciará la misma cadena de intentos hasta volver a vencer”¹⁰⁴. [...]”(Subrayas fuera del texto).

Por otro lado, en la sentencia SU-654 de 2017, la Corte indicó que este requisito se justificaba en el hecho de impedir que los procesos judiciales estén indefinidamente expuestos a un control posterior, a saber:

*“[...] **Que no se trate de sentencias de tutela:** a través de esta exigencia se busca evitar que los procesos judiciales estén indefinidamente expuestos a un control posterior. Con mayor razón si se tiene en cuenta que todas las sentencias de tutela son objeto de estudio para su eventual selección y revisión en esta Corporación, trámite después del cual se tornan definitivas”¹⁰⁵[...]*”. (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-627 de 2015, unificó la jurisprudencia constitucional respecto de este requisito advirtiéndole que debía distinguirse si se dirigía contra el fallo mismo o contra una actuación previa o posterior a ella, circunstancias que ameritaban, a su juicio, un trato distinto; veamos:

“[...] 4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia T-272 del 6 de mayo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa. Actor: Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE – en liquidación.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-654 del 26 de octubre de 2017, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo. Demandante: Pedro Antonio Montoya Medina. Demandado: Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional¹⁰⁶.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

4.6.3. Si la acción de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.

4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.

4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional¹⁰⁷. [...]"

(Subrayas fuera del texto).

En ese orden, es posible concluir lo siguiente:

- Por regla general la acción de tutela contra sentencias de tutela es improcedente, en procura de salvaguardar el principio de seguridad jurídica y de que la acción de tutela no pierda su efectividad.

¹⁰⁶ Supra II, 4.3.5.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-627 de 2015, MP. Mauricio González Cuervo.

- Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación, resolvió que la acción de tutela procede excepcionalmente contra sentencias de tutela cuando han sido proferidas por otro Juez o Tribunal diferente a la Corte Constitucional, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, (i) la acción presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*), y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.
- Finalmente, debe distinguirse si la tutela se dirige a atacar una actuación previa al fallo de tutela o una posterior a éste. En el primer caso, se ha ligado tal aspecto con la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda. En el último supuesto, esto es, el de pretender el cumplimiento de órdenes impartidas en la sentencia de tutela, procedería sólo si en el trámite del incidentes de desacato se vulnera un derecho fundamental. Apunta la Corte que, en cualquiera de los dos escenarios, deben cumplirse los demás requisitos de procedibilidad.

9.2. LAS CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

A partir de la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y precisó que la procedibilidad de la solicitud de amparo se encuentra supeditada, además del cumplimiento de los denominados requisitos generales de procedencia, a la verificación de al menos una de “*causales específicas de procedibilidad*”. Con ello, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional dio por superada la doctrina de la procedencia de la acción de tutela ante *vías de hecho judiciales*, para en su lugar, admitir específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que, si bien no se está ante una burda transgresión de la Carta, sí se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

En efecto, el antecedente remoto de la doctrina sobre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales radica en la sentencia C-543 de 1992. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que consagraban reglas de caducidad y competencia de las tutelas interpuestas para atacar decisiones judiciales. Dicha circunstancia propició, durante la primera etapa de evolución jurisprudencial, el entendimiento de que se había descartado de manera absoluta la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

No obstante, en dicha Corporación se empezó a gestar la tesis de las *vías de hecho judiciales* como medio de procedencia de la acción de tutela en contra de las acciones u omisiones de los jueces, luego de reconocerse que éstos, en tanto autoridades públicas, pueden vulnerar o amenazar derechos fundamentales al desplegar actuaciones manifiestamente arbitrarias y abiertamente contrarias a la Constitución Política. En este orden, las actuaciones judiciales podían catalogarse como vía de hecho, susceptibles de control constitucional a través la acción de tutela, “(...) *cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona (...)*”¹⁰⁸. Dicha doctrina se encontraba soportada en los principios del Estado Social de Derecho, los fines sociales del Estado y el principio de igualdad ante la ley, como triada axiológica que proscribe las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, como se dijo, la expedición de la sentencia C-590 de 2005 representó la superación definitiva del concepto de *vías de hecho*, ante el reconocimiento de que decisiones judiciales ilegítimas pueden afectar derechos fundamentales, aun cuando no en todos los casos se enmarcan dentro del criterio de “violación flagrante y grosera de la Constitución”. Así, la evolución de la jurisprudencia constitucional decantó los *conceptos* de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho, para concluir que “(...) *no sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su*

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). (...)”¹⁰⁹.

Por tal motivo, la Corte Constitucional optó por reemplazar el aludido concepto por el de “*causales específicas de procedencia de la acción*” y redefinió dicha regla jurisprudencial en los siguientes términos: “*(...) Todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución (...)”¹¹⁰.*

De esta forma, las causales específicas de procedencia representan las razones concretas por las cuales se puede acusar una providencia judicial de infringir derechos fundamentales. En la actualidad, dichas anomalías se enmarcan dentro de las siguientes categorías: a) El defecto material o sustantivo; b) La violación directa de la Constitución; c) El defecto fáctico; d) El defecto procedimental; e) La decisión sin motivación; f) El defecto orgánico; g) El desconocimiento del precedente, y h) El error inducido.

Son éstos, por tanto, los parámetros fundamentales que enmarcan el análisis que debe realizar el juez constitucional cuando, a través de una acción de tutela, se cuestiona la conformidad de una providencia judicial con los principios constitucionales y derechos fundamentales. En ese orden, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que acredite configurado, al menos, uno de los vicios o defectos antes enlistados.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁰ *Ibíd.*

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 31 de julio de 2012¹¹¹, con ponencia de la Consejera de Estado, doctora María Elizabeth García González, aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando resulten violatorias de derechos fundamentales, *“observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente”*. Entre tales parámetros, deben entenderse incluidos los fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 en relación con las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues a este pronunciamiento se remitió la Sala Plena cuando abordó el análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia en dicha Corporación.

Igualmente, en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹¹², la Sala Plena, con ponencia del Consejero de Estado, doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado en cuanto vulneren derechos fundamentales, acogiendo expresamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional fijada en la citada Sentencia C-590 de 2005, en tratándose tanto de los requisitos generales como de los específicos de procedibilidad de esta acción constitucional frente a providencias judiciales.

En relación con estos últimos señaló en efecto que: *“Siguiendo la línea trazada por la Corte Constitucional, son requisitos o causales especiales para la prosperidad de la acción de tutela, los siguientes¹¹³: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por*

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ), Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹¹² Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de agosto 5 de 2014. Radicado: 2012-02201-01(IJ), Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹¹³ Nota original: Sentencia C-590 de 2005.

parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; i. Violación directa de la Constitución”.

Las subreglas jurisprudenciales sobre los supuestos y parámetros de configuración de cada uno de estos requisitos específicos se explican a continuación.

9.2.1. Defecto material o sustantivo

Este defecto alude al aspecto normativo que sustenta las decisiones judiciales y se erige como causal de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias en consideración a que, si bien la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas se encuentra amparada por los principios de autonomía e independencia, ésta no es absoluta, pues al ser una atribución que emana de la función pública de administrar justicia está limitada por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho¹¹⁴.

Ahora bien, los criterios señalados suponen que la irregularidad que se invoca debe ser de tal importancia y gravedad que haya dado lugar a una decisión violatoria de derechos fundamentales, pues la configuración del defecto sustantivo no puede darse a partir de cualquier diferencia con la interpretación en que se funda una decisión judicial; ello, ya que el derecho es dinámico y constituye una ciencia cultural en la que bien pueden debatirse vías jurídicas distintas para resolver un mismo caso, y todas ellas resultar razonables y compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales, pues son distintas las escuelas de pensamiento jurídico y variados los métodos de interpretación que se utilizan para

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

resolver un problema. Precisamente de ello deriva la autonomía de los jueces en su labor de administración de justicia y la necesidad de establecer órganos de cierre.

Ciertamente, a manera de ejemplo, puede señalarse que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹⁵, al examinar la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 2 del artículo 183 de la Constitución Política, referida a la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura, hizo un análisis de dicha norma constitucional a la luz, entre otros, de los métodos exegético y sistemático, a efectos de comprender el sentido y alcance de la expresión “inasistencia”.

En otra oportunidad, la Sección Tercera Subsección B de esta Corporación, al resolver un recurso de apelación contra la providencia que rechazó una demanda de reconvención por caducidad, dio aplicación a los artículos 331 y 354 del Código de Procedimiento Civil y a partir de una comprensión de estas normas con fundamento en los métodos exegético, teleológico y sistemático, concluyó que cuando en un solo auto o sentencia se consignan varias determinaciones, el término de ejecutoria corre de manera uniforme para todas ellas, y se suspende cuando se ha solicitado la aclaración o complementación, aunque ésta verse sobre una parcialidad de la providencia, y no respecto de la totalidad de las decisiones en ella contenidas¹¹⁶.

Ahora bien, resulta pertinente precisar que en la jurisprudencia constitucional se han identificado varias situaciones que ponen de presente la existencia de un defecto material en una providencia judicial¹¹⁷. En atención a los presupuestos que las configuran, dichos eventos pueden agruparse en i) el defecto sustantivo que plantea un conflicto **en relación con la fuente formal** de la providencia que se ataca y, ii) el defecto sustantivo **en torno al método de interpretación** de la norma jurídica que fundamenta la decisión, a saber:

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1º de agosto de dos 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente radicación número 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI). Proceso de Pérdida de investidura.

¹¹⁶ Auto de 29 de octubre de 2015, proferido en el proceso con radicación número 25000-23-26-000-2008-00411-02(40926) B, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera, en la cual se reitera lo señalado en las sentencias SU-399 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-400 de 2012 M.P. (e): Adriana María Guillén Arango, SU-416 de 2015 M.P.: Alberto Rojas Ríos y SU-050 de 2017 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

- **Defecto sustantivo respecto de la fuente:**

Tiene lugar cuando la sentencia se fundamenta en una norma que indiscutiblemente no es aplicable al caso bajo examen por cuanto, a) es inexistente, b) ha sido declarada contraria a la Constitución, o c) está derogada y por tanto perdió vigencia. Asimismo, tiene lugar este defecto cuando de forma manifiestamente arbitraria y grosera se aplica una norma legal que no se adecúa a la situación fáctica del caso, lo cual debe ser debidamente alegado y probado ante el juez constitucional, a riesgo de desconocerse la autonomía del funcionario judicial que dictó la providencia.

- **Defecto sustantivo en torno al método:**

Se configura cuando la fuente formal de la sentencia radica en una norma aplicable al asunto bajo examen, por lo que hay acuerdo al respecto, pero la hermenéutica que de ella se hace no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable y aceptable, o “[...] *la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes [...]*”¹¹⁸, o cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

9.2.2. Violación directa de la Constitución

Esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales se fundamenta en el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 4 de la Constitución Política, en virtud del cual los preceptos y mandatos allí dispuestos son normas jurídicas de aplicación inmediata, de carácter vinculante y eficacia directa, cuya fuerza normativa impone a todos los operadores judiciales el deber de velar por su cumplimiento y prevalencia¹¹⁹.

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-024 de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que el actual ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, al punto en que de ellos se derivan mandatos y previsiones cuya aplicación corresponde a las distintas autoridades y, en determinados eventos, a los particulares. En esas circunstancias, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados¹²⁰.

En esa medida, el defecto por violación directa de la Constitución se asienta en el modelo de Estado Social de Derecho adoptado en 1991 y parte de la obligación “(...) que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual ‘la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)’”¹²¹.

En criterio de la Corte Constitucional, esta causal tiene lugar cuando el juez ordinario adopta una decisión que representa la inaplicación de una norma constitucional para el caso concreto, o cuando aplica una norma de rango inferior al constitucional, al margen de los dictados de la Constitución¹²².

La Corte ha identificado casos en los que típicamente procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, que de igual modo pueden agruparse en consideración a si el conflicto se suscita a partir de la fuente o del método de interpretación, a saber¹²³:

- **Violación directa de la Constitución por razón de la fuente**

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1073 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU- 918. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. En este mismo sentido pueden verse las sentencias T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-310 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo y T-555 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²³En la sentencia SU – 168 de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional recoge varios supuestos que a lo largo de la jurisprudencia se han reconocido como causales de violación directa de la Constitución.

(i) cuando se presenta una violación evidente a un derecho fundamental, por naturaleza, de aplicación inmediata;

(ii) cuando no existiendo precepto legal directamente aplicable a la situación, deja de acudir directamente a las normas constitucionales¹²⁴.

(iii) cuando el juez encuentra una norma manifiestamente incompatible con la Constitución y adopta su decisión sin aplicar la excepción de inconstitucionalidad, evento en el cual, de igual forma, la providencia incurriría en defecto sustantivo. Ello por cuanto, en un supuesto tal, solo podría concluirse que el juez fundamentó su decisión en normas que, siendo de menor jerarquía, contravienen los principios y derechos establecidos en la Carta y, en definitiva, adoptó una decisión que de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en el ordenamiento jurídico¹²⁵.

En todo caso, dada la naturaleza de la acción de tutela, solo procede si hay vulneración de un derecho fundamental, pues son ellos los llamados a ser protegidos por esta figura.

- **Violación directa de la Constitución en torno al método**

Cuando los jueces desconocen el principio de interpretación conforme con la Constitución, que les exige una actitud reflexiva sobre la compatibilidad entre el contenido normativo cuya aplicación se demanda y la Constitución, para preferir, ante comprensiones diferentes de una misma disposición, aquella que resulte incompatible con los postulados Constitucionales¹²⁶, vulnerando derechos fundamentales.

Ante la evidencia de que muchas de las situaciones caracterizadas coinciden con las causales de configuración de los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que entre las causales especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial “no

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-927 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-132 de 2013, M.P.: Alexei Julio Estrada

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

existe un límite indivisible” y que una misma circunstancia bajo análisis puede encuadrarse dentro de varios de ellos.

La Corte ha explicado que la violación directa de la Constitución debe ser entendida como una causal específica autónoma de procedencia del amparo constitucional contra una decisión judicial, ante la exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad en el proceso interpretativo que realizan los jueces o autoridades administrativas, el cual siempre estará sujeto, entre otros aspectos, a la concordancia con la Carta Política¹²⁷.

Esta causal de procedibilidad de la acción de tutela no supone el desconocimiento de cualquier norma constitucional sino concretamente la infracción de normas superiores relativas a *derechos y garantías fundamentales*, en consideración a que es precisamente para el amparo de éstos que se encuentra instituida en la Carta Política la acción de tutela. Por ende, es indispensable que el análisis que efectúe el juez al examinar esta causal se circunscriba a las citadas normas constitucionales.

9.2.3. Defecto fáctico

Es importante resaltar que sólo es factible sustentar una acción de tutela por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por la autoridad judicial en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. En ese sentido, el error en el juicio valorativo de la prueba *“debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”*¹²⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el defecto fáctico tiene lugar *“cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”*¹²⁹ Así, la jurisprudencia ha entendido que el mencionado defecto surge: *“(…) cuando el juez*

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-088 de 2018. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

¹²⁸ Cfr. sentencia T-442 de 1994.

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-567 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. (...).”¹³⁰

Considera el Alto Tribunal Constitucional que la evaluación del acervo probatorio jamás podrá hacerse por el juez de manera arbitraria y que por ello la valoración que éste realice, necesariamente implica “la adopción de criterios **objetivos**¹³¹, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**¹³², es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**¹³³, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.¹³⁴

Ahora bien, se han identificado dos dimensiones en las cuales es posible se configure el defecto fáctico, a saber¹³⁵:

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 2011, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³¹ Cfr. sentencia SU-1300 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, *ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.*

¹³² Cfr. sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

¹³³ Cfr. sentencia T-538 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-159-2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 2013, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

- a) Una dimensión negativa, que surge cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa¹³⁶, situación que se presenta cuando: (i) no decreta, ignora o hace una valoración defectuosa de la prueba¹³⁷, y (ii) sin una razón válida da por no probado un hecho que emerge claramente.
- b) Una dimensión positiva, que se produce cuando: (i) el juez aprecia pruebas que fueron determinantes en la decisión de la providencia cuestionada, las cuales no ha debido tener en cuenta porque, por ejemplo, se recaudaron indebidamente, eran ilegales o ineptas, o (ii) da por ciertas algunas circunstancias sin que exista material probatorio que fundamente su decisión¹³⁸.

Sobre esta última perspectiva, en reciente pronunciamiento el intérprete constitucional indicó¹³⁹: *“La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales.”*

Igualmente, se han precisado las siguientes modalidades que puede asumir el defecto en estudio: (i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas, (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio, y (iii) defecto fáctico por *valoración* defectuosa del material probatorio. Las anteriores categorías se han analizado ampliamente en las sentencias T-902 de 2005, T-458 de 2007 y T-747 de 2009, de la cuales se ha concluido lo siguiente¹⁴⁰:

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-567 de 1998 y T-417 de 2008, entre otras.

¹³⁷ Cfr. Sentencias T-239 de 1996 y T-747 de 2009.

¹³⁸ Ver Corte Constitucional, Sentencias T-538 de 1994, T-086 de 2007 y T-747 de 2009, entre otras.

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-233 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 2013, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

- *Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.* Esta circunstancia se presenta cuando el funcionario judicial excluye el decreto y la práctica de pruebas, lo cual impide la debida conducción al proceso de hechos que son indispensables para el análisis y solución del asunto jurídico bajo revisión.
- *Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.* Esta situación sobreviene cuando el juez no realiza el análisis y valoración de elementos probatorios que reposan en el proceso, debido a que no los advierte o sencillamente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión, los cuales, de haberse contemplado, habrían cambiado sustancialmente la solución del asunto jurídico debatido¹⁴¹.
- *Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.* Esta hipótesis se configura¹⁴², entre otros, en los siguientes supuestos: (i) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; o (iii) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con ningún soporte probatorio dentro del proceso.

Igualmente, puede tener lugar este defecto cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario; tal situación debe deducirse de manera evidente del solo texto de la sentencia, por ser completamente ajenas a la controversia, toda vez que al juez constitucional no le es permitido, so pretexto de evaluar esta causal, adentrarse en nuevas valoraciones probatorias reservadas al juez de conocimiento.

9.2.4. Defecto procedimental

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-747 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-1100 de 2008, Humberto Antonio Sierra Porto.

El defecto procedimental se presenta en eventos donde la autoridad judicial se aparta de manera evidente de las normas procesales aplicables, o de manera excepcional cuando se presenta un exceso de ritualismos, en el cual el operador judicial resta o anula la efectividad de los derechos fundamentales por motivos excesivamente formales¹⁴³.

El fundamento normativo del denominado defecto procedimental se encuentra en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, normas que consagran los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

La jurisprudencia Constitucional ha reconocido dos modalidades de defecto procedimental, a saber:

- i) **Absoluto**, cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el trámite de un asunto concreto, ya sea porque sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente o porque omite etapas sustanciales del procedimiento establecido¹⁴⁴, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso, y
- ii) **Por exceso ritual manifiesto**, que tiene lugar cuando el funcionario, por el apego excesivo e irrestricto a las formas, termina generando un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, en consecuencia, sus actuaciones se convierten en una clara denegación de justicia¹⁴⁵. Se incurre en esta modalidad del defecto analizado cuando, entre varias interpretaciones posibles, el juez prefiere aquella que no favorece el principio *pro homine* e impide al ciudadano el acceso efectivo a la administración de justicia.

Respecto del defecto procedimental absoluto la Corte Constitucional ha señalado: *"[...] [E]l defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Pero para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la*

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-781 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-996 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

mencionada acción de tutela será necesario, adicionalmente (...) entre otros que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no aparece una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso. [...]”¹⁴⁶

De igual manera esta Corporación¹⁴⁷ ha indicado que el defecto procedimental absoluto se puede configurar porque el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia (desvía el cauce del asunto)¹⁴⁸; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes¹⁴⁹ o (iii) *“pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”*¹⁵⁰.

Con todo, la jurisprudencia constitucional¹⁵¹ ha precisado que, para que sea procedente la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procedimental, deberán concurrir los siguientes elementos: *“(i) (Q)ue no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales¹⁵²; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico¹⁵³, y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales.”*¹⁵⁴

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-996 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵² Ibidem

¹⁵³ Op. Cit., Sentencia C-590 de 2005.

¹⁵⁴ Ver las Sentencias SU-159 de 2002, C-590 de 2005 y T-737 de 2007.

Asimismo, la Corte ha aclarado que en ningún caso el desconocimiento del procedimiento que se alega puede ser una deficiencia atribuible al afectado¹⁵⁵.

9.2.5. Decisión sin motivación

A partir de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, la Corte Constitucional estableció como criterio específico autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la falta de motivación de tales decisiones. Al respecto precisó que la motivación de las decisiones judiciales es, por una parte, una barrera a la arbitrariedad judicial y, por otra, una herramienta que permite garantizar tanto la sujeción del juez al ordenamiento jurídico como el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia.¹⁵⁶

Sin embargo, en términos de la propia Corte, la intervención del juez de tutela en estos casos se encuentra limitada por el principio de autonomía judicial y en esa medida, su accionar está supeditado únicamente a aquellos casos en que la argumentación sea decididamente defectuosa, manifiestamente insuficiente o simplemente es inexistente¹⁵⁷. En síntesis, *“la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación*

¹⁵⁵ Al respecto, ver las Sentencias T-781 de 2011 y T-1049 de 2012, entre otras.

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-453 de 2017, SU-424 de 2012, T-395 de 2010.

¹⁵⁷ Para ilustrar la forma en que la Corte ha abordado esta causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, se tiene por ejemplo que en la sentencia T-709 de 2010 se señaló que una sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de un proceso disciplinario, incurrió en el defecto aludido al omitir pronunciarse sobre los argumentos presentados a lo largo del proceso y que fueron reiterados en el recurso de apelación, relacionados con la verificación del término de prescripción de la acción disciplinaria y el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad. De igual forma, en la sentencia T-302 de 2008 precisó el Alto Tribunal que en el marco del proceso de custodia y cuidado personal adelantado por la accionante respecto de sus nietos, se adoptó una decisión por la Juez Catorce (14) de Familia de Bogotá que presentaba el defecto de decisión sin motivación, toda vez que decidió ampliar considerablemente la frecuencia de los encuentros del padre con los nietos de la accionante, sin plasmar las razones que lo llevaron a adoptar tal determinación; al respecto se dijo: *“De otra parte, como se puede observar en el apartado transcrito, no se presentaron argumentos que motivaran esta decisión por parte de la Jueza Catorce de Familia de Bogotá. En ese sentido, dentro de la providencia, la decisión del aumento de la frecuencia de las visitas aparece, sencillamente, como producto de la libre voluntad del fallador del proceso de custodia y cuidado personal y no como resultado de un razonamiento judicial serio y ponderado, basado en los elementos recaudados en el transcurso de un proceso judicial. (...) Por estas razones, para la Sala es evidente, dada la carencia de razones, que frente a este punto también estamos en presencia de una ‘decisión sin motivación’.”*

*decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad.*¹⁵⁸

Por lo anteriormente señalado, una providencia judicial incurre en la causal examinada y, por consiguiente, desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona, cuando en su parte resolutive pasa por alto los argumentos esgrimidos por las partes en sustento de sus pretensiones y excepciones, omitiendo sin razón alguna pronunciarse sobre ellos.

No obstante, cuando se trata de sentencias, la prosperidad de esta causal está supeditada, en todo caso, al agotamiento previo del recurso extraordinario de revisión, medio extraordinario de defensa establecido para atacar la sentencia ejecutoriada viciada de nulidad, entre otras razones, por carencia de motivación.

9.2.6. Defecto orgánico

La Corte Constitucional¹⁵⁹ ha precisado que esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra su fundamento en el respeto de la garantía del juez natural establecido en el artículo 29 de la Constitución y se configura cuando una persona o un asunto objeto de litigio es juzgado por alguien que carece de competencia, de conformidad con las normas que regulan los procedimientos judiciales. El mismo Tribunal ha indicado que la falta de competencia constituye un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso en la medida en que ésta delimita el campo de acción de la autoridad judicial para garantizar el principio de seguridad jurídica.¹⁶⁰

Según la jurisprudencia constitucional dos son los momentos a partir de los cuales se puede configurar este defecto, a saber: *“(i) cuando el peticionario se encuentra supeditado a una situación en la que existe una actuación consolidada y no tiene otro mecanismo de defensa, como es el caso de una decisión que está en firme y que fue dada por un funcionario que carecía de manera absoluta de competencia; y (ii) cuando, en el transcurso del proceso, el actor puso de presente las*

¹⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-233 de 2007.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencias SU-210 de 2017, SU-565 de 2015 y SU-198 de 2013.

¹⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencias SU-210 de 2017 SU-198 de 2013 y T-522 de 2016.

*circunstancias de incompetencia y dicha situación fue desechada por los jueces de instancia, incluso en el trámite de recursos ordinarios y extraordinarios, validándose así una actuación erigida sobre una competencia inexistente.*¹⁶¹

Igualmente, la misma Corte ha señalado que existen dos hipótesis a partir de las cuales se configura el defecto aludido: “(i) la funcional, cuando la autoridad judicial extralimita en forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales¹⁶²; y (ii) la temporal, cuando a pesar de tener ciertas atribuciones o competencias, la autoridad judicial las ejerce por fuera del término previsto para ello.”¹⁶³

9.2.7. Desconocimiento del precedente

I. De manera previa a abordar el alcance del defecto aludido, se debe precisar que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha definido como precedente judicial *“la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia o semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*¹⁶⁴. Al respecto, estableció como criterios para concluir cuando se está ante un precedente, los siguientes: *“i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.”*¹⁶⁵

¹⁶¹ Corte Constitucional. Sentencias SU-565 de 2015, T-309 de 2013, T-313 de 2010 y T-058 de 2006.

¹⁶² Por ejemplo, en la sentencia T-522 de 2016, se encontró que se configuraba la causal en mención debido a que en un proceso ejecutivo, el Juzgado 1º Civil Municipal de Chaparral ordenó el secuestro, embargo, remate y adjudicación de unos bienes no siendo el funcionario judicial competente para ello pues los implicados eran miembros de la comunidad indígena Yaguara y los bienes que se afectaban con la medida cuestionada hacían parte de esta comunidad, siendo por tanto los competentes para dirimir el conflicto, las autoridades de la propia comunidad indígena. Así también, en la sentencia T-313 de 2010 se concluyó que se configuraba la causal en razón a que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sincé, Sucre no tenía la jurisdicción y menos la competencia para juzgar y condenar al pago de una cuantiosa suma de dinero a una entidad pública como el INVIAS.

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencias SU-565 de 2015, T-309 de 2013 y T-313 de 2010.

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018, T-499 de 2017, T-292 de 2006 y Auto 397 de 2014.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018 y SU-053 de 2015.

Bajo los parámetros indicados, un precedente se configura cuando la sentencia pretende resolver un idéntico problema, desde la perspectiva jurídica y fáctica, lo que supone un mismo aspecto jurídico a considerar, unos mismos hechos relevantes, probados y debidamente connotados e iguales fundamentos en derecho. A estos efectos, el examen de los requisitos que deben cumplirse para que se ataque la sentencia en sede de tutela por desconocimiento del precedente, impone al actor la carga de identificar el problema jurídico que resolvió la sentencia cuestionada para compararlo con el problema jurídico resuelto por el precedente, determinando consecuentemente su identidad en los hechos y en el derecho.

Visto así, el desconocimiento del precedente supone que la sentencia cuestionada se identifica con aquél en su objeto y causa, entendiéndose por el primero la pretensión jurídica analizada, y por la causa los hechos en que se funda dicha pretensión y los fundamentos normativos de la misma. No habrá entonces desconocimiento del precedente si la sentencia analizada difiere en cualquiera de los aspectos indicados.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶⁶ ha hecho la distinción entre precedente horizontal y precedente vertical, entendiéndose por el primero aquellas decisiones proferidas por el mismo funcionario, mientras que el segundo se refiere a las decisiones que son emitidas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. La fuerza vinculante del precedente horizontal se predica de las decisiones de la misma autoridad y se genera en atención a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima y al derecho a la igualdad¹⁶⁷; mientras que el precedente vertical, al provenir de la autoridad de cierre dentro de cada jurisdicción, limita la autonomía del juez, en tanto se debe respetar la postura del superior.¹⁶⁸

II. Sobre la obligatoriedad de las decisiones que son proferidas por los Altos Tribunales, la Corte ha precisado que, de conformidad con los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado,

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018 y T-460 de 2016.

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2017, M.P.: Iván Humberto Escruce Mayolo.

como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, y la Corte Constitucional, como entidad que tiene la función de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el deber de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de sus jurisdicciones, convirtiendo de tal forma en precedente de obligatorio cumplimiento¹⁶⁹, con fuerza de fuente formal, las decisiones que por ellas sean emitidas.¹⁷⁰

La función de unificación de la jurisprudencia que tiene el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción concreta el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

La Corte Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad del artículo 257 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, relativo al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, regulado en los artículos 256 a 268 *ibídem*, y pronunciarse sobre el artículo 270 *ejusdem*, relacionado con las sentencias de unificación, precisó en la sentencia C-179 de 2016, que “[...] uno de los principales objetivos del CPACA se enfocó en la necesidad de fortalecer la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, de manera que sus providencias sean tenidas en cuenta por la administración y por los jueces que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en su condición de órgano de cierre y máxima autoridad de la justicia administrativa. [...]” y que, con el propósito de materializar este objetivo, el legislador consideró oportuno establecer una categoría especial de providencia denominada *sentencia de unificación jurisprudencial*, cuya creación se justificó en la necesidad de brindar absoluta claridad a la administración y a los jueces, sobre las líneas jurisprudenciales plenamente vinculantes.

¹⁶⁹ Así por ejemplo, en la sentencia T-656 de 2011, la Corte encontró que se configuró la causal denominada “desconocimiento del precedente” debido a que las decisiones objeto de revisión no tuvieron en cuenta los pronunciamientos que se han emitido con relación a la motivación de los actos que declaran la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad. De igual forma, en la sentencia T-410 de 2014, se encontró que incurrió en desconocimiento del precedente el Tribunal Superior de Bogotá al no exponer claramente las razones por las que no tomaba en consideración la regla constitucional establecida en la sentencia T-784 de 2010 sobre acumulación de tiempos laborados ante empleadores privados que antes de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión.

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018 y SU-354 de 2017.

La citada ley le otorga a las sentencias de unificación una especial preponderancia en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En efecto, “(...) desde el punto de vista judicial, las sentencias de unificación emergen como el fallo que brinda certeza y seguridad sobre la regla de derecho que se debe aplicar a un caso que presenta una hipótesis semejante de decisión. Son providencias que al identificar de manera clara y uniforme el precedente aplicable, se imponen de manera forzosa por razón de la obligatoriedad del mandato de unificación que les asiste a los órganos de cierre, en este caso, al Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (...)”; en ese orden, “(...) las sentencias de unificación producen, de un lado, unos efectos inter partes o subjetivos, que alcanzan a las personas involucradas en el proceso de origen, sin que dicho propósito concrete la operatividad de este mecanismo, pues el mismo se enfoca, fundamentalmente, en la consolidación de unos efectos vinculantes para todos los casos semejantes, brindado un carácter objetivo al respectivo fallo, ya que introduce una subregla o criterio de decisión judicial que deviene en obligatorio para todos los jueces que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)”¹⁷¹.

La obligatoriedad que tienen las sentencias de unificación no excluye, en todo caso, el deber genérico de seguir el precedente respecto de las decisiones del Consejo de Estado que no tienen dicha condición. En ese sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-588 de 2012¹⁷², señaló que: “(...) Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado (...)”.

En consideración a la función de unificación de la jurisprudencia que tiene el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sus fallos constituyen parámetro de interpretación y precedente vinculante para los Tribunales y Jueces de la mencionada Jurisdicción, de tal

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2016.

¹⁷² Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo. Énfasis por fuera del texto original.

suerte que su desconocimiento injustificado permite configurar el defecto que aquí se analiza.

En cuanto al alcance y obligatoriedad de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, ese Tribunal ha señalado que ello varía, según se trate de fallos de constitucionalidad o de tutela.

El primer evento se suscita con ocasión de las demandas presentadas en ejercicio de la acción pública de control de constitucionalidad, del control previo de constitucionalidad, o del control constitucional de leyes aprobatorias de tratados internacionales; en este caso, el carácter de precedente se deriva de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional de los fallos que deciden tales asuntos (art. 243 de la C.P).

La jurisprudencia constitucional, con apoyo en los artículos 230 y 243 de la Constitución Política, ha determinado que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las normas tienen un carácter obligatorio en relación con la parte resolutive y con aquellos apartes de la motivación que guardan relación necesaria e inescindible con aquella, pues son los que constituyen su fundamento esencial, y que las demás consideraciones, argumentos o análisis de los cuales no dependa la decisión de exequibilidad o inexequibilidad de la norma sometida a control, son criterios auxiliares y no obligatorios para los tribunales y jueces¹⁷³.

En lo relativo a los fallos de revisión de tutela, en los que la citada Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante, en cuanto dichas decisiones, determinen el contenido y alcance de los derechos fundamentales¹⁷⁴.

En consideración a lo anterior, el Tribunal Constitucional ha determinado que se desconoce su precedente entre otros eventos, cuando: *“i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles; ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un*

¹⁷³ Sentencia C-037 de 2006.

¹⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

*precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del Texto Superior; iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada; o iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela*¹⁷⁵, lo que implica la interpretación de la norma constitucional que lo contiene.

III. En criterio de la Corte, el respeto de la *ratio decidendi* de sus fallos de revisión de tutela es necesario para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado, por lo que ha considerado que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en dichas providencias deben prevalecer sobre la llevada a cabo por otras *autoridades* judiciales, aún sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones¹⁷⁶. En la sentencia C-539 de 2011, al analizar la constitucionalidad de unas disposiciones normativas que le dan alcance al precedente judicial de los órganos de cierre ordinario y de lo contencioso administrativo, concluyó que dichos precedentes deben respetar la interpretación vinculante que realice el Tribunal Constitucional, *“la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general”*.

Bajo los parámetros indicados, lo que se entiende por precedente vinculante de la Corte Constitucional, debe ajustarse a las previsiones de los artículos 230, 237, 241 y 243 de la Constitución Política, en tanto que las decisiones de revisión de tutela, incluso las de unificación en materia de tutela, tienen carácter prevalente respecto de las adoptadas por los órganos de cierre de otras jurisdicciones, solo en *“materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general”*, por manera que esta prevalencia no aplica respecto de aquellas consideraciones que involucran la interpretación estrictamente legal que pueda hacer la Corte Constitucional al entrar a resolver una solicitud de amparo en concreto. En tales casos, y atendiendo a la función de unificación de la jurisprudencia que tiene el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serán sus fallos los que constituyen el

¹⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018, SU-395 de 2017 y SU-091 de 2016.

¹⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-230 de 2015.

parámetro de interpretación y precedente vinculante para los Tribunales y Jueces de la mencionada Jurisdicción, conforme se indicó previamente.

Esta conclusión no solo se desprende del alcance dado a la atribución contenida en el artículo 237, numeral 1º de la Constitución al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sino, además, porque considerar que mediante un fallo de revisión de tutela la Corte Constitucional puede definir cuál es la aplicación e interpretación, con criterio de autoridad, que debe tener un texto legal – no la Constitución –, vaciaría las competencias de los demás órganos de cierre que integran la rama judicial; lo que también genera, como ha sucedido en algunos eventos, inseguridad jurídica y rompe con el equilibrio derivado del respeto al principio de juez natural, que implica la resolución de los conflictos con sujeción a las competencias especializadas y a las funciones atribuidas a las distintas Corporaciones judiciales de cierre.

IV. Ahora bien, debe destacarse que el deber de respeto o sometimiento a los precedentes judiciales no es absoluto. En efecto, una comprensión excesiva del deber de atenerse a ellos podría suponer la negación de los principios de autonomía e independencia judicial (artículos 228 y 230 CP).

Precisamente por lo anterior la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el juez puede apartarse válidamente de los precedentes, bien sean estos verticales u horizontales, siempre y cuando se justifiquen de manera clara y precisa las razones para ello. A este respecto, dicha Corporación precisó que resulta válido que las autoridades judiciales, merced a la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente; pero aclaró que, en cualquier caso, esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial – *requisito de transparencia*-, y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales –*requisito de suficiencia*-¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

Sobre la regla de la carga de argumentación como condición necesaria para que una autoridad judicial pueda apartarse de un precedente, resultan pertinentes las siguientes anotaciones de ALEXI¹⁷⁸:

“[...] 2.5.1. La regla de la carga de la argumentación

El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual. Con ello ciertamente se revela de una manera inmediata una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes: nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias. Sin embargo, antes de entrar en ello, es importante otro punto. Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. Si se quisiera adherirse sólo al principio de universalidad sería imposible tal diferente decisión. Pero esta exclusión de cualquier cambio sería entonces incompatible con el hecho de que toda decisión plantea una pretensión de corrección. Por otro lado, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universalidad, aunque sea sólo una condición. Condición general es que la argumentación sea justificable. En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello. Cuándo resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso.

(...)

Como se mencionó antes, las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad. La introducción de una carga de la argumentación en favor de los precedentes no puede, por otro lado, contemplarse como una contravención de las reglas del discurso mientras no se excluya la posibilidad de que seguir el precedente puede suponer adoptar una máxima de decisión reconocida como equivocada. La limitación del espacio de lo discursivamente posible así efectuada debe verse, por ello, como racional. Se puede formular pues como reglas más generales del uso del precedente las siguientes reglas:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

[...]”.

¹⁷⁸ ALEXI, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007. Páginas 262 a 265.

En el escenario hasta aquí esbozado, es posible concluir que, cuando un juez desconoce una regla jurisprudencial vinculante y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionada con el desconocimiento del precedente judicial y, en consecuencia, vulnera el derecho fundamental a la igualdad de las personas que acudieron a la administración de justicia. *Contrario sensu*, cuando la sentencia que difiere del precedente fundamenta su decisión de manera razonable y suficiente, justificando tal posición, no resultará procedente la acción de tutela por esta causal específica.

V. Finalmente, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar las premisas bajo las cuales habrá de interpretarse una decisión judicial acusada de incurrir en el defecto en mención, anotando al respecto que se debe: *“i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes; ii) comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad; iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, o por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro homine.”*¹⁷⁹

9.2.8. Error inducido

Este defecto fue mencionado por primera vez en la sentencia SU-014 de 2001¹⁸⁰ y ha sido definido como aquél que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y tal engaño lo condujo a la toma de una

¹⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018 y T-351 de 2011.

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-014 de 2001 *“Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.”*

decisión que afecta derechos fundamentales¹⁸¹. De igual manera precisó que el error inducido se presenta en aquella providencia judicial que no tiene defectos endógenos, esto es, se adoptó con respeto al debido proceso, con base en los elementos probatorios que obran en el expediente y con fundamento en una interpretación razonable de la ley, pero que sí presenta vicios exógenos, ya que, si bien la decisión se profiere con fundamento en aspectos correctamente aportados al proceso, éstos fueron irregulares en la medida en que contienen información falsa, equivocada o imprecisa, que ocasiona la vulneración de derechos fundamentales¹⁸².

Por lo dicho, el mismo Alto Tribunal ha sostenido que se trata de un defecto que no se puede atribuir al funcionario judicial accionado, puesto que en la providencia éste es producto de la inducción al error de que es víctima el juez de la causa, por lo que la actuación judicial resulta lesiva de derechos fundamentales.

En la sentencia T-863 de 2013 se precisa que, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial, la Sala Octava de Revisión de ese Tribunal ha determinado los siguientes requisitos para la ocurrencia de esta causal: “a) *La providencia que contiene el error está en firme; b) La decisión judicial se adopta siguiendo los presupuestos del debido proceso, de tal forma que no es consecuencia de una actuación dolosa o culposa del juez; c) No obstante el juez haber actuado con la debida diligencia, la decisión resulta equivocada en cuanto se fundamenta en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas en las cuales hay error; d) El error no es atribuible al funcionario judicial si no al actuar de un tercero (órgano estatal u otra persona natural o jurídica), y e) La providencia judicial produce un perjuicio ius fundamental.*”¹⁸³.

9.3. EL CASO CONCRETO

¹⁸¹ Corte Constitucional. Sentencias T-863 de 2013 y 590 de 2005.

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-031 de 2016.

¹⁸³ A modo de ilustración, la Corte en la sentencia T-863 de 2013 encontró que una decisión adoptada por el Juez Cuarto de Familia de Santa Marta dentro de un proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, si bien se adoptó con base en las normas aplicables, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y en garantía del derecho fundamental al debido proceso, se omitió por una de las partes información relevante y se dio otra en el sentido equivocado que llevó a que finalmente se hubiera adoptado una decisión violatoria de derechos fundamentales.

Se recuerda que la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, mediante fallo de tutela del 18 de enero de 2017, amparó el derecho fundamental al debido proceso del señor William Villamizar Laguado, por considerar que se configuraron los defectos sustantivo y fáctico en la sentencia proferida el 28 de julio de 2016, por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro del proceso de pérdida de investidura instaurado por el señor Hernán Alfonso Oviedo Lozano contra el señor Willamizar Laguado y, en consecuencia, la dejó sin efectos, ordenando que se profiriera una nueva decisión.

9.3.1. De acuerdo con los parámetros planteados, se observa que, en este caso, se cumplieron los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional que también ha desarrollado esta Corporación, a la cual se hizo relación *in extenso* en líneas precedentes, en razón a que:

9.3.2. La relevancia constitucional: El actor estimó que con la decisión cuestionada se veían comprometidos derechos de orden fundamental, como son el debido proceso, la no autoincriminación y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Ello se sustentó en que, comoquiera que se le decretó la pérdida de investidura de concejal de San José de Cúcuta, Norte de Santander, para el periodo constitucional 2001-2003, dada la naturaleza y consecuencias que tal decisión comporta, puesto que implica la cesación del cargo, la pérdida del mandato de representación popular y una inhabilidad de carácter permanente a la que comúnmente se le denomina muerte política, ello causa afectación a sus derechos fundamentales.

Por esta razón, refiriéndose a cada uno de estos derechos en aras de determinar si en el asunto se ve o no comprometido su núcleo esencial se tiene lo siguiente:

En cuanto al debido proceso: se trata de un derecho previsto en el artículo 29 de la Constitución Política¹⁸⁴, definido por la jurisprudencia constitucional como: “(…)

¹⁸⁴ El artículo 29 de la Carta Política prevé: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.// Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la

el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.”(...)”.¹⁸⁵ En la misma sentencia citada se indica que hacen parte de las garantías del debido proceso, los derechos a la jurisdicción, al juez natural, a la defensa, a un proceso público y a la independencia del juez.

En el caso bajo examen, no se atentó contra el núcleo fundamental del debido proceso, en la medida que se respetaron las garantías que se derivan del mismo; es decir, el proceso fue adelantado por la jurisdicción contenciosa administrativa y por el juez competente, ya que la demanda de pérdida de investidura fue conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, que según las reglas de reparto establecidas por el Acuerdo 55 de 2003¹⁸⁶, distribuyó los negocios entre las secciones atendiendo un criterio de especialización y asignó a la citada Sección el conocimiento del recurso de apelación contra las sentencias de los Tribunales sobre pérdida de investidura.

Adicionalmente, se adelantaron las correspondientes etapas previstas para esta clase de procesos, las actuaciones surtidas fueron notificadas en debida forma a las partes y no se vio comprometida la independencia de los funcionarios judiciales que conocieron del caso. En suma, atendiendo los fundamentos alegados por el accionante, la Sala no observa que resulte comprometido el núcleo esencial del debido proceso.

Por otra parte, frente a los argumentos del accionante referidos a la falta del análisis subjetivo de la conducta del demandado en el proceso de pérdida de investidura a la luz de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia de

plenitud de las formas propias de cada juicio.// En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.// Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.// Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

¹⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. Al estudiar la demanda de *inconstitucionalidad* contra el artículo 37 (parcial) de la Ley 1437 de 2011.

¹⁸⁶ “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”. Modificado por el Acuerdo nro. 377 del 11 de diciembre de 2018.

Unificación 501 del 6 de agosto de 2015, dicho examen no implica la vulneración al debido proceso sino que se trata de una discusión propia del debate.

Lo mismo puede decirse respecto del derecho a la **no autoincriminación**, previsto por el artículo 33 de la Constitución Política¹⁸⁷, que no ha sido reconocido como un derecho fundamental independiente sino que, como en el caso del análisis subjetivo, podría hacer parte de un defecto fáctico o sustantivo por considerarse que de una declaración de la parte o su apoderado no es posible deducir la confesión.

No obstante lo dicho sobre el derecho al debido proceso, se observa que se invocó adicionalmente el derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político como garantía fundamental prevista por el artículo 40 de la Constitución Política¹⁸⁸ y, dado que la Sección Primera de esta Corporación decretó la pérdida de investidura del actor, tal decisión afectó de manera real la posibilidad de que el señor Villamizar Laguado participara a futuro en procesos electorales como aspirante, lo que comprometió de manera directa este derecho fundamental y permitía tener por acreditado el requisito de la relevancia constitucional.

Frente al alcance de este derecho la Corte Constitucional ha expresado¹⁸⁹:

“[...] Esta Corporación ha definido los derechos políticos como instrumentos ciudadanos para incidir en la estructura y el proceso político facilitando la consolidación de una democracia participativa. De esta manera, el ciudadano tiene derecho no solo a conformar el poder (democracia representativa), sino

¹⁸⁷ El artículo 33 de la Carta Política establece: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

¹⁸⁸ **“ARTICULO 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

¹⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-027 del 18 de abril de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

también a ejercerlo y controlarlo, esto es, está llamado a hacer parte de la toma de decisiones en asuntos públicos (democracia participativa), indispensable para la efectividad de la democracia constitucional.

(...)

Ahora bien, en materia de democracia participativa pluralista la Corte ha identificado dos etapas en las relaciones electores y elegidos. La primera, referida al acto de elección a través del ejercicio del sufragio, es decir, cuando los ciudadanos escogen y confieren legitimidad democrática a sus representantes. La segunda, se concreta en el derecho de la ciudadanía a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual el ordenamiento constitucional dispone de diversos mecanismos para su efectividad. [...]”.

9.3.3. En cuanto a la inmediatez: la sentencia proferida por la Sección Primera en el medio de control de pérdida de investidura adelantado por el señor Hernán Alfonso Oviedo Lozano, es de fecha 28 de julio de 2016¹⁹⁰ y fue notificada el 4 de agosto de 2016¹⁹¹; el actor, en ese asunto, solicitó su aclaración, que se resolvió en proveído del 13 de octubre de 2016, notificada el 4 de noviembre del mismo año¹⁹² y, como quiera que la acción de tutela se interpuso el 16 de noviembre de 2016¹⁹³, se acreditó el cumplimiento de este requisito.

9.3.4. Acerca del presupuesto de la subsidiariedad, en este caso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en los debates que se surtieron sobre la procedencia de otros mecanismos judiciales de defensa, se pronunció por mayoría que no es posible concluir que el recurso extraordinario de revisión fuese el medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de manera que se agotaran todos los recursos que el actor tenía a su alcance para cuestionar la sentencia de pérdida de investidura, argumentando:

La demanda de pérdida de investidura fue radicada el 31 de julio de 2015 y los procesos de esa naturaleza que para la fecha se adelantaran se regían por la Ley 144 de 1994, toda vez que la Ley 1881, que la derogó, entró en vigencia el 15 de enero de 2018.

¹⁹⁰ Folios 514 a 567 del cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

¹⁹¹ Folios 568 a 572 cuaderno 2 del proceso de pérdida de investidura.

¹⁹² Folios 597 a 607 cuaderno 2 proceso de pérdida de investidura.

¹⁹³ Folio 1 cuaderno 1 acción de tutela.

Ahora bien, la Ley 144 de 1994 establecía el recurso extraordinario especial de revisión contra las sentencias de pérdida de investidura de congresistas, disponiendo lo siguiente:

*“[...] Artículo diecisiete. Recurso extraordinario especial de revisión. Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias **mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario**, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:*

a) Falta del debido proceso;

b) Violación del derecho de defensa

[...].” (se destaca)

En lo que tiene que ver con la procedibilidad del recurso especial de revisión de la Ley 144 de 1994 y el extraordinario de revisión del Código Contencioso Administrativo frente a sentencias que resolvían demandas de pérdida de investidura de concejales antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como en líneas precedentes se dijo, la Sección Primera del Consejo de Estado consideraba que éste último no era procedente desde la expedición de la Ley 617 de 2000¹⁹⁴.

Precisamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en las discusiones que precedieron a la votación del primer proyecto de fallo¹⁹⁵, analizó que, comoquiera que para la fecha en que la Sección Primera de esta Corporación profirió la decisión de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura seguido en contra del señor William Villamizar Laguado, la tesis de dicha Sección era que el recurso extraordinario de revisión procedía en contra de las sentencias de única instancia y no en contra de las de segunda instancia, como ocurre en este caso, dicha situación permitiría considerar cumplido el requisito de la subsidiariedad ante la improcedencia del recurso, puesto que no se trataba de un mecanismo idóneo para el estudio del asunto.

¹⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de diciembre de 2004. C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente radicación 05 001 2315 5000 2002 02388 01 (PI).

¹⁹⁵ Cuyo ponente fue el Consejero de Estado Milton Chaves García. Según consta en las Actas números: 15 del 16 de mayo, 17 del 29 de mayo y 20 del 19 de junio, todas del año 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

A ello se agrega que, aunque pudiese considerarse su procedencia, el mecanismo constitucional sería viable dadas las características del perjuicio, que tendría la condición de grave, inminente e impostergable; puesto que se declaró la pérdida de investidura del señor Villamizar Laguado y en esa medida podría configurarse una inhabilidad sobreviniente. En tales condiciones, la tutela constituiría un mecanismo para evitar el perjuicio irremediable derivado de la inhabilidad.

Acorde con lo anterior, como para la fecha en que se radicó la demanda de pérdida de investidura del concejal demandado, la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación calificaba como improcedente el recurso extraordinario especial de revisión, emergía con claridad que dicho mecanismo no era idóneo ni eficaz y permitía concluir que el requisito de subsidiariedad estaba superado.

9.3.5. La irregularidad manifestada por el demandante es de naturaleza interpretativa y jurisprudencial (defecto material o sustantivo y desconocimiento del precedente)¹⁹⁶.

Lo anterior teniendo en cuenta que en el escrito de tutela el actor afirmó que *“el presente asunto reviste relevancia constitucional, la sentencia viola y amenaza derechos constitucionales fundamentales, incurre en error sustantivo y desconoce el precedente judicial”*¹⁹⁷. Y *“En cuanto al cumplimiento de los requisitos especiales invoco: Desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la Constitución”*.

9.3.6. La situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela; al efecto el accionante a través de su apoderado dijo¹⁹⁸:

“[...] La sentencia de la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado por medio de la cual decretó la pérdida de Investidura de William Villamizar Laguado,

¹⁹⁶ Se observa que pese a que la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación en la sentencia de tutela de primera instancia analizó el defecto fáctico el accionante no lo invocó.

¹⁹⁷ Folio 2 escrito de tutela.

¹⁹⁸ Folio 13 cuaderno 1 tutela.

Concejal del Municipio de San José de Cúcuta, para el periodo 2001-2003 constituye amenaza o violación, entre otros del derecho al Debido Proceso (C.N. art. 29), Derecho a la autoincriminación (C.N. art. 33), derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control de poder político (C.N. art. 40). Igualmente incurre en desconocimiento del precedente judicial.

*El desconocimiento del precedente obedece a que, la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia SU 501/15 Expediente T-3.756.821 de 6 de agosto de 2015, al exponer las razones por las cuales en estos procesos no es posible modular la sanción, por tratarse de un sistema que establece una sanción rígida y única, **la pérdida de investidura**, (...)*

*La sentencia de la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado por medio de la cual se decretó la pérdida de investidura de William Villamizar Laguado Concejal del Municipio de San José de Cúcuta- periodo 2001—2003, **lo hizo desde la perspectiva de la determinación de la responsabilidad objetiva**, sin establecer un mínimo de dolo o culpa. [...]”.* (Destacado en la providencia)

9.3.7. Por último, no se trató de una providencia contentiva de una sentencia de tutela.

En tal virtud, era procedente descender al análisis del caso, teniendo en cuenta lo decidido en la primera instancia sobre los requisitos de procedencia y los argumentos de la impugnación.

9.4. En el escrito de tutela se afirmó que los defectos en que incurrió la Sección Primera de esta Corporación en la sentencia cuestionada fueron el sustantivo y el desconocimiento del precedente al decretarse la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado, como Concejal del Municipio de San José de Cúcuta para el periodo 2001-2003.

En aras de descender al análisis de estos defectos, se considera que era necesario examinar lo siguiente:

9.4.1. En relación con el defecto sustantivo:

Dicho examen comporta dos aspectos relacionados entre sí: el primero vinculado con la aplicación del artículo 193 del Código General del Proceso y el segundo sobre la endilgada violación del derecho a la no autoincriminación del accionante.

9.4.1.1. La aplicación del artículo 193 del Código General del Proceso:

9.4.1.1.1. La demanda de tutela:

El accionante afirmó que, al aplicarse en la sentencia cuestionada la ficción legal de que trata el artículo 193 del Código General del Proceso, se sacrificó el derecho fundamental a la no autoincriminación y con ello, se le dio primacía a la citada norma procesal por encima de este derecho; pasando por alto que, por mandato constitucional, el Estado reconoce la superioridad de los derechos inalienables de la persona.

Para analizar el cargo, se transcribirá lo que dijo la sentencia censurada sobre el particular, en los siguientes términos:

9.4.1.1.2. La sentencia de segunda instancia de pérdida de investidura:

[...] 2.4.1.- La participación del demandado en la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander consideró en la decisión de primera instancia que “(...) el actor no logró siquiera probar que el Señor WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO votó favorablemente para la aprobación del Proyecto 088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta del 22 de octubre de 2002, sólo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate (...)”.

En relación con esta afirmación de la primera instancia, resulta necesario acudir a la demanda de pérdida de investidura. En ella, el demandante relata como un hecho que sustenta su solicitud que “(...) En la aprobación del este acuerdo participó y voto el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO (...)”.

En la contestación de la demanda, la defensa del concejal claramente afirma, frente a los hechos esbozados por el demandante, que “(...) Es cierto, y eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda (...)”.

Dicha manifestación, conforme los lineamientos del artículo 191 del Código General del Proceso¹⁹⁹ se hizo libre y conscientemente sobre hechos personales del demandado, respecto de los que la ley no exige otro medio de prueba y que claramente le producen consecuencias jurídicas adversas al concejal, además

¹⁹⁹ **Código General del Proceso. ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

de que el apoderado judicial del demandado se encuentra autorizado para hacerla conforme el artículo 193 del Código General del Proceso²⁰⁰.

*Esta Sala, entonces, encuentra probado que el demandante **votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.***

La conclusión a la que arriba esta Sala en modo podría desconocer el artículo 33 de la Carta Política y la correlativa improcedencia del interrogatorio de parte en los proceso de pérdida de investidura, prohibición de la cual dan cuenta numerosas decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁰¹ y de esta Sala²⁰².

(...)

En la medida en que lo que proscribe el artículo 33 de la Carta Política es que se obligue al concejal demandado a confesar, resulta evidente y claro que se prohíba su citación al proceso para que rinda declaración de parte, el cual tendrá como objeto precisamente forzar una declaración contra sí mismo.

Sin embargo, nada obsta para que el demandado, libremente, y en ejercicio de su derecho de defensa, se refiera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella acepte como ciertos todos o algunos hechos alegados por la parte demandante, en la medida en que: (1) la ley no prevé que dicho pronunciamiento sea obligatorio para el concejal; y (2) al referirse a la solicitud de pérdida de investidura, aquel puede abstenerse de referirse sobre ciertos hechos que impliquen responsabilidad penal y disciplinaria suya.

[...]” (destacado en la providencia)

9.4.1.1.3. El fallo de tutela de primera instancia:

Consideró que la acción de pérdida de investidura corresponde al ejercicio del poder punitivo del Estado, en donde se sanciona la conducta que pugna con el deber de ejercer un cargo de representación popular de manera decorosa e intachable; por lo que se trata, en últimas, de una acción de tipo ético y debido a su carácter sancionatorio, ello impedía acudir a las normas previstas en el Código General del Proceso, porque la naturaleza de los procesos que allí se regulan no

²⁰⁰ Código General del Proceso. Artículo 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

²⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Auto de seis (6) de octubre de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01602-00(A), Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ, Demandado: HOLGER HORACIO DIAZ HERNÁNDEZ.

²⁰² Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00521-01(PI), Actor: ZAFARIS SEÑAS SIERRA, Demandado: CARLOS SEGUNDO DURAN B. Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA

es compatible en todo con el de pérdida de investidura que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Agregó que, por ende, lo propio era aplicar el régimen probatorio del proceso disciplinario, y dado que éste, en cuanto a la regulación de los medios de prueba, remite al Código de Procedimiento Penal por la afinidad de su naturaleza sancionadora, debía acudirse al mismo ordenamiento, que es la normativa que regula integralmente el medio de prueba de la confesión.

Concluyó que, en materia penal, la confesión o aceptación de responsabilidad es válida, pero debe hacerla la persona implicada, sin que exista norma que permita la confesión hecha por otro, pues se trata de un acto reservado a la persona misma, no al defensor; por ello estimó que la Sección Primera del Consejo de Estado **incurrió en un defecto sustantivo** al aplicar indebidamente al proceso de pérdida de investidura el artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, cuando dicha disposición no es compatible con la naturaleza de este proceso sancionatorio.

9.4.1.1.4. La impugnación

El Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés, en su escrito de impugnación, frente a este punto estimó que la providencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo porque el régimen probatorio aplicable a las pérdidas de investidura de concejales es el previsto en el Código General del Proceso; manifestó que, al no existir norma específica de regulación, debía aplicarse lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en el artículo 211 remite al Código de Procedimiento Civil y no al Código de Procedimiento Penal.

Aclaró que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya había definido que el régimen probatorio de la acción de pérdida de investidura es, por remisión, el del Código General del Proceso; para ello citó el auto del 6 de julio de 2015, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente nro. 110010315000201501564, así como la providencia del 6 de octubre de 2015, expediente nro. 110010315000201401602.

9.4.1.1.5. El análisis

Se destaca que no cualquier diferencia de criterio es fundamento suficiente para que en sede de tutela se revisen las decisiones que adopten los jueces naturales de la causa en el marco de los procesos judiciales, por lo que es necesario que se aparten de manera flagrante de la Constitución y la ley, y en tal situación se afecten derechos fundamentales que deban ser objeto de protección por el juez constitucional.

En ese sentido, en la medida en que este defecto supone que la irregularidad que se invoca deba ser de tal importancia y gravedad que haya dado lugar a una decisión violatoria de los derechos fundamentales, para la Sala no era procedente que, en el caso bajo análisis, se diera prosperidad a este defecto, habida cuenta que su configuración no puede darse a partir de cualquier diferencia de criterio sobre las fuentes formales en que se fundó la decisión judicial, puesto que precisamente de ello deriva la autonomía de los jueces en su labor de administración de justicia cuya garantía está constitucionalmente protegida por el artículo 228 Superior²⁰³.

Tratándose del defecto sustantivo respecto de la fuente, por la aplicación de una norma legal que, según lo consideró el fallo de tutela impugnado, no se adecuaba a la situación fáctica del caso, la Sala observa que el predicado defecto no se edifica, pues de lo sostenido en la providencia cuestionada, se deduce una apreciación razonable de la aplicación de la ley²⁰⁴.

En estricto rigor entonces, lo que existe es una disparidad de criterios, ambos respetables; por ende, el hecho de que el juez natural del proceso de pérdida de investidura se hubiese apoyado en las normas procedimentales civiles, no en las

²⁰³ El artículo 228 de la Constitución Política establece: "(...) La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (...)".

²⁰⁴ Aunque para la fecha de los hechos aún no había entrado a regir la Ley 1881 del 15 de enero de 2018, que reguló el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas, ilustra por su importancia para el entendimiento del sustento normativo en que se apoyó el fallo ordinario, que precisamente en el artículo 22 indique que las disposiciones contenidas en dicha ley, son aplicables en lo que sea compatible a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados.

A su vez, el artículo 21 *ejusdem*, de manera expresa consagró que, en los demás aspectos no regulados en esa ley, se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

penales, argumentando las razones por las cuales las primeras eran las aplicables, no constituye un motivo que permita la estructuración del defecto sustantivo al que aludió el fallo de tutela impugnado, de manera que este defecto no podía sustentarse en una diferencia de juicios, pues lo contrario implicaría desconocer la autonomía del juez llamado a decidir.

9.4.2.1.2. Frente a transgresión del derecho a la no autoincriminación:

9.4.2.1.2.1 La demanda de tutela:

El apoderado del accionante manifestó: *“es cierto que el apoderado de William Villamizar Laguado al dar respuesta a la solicitud de pérdida de investidura, a los hechos respondió que eso era cierto y que se trataba de circunstancias acaecidas hacía trece años, no obstante, en modo afirmativo y puntual respondió que Villamizar Laguado había votado positivamente el citado acuerdo”*.

Indicó que se vulneró el derecho a la no autoincriminación establecido en el catálogo de los derechos fundamentales, al darle primacía a la norma procesal prevista en el artículo 193 del Código General del Proceso.

9.4.2.1.2.2. La sentencia de segunda instancia de pérdida de investidura:

Señaló que, en la medida que el artículo 33 de la Constitución Política lo que proscribía es que se obligue al concejal demandado a confesar, resultaba evidente que se prohibiera su citación al proceso para que rindiera declaración de parte, lo que tendría como objeto forzar una declaración contra sí mismo; pero nada obstaba para que aquél de forma libre y en ejercicio de su derecho de defensa, se refiriera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella aceptara como ciertos todos o algunos de los hechos alegados por la parte demandante, puesto que la ley no previó que dicho pronunciamiento fuese obligatorio para el concejal y, en todo caso, al referirse a la solicitud de pérdida de investidura, aquél podía abstenerse de hacer alusión sobre hechos que implicaran su responsabilidad penal o disciplinaria.

9.4.2.1.2.3. El fallo de tutela de primera instancia:

Estimó que, dada la naturaleza sancionatoria del proceso de pérdida de investidura, debían respetarse de manera exigente las formas propias de esta clase de juicio, conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución Política, lo que impedía sin excepción que se acudiera a todas las normas consagradas en el Código General del Proceso, y lo procedente era aplicar el régimen probatorio del proceso disciplinario que, en cuanto a la regulación de los medios de prueba, remite al Código de Procedimiento Penal; que, en cuanto al derecho a la no autoincriminación y derecho de defensa del imputado, señala el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 que, en desarrollo de la actuación una vez se adquiere la condición de imputado, éste tendrá derecho en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, entre otros, a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo o a no autoincriminarse, pudiendo renunciar a tal derecho; sin embargo, conforme a la normatividad aplicable en materia penal la confesión o aceptación de responsabilidad era válida, pero debía hacerla la persona implicada, al no existir norma que permita la confesión hecha por otro.

9.4.2.1.2.4. El análisis del caso

La sentencia de segunda instancia que decretó la pérdida de investidura, dijo sobre la materia lo siguiente:

“[...] La conclusión a la que arriba esta Sala en modo podría desconocer el artículo 33 de la Carta Política y la correlativa improcedencia del interrogatorio de parte en los proceso de pérdida de investidura, prohibición de la cual dan cuenta numerosas decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁰⁵ y de esta Sala²⁰⁶.

El artículo 33 de la Carta Política señala:

“(...) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (...).”

La Corte Constitucional, en distintas providencias ha establecido el alcance de este artículo constitucional. En la Sentencia C- 258 de 2011, la Corporación indicó:

“(...) 3. Alcance del derecho a la no autoincriminación

²⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Auto de seis (6) de octubre de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01602-00(A), Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ, Demandado: HOLGER HORACIO DIAZ HERNÁNDEZ.

²⁰⁶ Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00521-01(PI), Actor: ZAFARIS SEÑAS SIERRA, Demandado: CARLOS SEGUNDO DURAN B. Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA

Al margen de esas consideraciones, lo cierto es que, en la medida en que el derecho disciplinario es una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas. Así, la Corte, en Sentencia C-431 de 2004 expresó que “(...) la garantía constitucional de no auto incriminación opera dentro del contexto de la actuación punitiva del Estado, de la cual el derecho disciplinario es una de sus manifestaciones”. De manera más general la Corte había puntualizado que “[e]l derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo (...)” y que “[e]llo implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario.”²⁰⁷

3.2. En cuanto hace al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados. Esa aproximación ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier, medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.

(...)

De este modo, la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio, a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, pero no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas.

La garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral. En ese contexto se consagró un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no puede tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad.

(...)

De este modo, a partir de las disposiciones de derecho interno, de las previsiones de los tratados internacionales, y de la doctrina de derecho comparado, se ha tratado de definir el alcance de la garantía, identificando entre sus componentes, con distintos matices, el presupuesto fundamental conforme al cual la persona no puede ser obligada a declarar en su contra, proscribiendo toda modalidad de tortura o de presión física o psicológica, así como la posibilidad de conminar a una persona declarar o de sancionarla por abstenerse de hacerlo amparada en esta garantía; la exigencia de que, en los ámbitos en los cuales opere la garantía, la persona sea advertida de su derecho a no declarar, o la prohibición de hacer inferencias negativas a partir del silencio de quien se ampara en esta garantía. Además de esos elementos, en torno a los cuales existe amplio

²⁰⁷ Sentencia C- 769 de 1998, M.P Antonio Barrera Carbonell.

consenso, también se ha avanzado en la discusión de algunas aristas de la cuestión que presentan no pocas dificultades, como aquellas relativas a si la declaración voluntaria puede o debe hacerse bajo juramento, o si la garantía de la no incriminación comprende un derecho a faltar a la verdad en las declaraciones.

En ese contexto, la Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, ha ido delineando, en una perspectiva general, el alcance de la garantía.

En la Sentencia C-024 de 1994, la Corte señaló que el artículo 33 de la Constitución se refiere a que nadie -sin excepción alguna-, podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y que la intención del Constituyente estaba encaminada a la proscripción e invalidación de todo procedimiento que produzca la confesión forzada o no voluntaria de quien declara ante las autoridades. Agregó la Corte que una de las consecuencias de esta prohibición es que ninguna autoridad puede exigir a persona alguna que preste declaración, contra sí o contra alguno de sus parientes en los grados que indica la norma.

(...)

Esa garantía, por otra parte, se vincula de manera indisoluble con la presunción de inocencia, contenida en el artículo 29 de la Constitución, porque quien decide no declarar, debe tenerse como inocente y le corresponde al Estado establecer, fuera de toda duda, la responsabilidad, y con la previsión del mismo precepto Superior que excluye toda prueba obtenida con violación del debido proceso, como sería la declaración del sujeto investigado en cuya producción se hubiese desconocido la prescripción del artículo 33 de la Carta. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “(...) la prohibición de declarar contra sí mismo, su cónyuge o compañero permanente y sus parientes más allegados, está íntimamente vinculada con la presunción de inocencia que respecto de las personas juzgadas por delitos establece el artículo 29 de la misma Constitución, mientras no se les haya declarado judicialmente culpables, por reputarse consustancial a esta clase de procesamientos que sea el Estado el obligado a probar la culpabilidad de la persona en la comisión de un hecho calificado previamente como delictuoso.”²⁰⁸

Es decir, dentro del proceso penal, el silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso²⁰⁹. En efecto, en la Sentencia C-621 de 1998, la Corte puntualizó que “[c]on base en la garantía constitucional sobre **no autoincriminación**, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.” Agregó la Corporación que “[a]nte la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 129 de 17 de octubre de 1991.

²⁰⁹ Cfr. C-776 de 2001

desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados.”(….)”

La garantía de la no autoincriminación pretende, entonces, que las personas **no sean obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados**, esto es, proscribir toda actuación de las autoridades **que pretenda la confesión no voluntaria de quien es parte en un proceso** y por ello, en los procesos de pérdida de investidura, se ha protegido esta garantía rechazando las solicitudes probatorias que han tenido por objeto la declaración de la parte demandada en la medida en que por esta vía se pretende obligarlo a declarar contra sí mismo provocando su confesión.

En manera alguna la jurisprudencia constitucional, seguida por la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha proscrito de manera absoluta la confesión. En esa medida, ha indicado la misma Corte Constitucional, en la Sentencia C- 102 de 2005 que:

“(…) 4.3 Para la Corte es claro que conforme a lo expuesto en la sentencia C-422 de 2002, ya citada, la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos. La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia. (….)”

(Negrillas y subrayas en la sentencia de pérdida de investidura)

Y más adelante agregó:

“[...] En la medida en que lo que proscribe el artículo 33 de la Carta Política es que se obligue al concejal demandado a confesar, resulta evidente y claro que se prohíba su citación al proceso para que rinda declaración de parte, el cual tendrá como objeto precisamente forzar una declaración contra sí mismo.

Sin embargo, nada obsta para que el demandado, libremente, y en ejercicio de su derecho de defensa, se refiera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella

acepte como ciertos todos o algunos hechos alegados por la parte demandante, en la medida en que: (1) la ley no prevé que dicho pronunciamiento sea obligatorio para el concejal; y (2) al referirse a la solicitud de pérdida de investidura, aquel puede abstenerse de referirse sobre ciertos hechos que impliquen responsabilidad penal y disciplinaria suya.

*Por ello, entonces, se precisa la tesis expuesta en la sentencia de 26 de junio de 2013²¹⁰, pues, se reitera, la garantía de no autoincriminación **se protege adecuadamente prohibiendo la práctica del interrogatorio de parte en esta clase de procesos**, lo que no excluye que el demandado, en ejercicio de su derecho de defensa, se refiera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella acepte como ciertos todos o algunos hechos alegados por la parte demandante, conforme se ha expuesto extensamente.*

[...]” (negrillas originales en la providencia citada)

En este asunto, lo decidido en la sentencia de pérdida de investidura proferida el 28 de julio de 2016 tampoco conllevaba a que se hubiese incurrido en el defecto sustantivo, en la medida que lo que se presentó es una discrepancia sobre el alcance del derecho a la no autoincriminación previsto por el artículo 33 de la Constitución Política, en especial cuando el implicado no está obligado a declarar en interrogatorio de parte, sino que se trató de su apoderado pronunciándose de forma libre y voluntaria.

En tales circunstancias, entre la sentencia de pérdida de investidura y el fallo de tutela se observaba simplemente una diferencia de criterios sobre el alcance del artículo 33 de la Carta Política y el ordenamiento jurídico que debe regir la prueba en la pérdida de investidura (si el procesal civil o el penal), asunto que está reservado al juez natural del proceso, pues, amparado por el principio de la autonomía judicial, precisamente debe decidir sobre tales asuntos dada su especialidad.

Por tales motivos, contrario a lo afirmado por el fallo de tutela que se impugna, el defecto sustantivo no se configuraba.

9.4.2.2. En relación con el desconocimiento del precedente:

9.4.2.2.1. La demanda de tutela:

²¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013), Radicación número: 15001-2331-000-2012-00228-01(PI), Actor: LUIS ÁNGEL BORDA ROJAS, Demandado: VICENTE ANIBAL OJEDA MARTÍNEZ, Referencia: APELACION SENTENCIA

El accionante aseveró que el desconocimiento del precedente judicial “obedece a que, la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia SU 501/2015 Expediente T-3.756.821 del 6 de agosto de 2015, al exponer las razones por las cuales en estos procesos no es posible modular la sanción, por tratarse de un sistema que establece una sanción rígida y única, la pérdida de investidura, puntualizó:(...) que se requiere el mínimo de responsabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos. (...)”, mientras que la sentencia cuestionada, que decretó la pérdida de investidura del señor William Villamizar Laguado como Concejal del Municipio de San José de Cúcuta para el periodo 2001-2003, lo hizo desde la perspectiva de la determinación de la responsabilidad objetiva, sin establecer un mínimo de dolo o culpa.

9.4.2.2.2. La sentencia de segunda instancia de pérdida de investidura, para analizar la conducta del demandado, dijo lo siguiente:

“Es por ello que el demandante, como integrante del concejo municipal y emitiendo su voto favorable para la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002, permitió que se destinaran dineros públicos a objetos, actividades no autorizados por la Constitución, la ley y el reglamento²¹¹, incurriendo en indebida destinación de dineros públicos, lo que amerita la revocatoria de la providencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

9.4.2.2.3. El fallo de tutela de primera instancia:

El fallo de tutela impugnado, frente a este defecto, lo que expuso fue lo siguiente:

“[...]

En lo que tiene que ver con el desconocimiento del precedente la Corte Constitucional ha destacado que lo que se reprocha consiste en que una autoridad judicial modifique su posición frente a determinado asunto, o se separe del criterio establecido por su superior jerárquico, haciendo caso omiso del precedente en la materia y, aún más, que, a pesar de reconocer la existencia de éste, se aparte total o parcialmente del mismo sin cumplir con la carga argumentativa que le corresponde en esos casos, toda vez que con ese proceder se desconocen principios de relevancia constitucional como la

²¹¹ De folio 196 – 285 del Expediente, se encuentra “(...) relación del Libro de Definitivas donde se evidencia el monto de los pagos por concepto de BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y PRIMA DE SERVICIOS de enero a diciembre de las vigencias 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y con corte a julio de 2015 (...)”, remitida por el señor Carlos Arturo Parra Luna, Subsecretario de Despacho, Área de Gestión Financiera de la Alcaldía de San José de Cúcuta. (negritas y subrayas en la providencia citada).

igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, entre otros, que están directamente relacionados con el respeto del precedente.

(...)

Por ello, la Corte Constitucional permite, siempre y cuando se justifique de manera razonada la decisión que en uno y otro sentido toma un juez en virtud del principio de autonomía, que las autoridades judiciales se aparten de un precedente pues la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta. Y en caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, se produce una violación a los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, que puede ser reclamada a través de la acción de tutela.

[...]”

Sin embargo, al descender al caso concreto, no analizó si se atendió o no en este evento la sentencia SU- 501 de 2015 de la Corte Constitucional, citada como desconocida, por cuanto dio prosperidad a los defectos sustantivo y fáctico.

9.4.2.2.4. La impugnación

El Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés, en el escrito de impugnación, no hizo mención a este defecto en la medida que no fue amparado en el fallo de tutela impugnado; sin embargo, en el informe rendido con destino a esta acción²¹², indicó que el precedente constitucional que en concepto del demandante fue transgredido, es el contenido en la Sentencia SU-501 de 2015 y que el actor citó un extracto de la misma que corresponde al estudio que hizo la Corte Constitucional acerca de la naturaleza de la acción de pérdida de investidura.

Agregó que la decisión materia de cuestionamiento en momento alguno transgrede el precedente judicial, dado que analizó que el señor Willamizar Laguado voluntariamente emitió su voto favorable para expedir el respectivo acuerdo pese a que existían normas constitucionales y legales que le impedían crear factores salariales, y que no alegó en la respectiva instancia procesal circunstancias que le permitieran excluir el mínimo de culpabilidad y por lo tanto era evidente su actuar culposos.

9.4.2.2.5. El análisis del caso

Como en la primera parte se analizó, este defecto exige que la sentencia objeto de

²¹² Folios 104 a 117 cuaderno tutela.

cuestionamiento difiera en su objeto (pretensión jurídica) o causa (hechos en que se funda la pretensión y los fundamentos de derecho de la misma), de una providencia anterior que por su pertinencia o semejanza en los problemas jurídicos resueltos constituya precedente.

En el caso bajo estudio el aludido defecto no fue amparado en la decisión de tutela de primera instancia. Sin perjuicio de ello, el actor en el escrito de tutela manifestó que el fallo de pérdida de investidura cuestionado pasó por alto que la Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, al examinar la naturaleza de la pérdida de investidura, parte de la base de que se trata de un proceso de responsabilidad subjetiva y no cabe la responsabilidad objetiva, destacando para ello el contenido de la Sentencia SU-501 del 6 de agosto de 2015; de manera específica, el siguiente párrafo:

“[...] Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de “ius puniendi estatal”, carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción rígida en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos. En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción rígida y única, la pérdida de la investidura.[...]”

Pues bien, el análisis que se hizo en la sentencia del 28 de julio de 2016 de pérdida de investidura, comporta un examen de las razones en que se sustentó para indicar que el concejal William Villamizar Laguado, como integrante del concejo del Municipio de San José de Cúcuta para el periodo 2001-2003, al emitir su voto favorable para la aprobación del Acuerdo nro. 073 de 2002²¹³, permitió que se destinaran dineros públicos a objetos o actividades no autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento, incurriendo en indebida destinación de dineros públicos.

Sobre el análisis subjetivo de la conducta, se refirió a la manera voluntaria en la cual el implicado manifestó su voto positivo, sin profundizar en tal aspecto, por cuanto no fue objeto de debate por parte de la defensa.

²¹³ “Por el cual se crean como factor salarial, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Municipio de San José de Cúcuta”.

Desde la óptica del desarrollo del proceso, no resultaría procedente afirmar que el fallo ordinario de pérdida de investidura haya fundamentado sus conclusiones en una responsabilidad objetiva, desconociendo los precedentes de la Corte Constitucional, pues lo que allí se afirmó es que votó positivamente el Acuerdo 0073 de 2002, desconociendo disposiciones constitucionales y legales, que era el centro de la discusión, y no se profundizó en el análisis de la culpa, por cuanto el implicado no alegó hecho alguno que le permitiera excluir el mínimo de culpabilidad.

Conforme a lo anterior, era dable concluir por la Sala, que la sentencia del 28 de julio de 2016 de pérdida de investidura objeto de tutela, hizo un examen claro y coherente de las razones por las cuales dedujo que el concejal William Villamizar Laguado, como integrante del concejo del Municipio de San José de Cúcuta para el periodo 2001-2003, al emitir su voto favorable para la aprobación del Acuerdo nro. 073 de 2002²¹⁴, permitió de manera voluntaria que se destinaran dineros públicos a objetos o actividades no autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento, incurriendo en indebida destinación de dineros públicos, sin que se pudiera deducir que dicho examen solo aludió a una responsabilidad objetiva y se hubiese desconocido el precedente aplicable a la materia.

9.4.2.3. En relación con el defecto fáctico:

9.4.2.3.1. La demanda de tutela:

El actor no lo invocó de manera expresa; no obstante indicó que, contrario a lo señalado por el fallo ordinario de pérdida de investidura, no se demostró que el Concejal William Villamizar Laguado votara de forma favorable la expedición del Acuerdo nro. 0073 de 2002 y que obtuviera un beneficio particular con ello.

9.4.2.3.2. La sentencia de segunda instancia de pérdida de investidura, dijo lo siguiente:

²¹⁴ “Por el cual se crean como factor salarial, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Municipio de San José de Cúcuta”.

Analizó que estaba probado que el demandante votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.

Lo anterior teniendo en cuenta que en la contestación de la demanda, la defensa del concejal afirmó frente a los hechos esbozados por el demandante, que “(...) *Es cierto, y eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda (...).*”

9.4.2.3.3. El fallo de tutela de primera instancia:

La providencia cuestionada indicó que este defecto también se configuraba, toda vez que al examinar el fallo ordinario observa que, además de aplicar de manera indebida el artículo 193 del Código General del Proceso, el resultado no daba lugar a considerar probado el siguiente hecho: ***“el demandante (sic) votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.”***²¹⁵

*“Lo anterior, por cuanto el hecho narrado en la demanda dentro del proceso de pérdida de investidura solo decía que: “El 22 de octubre de 2002, siendo las 5: 10 pm se reunió el Honorable Concejo Municipal de Cúcuta y aprobó en su segundo debate reglamentario el proyecto N° 088 del 2002” y que **“En la aprobación de este acuerdo participó y voto el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO (...)** declarado elegido por la Registraduría Municipal del Estado Civil y posesionado ante el Concejo en Pleno para el periodo Constitucional 2001 – 2003”*²¹⁶ (Las negrillas y subrayas son del fallo de tutela).”

Concluyó que, comoquiera que la manifestación del apoderado del demandado en la contestación a la demanda de pérdida de investidura fue: *“Es cierto, y de eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda, sin embargo, de ahí a que con ello se configure una indebida destinación de dineros públicos, deberá ser objeto de prueba por parte del demandante (...),”* la supuesta confesión del voto

²¹⁵ Folio 530 c.ppal 2 exp. 2015-00307 PI.

²¹⁶ Folio 1 del c. de pérdida de Investidura.

afirmativo en la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002 por parte del entonces Concejal William Villamizar perdía su sustento, con lo cual se desvirtuaba la conclusión a la que llegó la sentencia de pérdida de investidura, sobre la responsabilidad directa y personal del ahora tutelante en la decisión administrativa que derivó en una indebida destinación de dineros públicos.

9.4.2.3.4. La impugnación

Frente a este defecto el Consejero recurrente afirmó que el demandante no aludió a la existencia de un defecto fáctico en la sentencia el 28 de julio de 2016; no obstante y al margen de ello, consideró que, conforme con lo acreditado, se probó que el demandante votó afirmativamente el proyecto que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002, sin que el régimen probatorio aplicable fuese cuestionado en la acción de tutela.

Argumentó que resultaba claro que el actor no cuestionó de modo alguno el análisis del hecho expuesto en la demanda y la aceptación que hizo en la contestación, de donde resultaba claro que de tal aceptación se desprendía de manera inequívoca que el señor Villamizar Laguado aceptó su participación en la sesión del concejo municipal votando de manera afirmativa el proyecto de acuerdo; aseveró que de haberlo votado de manera negativa así lo habría expresado en la contestación.

9.4.2.3.5. El análisis del caso:

Como se analizó en precedencia, este defecto se estructura cuando la valoración probatoria hecha por la autoridad judicial en la correspondiente providencia es **manifiestamente arbitraria**. Es decir, que el error en el juicio *“debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”*²¹⁷.

²¹⁷ Cfr. sentencia T-442 de 1994.

Para establecer si la valoración que hizo la sentencia del proceso de pérdida de investidura incurrió en un error de tal entidad, es necesario traer a colación lo analizado en la providencia cuestionada; allí se dijo²¹⁸:

“[...] 2.4.1.- La participación del demandado en la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander consideró en la decisión de primera instancia que “(...) el actor no logró siquiera probar que el Señor WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO votó favorablemente para la aprobación del Proyecto 088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta del 22 de octubre de 2002, sólo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate (...)”.

En relación con esta afirmación de la primera instancia, resulta necesario acudir a la demanda de pérdida de investidura. En ella, el demandante relata como un hecho que sustenta su solicitud que “(...) En la aprobación del este acuerdo participó y voto el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO (...)”.

En la contestación de la demanda, la defensa del concejal claramente afirma, frente a los hechos esbozados por el demandante, que “(...) Es cierto, y eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda (...)”.

Dicha manifestación, conforme los lineamientos del artículo 191 del Código General del Proceso²¹⁹ se hizo libre y conscientemente sobre hechos personales del demandado, respecto de los que la ley no exige otro medio de prueba y que claramente le producen consecuencias jurídicas adversas al concejal, además de

²¹⁸ Fallo de pérdida de investidura de segunda instancia. Folios 529 a 536 cuaderno 2 proceso de pérdida de investidura.

²¹⁹ **Código General del Proceso. ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

que el apoderado judicial del demandado se encuentra autorizado para hacerla conforme el artículo 193 del Código General del Proceso²²⁰.

*Esta Sala, entonces, encuentra probado que el demandante **votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.***

[...]” (negrillas y destacado en la providencia que se cita)

De esta manera, era dable colegir que el fallador de instancia analizó las razones jurídicas que en su criterio posibilitaban tener por acreditada la confesión y ello responde a la interpretación autónoma del juez especializado en la materia, sin que se observara que haya incurrido en el aludido defecto fáctico; pues es evidente que, dentro de su especialidad, expresamente manifestó los fundamentos por los cuales profirió la respectiva decisión, por lo que era improcedente que el juez de tutela declarara que el juez natural incurrió en éste, simplemente porque tiene una visión distinta del mismo punto. A ello precisamente se refiere el ordenamiento cuando deja en manos del juez natural el análisis de la prueba bajo los principios de la “sana crítica”, de tal manera que el juez constitucional tiene la carga de establecer porque ella fue desatendida, y no revocar la decisión con base en su disenso.

Como en este evento, en ejercicio de la autonomía judicial y en desarrollo del principio de la sana crítica, el razonamiento que hizo el juez natural del proceso para llegar a la conclusión de que la prueba de confesión daba lugar a declarar la pérdida de investidura por la indebida destinación de dineros públicos fue congruente y se ajustó a las reglas procesales, este defecto no podía prosperar²²¹.

²²⁰ **Código General del Proceso. Artículo 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones**, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

²²¹ Frente al alcance de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, la Sala recuerda que la Corporación ha señalado que ésta se realiza “(...) cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros. Cita textual en sentencia del 28 de marzo de 2017. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI), en la donde se citó la sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, accionante: Carlos Mario Isaza, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre.

En conclusión, los pretendidos defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente no se configuraban en el caso bajo análisis, y por ello, no había lugar a que fuera revocado el fallo de tutela de primera instancia.

Por último, también se observa que en el fallo de tutela motivo del presente salvamento se sostuvo en el punto 48. *“En esa medida, se colige que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución porque la decisión de aplicar el artículo 193 del Código General del Proceso, implicó la falta de garantías para salvaguardar el derecho al debido proceso”*; sin embargo, como líneas atrás se indicó, esta causal tiene lugar cuando el juez ordinario adopta una decisión que representa la inaplicación de una norma constitucional para el caso concreto, o cuando aplica una norma de rango inferior al constitucional, al margen de los dictados de la Constitución²²²; lo que en este evento no ocurrió, y en consecuencia, no era procedente que se alegara la violación directa de la Constitución.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)

²²² Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. En este mismo sentido pueden verse las sentencias T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-310 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo y T-555 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA – ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en el fallo proferido por la Sala Plena el 19 de marzo de 2019, en el proceso de la referencia advirtiendo que comparto la decisión a la que se arribó pero, considero necesario hacer las siguientes precisiones:

Respecto de la confesión

En el estudio de la configuración de la causal, la Sección accionada, en la sentencia cuestionada, al analizar la participación del demandado en la aprobación del acuerdo, concluyó que de la contestación de la demanda se advierte que su apoderado judicial afirmó que es lo cierto que su defendido participó y votó en la aprobación del Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002²²³.

Entonces, concluyó que **esa manifestación**, de conformidad con el “...artículo 191 del Código General del Proceso²²⁴, **se hizo libre y conscientemente sobre hechos personales del demandado**, respecto de los que la ley **no exige otro medio de prueba y que claramente le producen consecuencias jurídicas adversas al concejal**, además de que **el apoderado judicial del demandado se encuentra autorizado para hacerla conforme el artículo 193 del Código General del Proceso²²⁵ ...”**.

Al respecto, debe recordarse que el Constituyente primario estableció la pérdida de investidura con la intención de imponer una **sanción disciplinaria; por tanto, para su**

²²³ “(...) POR EL CUAL **SE CREAN, COMO FACTOR SALARIAL, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, LA PRIMA DE SERVICIOS, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN Y EL AUXILIO DE TRANSPORTE PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DESCENTRALIZADA DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA (...)**”.

²²⁴ **Código General del Proceso. artículo 191. Requisitos de la confesión.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

²²⁵ **Código General del Proceso. Artículo 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones**, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

trámite en casos como la confesión debe darse aplicación a las normas del proceso disciplinario que remiten al procedimiento penal.

En efecto, de la revisión de la normativa disciplinaria, Ley 734 de 2002, art. 130, se advierte que **la confesión es un medio de prueba aceptado** pero se practicará **“...conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal** en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”.

En relación con la confesión es conveniente manifestar que respecto de los elementos necesarios para su configuración en la sentencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005, se expuso:

“Desde siempre en el proceso se ha exigido como requisito de la confesión que sea **voluntaria, libre y espontánea**, tanto en el proceso penal, como en los demás procesos, comoquiera que ella se encuentra destinada a obrar como prueba en contra de la parte que confiesa. Sin embargo, **dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil**, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, **entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba**, en aquellos casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal”.

De entrada se advierte claras y **notables diferencias en materia de la confesión en el proceso penal, entiéndase para el presente caso trámite disciplinario, y el procedimiento ordinario civil**, como lo es: **i)** no puede ser provocada mediante interrogatorio y; **ii)** debe ser corroborada con otros medios de prueba.

Lo anterior sin dejar de tener en consideración que se concluyó que en todos los procesos, la confesión debe ser “libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”.

En la misma decisión -C-782 de 2005- se concluyó que “...al juez le corresponderá **valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa**, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que **se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad**. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados...”.

Del anterior aparte, es necesario destacar que, en materia penal, **la confesión debe provenir del acusado**.

Debo precisar que los anteriores elementos configurativos de la confesión no fueron tenidos en consideración en el fallo de la pérdida de investidura que se tuteló, pues de su texto se advierte que le bastó **la presunta confesión del apoderado del demandado para concluir que** “...esta Sala, entonces, encuentra probado que el

demandante **votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002**".

Entonces, desconoció que no se trataba de una confesión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada del demandado, pues debo insistir que partió del exclusivo dicho de su apoderado judicial, además, tampoco la presunta confesión fue corroborada por otros medios de prueba, aspectos que claramente demuestran la vulneración de debido proceso y que en mi criterio debieron quedar consignadas en la providencia en la cual aclaro mi voto, como argumentos adicionales a los allí esbozados.

Sumado a lo anterior quiero reiterar mi postura frente a la **improcedencia de la remisión a la Corte Constitucional de las acciones de tutela contra decisiones dictadas en procesos de pérdida de investidura**.

La pérdida de investidura dispone de un origen remoto y de uno próximo. El primero de ellos relacionado con el artículo 3º²²⁶ del Decreto 3485 de 1950 –por el cual se establecen unas incompatibilidades²²⁷ –, en el que se estableció que la infracción de las prohibiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de este mismo cuerpo normativo, produciría la vacante del cargo a solicitud de cualquier ciudadano, declaratoria que sería dictada por el Consejo de Estado cuando se trataba de senadores y representantes a la Cámara y de los tribunales administrativos en los casos de los diputados o concejales.

No obstante lo anterior, el Decreto 3485 de 1950 sólo tuvo vigencia hasta el año de 1958, época para la cual el artículo 5º²²⁸ de la Ley 8ª – Por la cual se establecen unas incompatibilidades – lo derogó expresamente, reemplazando el proceso jurisdiccional de vacancia en el cargo, por la declaratoria de nulidad de las actuaciones que materializaran las conductas allí contenidas²²⁹, nulidad que podía ser solicitada por el Ministerio Público o cualquier interesado.

En lo que respecta a su origen próximo, el Acto Legislativo 01 de 1979, en su artículo 13, dispuso las causales de pérdida de investidura en contra de los congresistas y atribuyó la competencia para su declaratoria al alto Tribunal de lo contencioso administrativo. No obstante ello, la referida reforma constitucional fue declarada inexecutable por parte de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 3 de noviembre de 1981.

²²⁶ **Artículo 3º.** La contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores producirá la vacante del cargo. A solicitud de cualquier ciudadano, el Consejo de Estado, en Sala Plena, hará la declaración de vacancia cuando se trate de Senadores o de Representantes, y el respectivo Tribunal Administrativo, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2046 de 1950, hará dicha declaración cuando se trate de Diputados o de Concejales.

²²⁷ En ese sentido, les estaba prohibido a los senadores y representantes a la Cámara "...hacer por sí (sic) ni por interpuesta persona, contrato alguno con la administración, ni gestionar en nombre ajeno negocios que tengan relación con el gobierno de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios." (Art. 1º Decreto 3485 de 1950) De esa manera, los congresistas que recaían en estas conductas podían ser objeto de sanción, consistente en la vacancia del cargo.

²²⁸ "Deróganse los Decretos extraordinarios números 3485 de 1950, 2089 de 1953, y las demás disposiciones que sean contrarias a la presente ley."

²²⁹ **Artículo 4.** La contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores producirá la nulidad de las actuaciones respectivas la cual será declarada a petición de cualquier interesado o del Ministerio Público.

Más allá de las vicisitudes históricas que pudo afrontar el juicio de responsabilidad política de la pérdida de investidura con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, un denominador común se revela de ello: en todos los estadios evolutivos del instituto, la competencia para su declaración fue atribuida al Consejo de Estado, luego de que la acción era dirigida en contra de los congresistas.

Lo anterior, se mantuvo igualmente con el cambio de paradigma fundamental operado por la Carta Política de 1991, quien confió en esta misma autoridad jurisdiccional la sustanciación y decisión de pérdida de investidura de congresistas, a las voces del artículo 184.

Para estos efectos es necesario revisar la Gacetas de la Asamblea Nacional para poder entender porque se le asignó la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y más precisamente al Consejo de Estado, para el caso de los congresistas que es en verdad el tema regulado en la Carta Política de 1991.

Para dilucidar tal cuestión, es necesario recordar cómo la discusión giró en torno a qué Corporación debería ser la competente²³⁰ para conocer del proceso de pérdida de investidura, saliendo a flote tres propuestas.

La primera señalaba que debía ser la Corte Suprema de Justicia la encargada de conocer de la pérdida de la investidura, esto porque si bien no se trataba de un proceso penal, la misma se equipararía a un a un enjuiciamiento del actuar de los Congresistas²³¹.

En la segunda propuesta²³², se le asignaba el conocimiento de la pérdida de investidura a la Corte Constitucional o a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.²³³

Y la tercera, siendo esta la propuesta que finalmente acogió la Asamblea Nacional Constituyente²³⁴, se encaminaba a que la competencia correspondiese al Consejo de Estado puesto que la pérdida de la investidura tiene naturaleza administrativa. Los ponentes de esta propuesta, señalaban que no era conveniente que la Corte Constitucional conociera de la pérdida de la investidura, ya que la conformación de esa Corporación se dada por la elección que realizaba el Senado de la República²³⁵. Por lo que, sostenían, que al ser el encargado el Consejo de Estado se aseguraba una mayor independencia e imparcialidad en el juzgamiento, puesto que, esta Corporación que no dependía en su integración del Congreso de la República.

Más concretamente, el Constituyente Hernando Herrera propuso que la competente fuera la Sala Electoral por ser ella la especializada en el tema electoral, precisó que:

²³⁰ Revisadas las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente y de la exposición de motivos realizada por el doctor Luis Guillermo Nieto Roa.

²³¹ Ver folio 38 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 184 – Sesión Comisión Tercera 28 de mayo

²³² Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Plenaria Comisión Cuarta, de junio 15 de 1991.

²³³ Para la época de discusión aún no se tenía claro si existirá una “Corte Constitucional”, o si la Corte Suprema de Justicia tendría una “Sala Constitucional”

²³⁴ Ver folio 52 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 183 – Sesión Comisión Tercera de 29 de abril y pág. 46 sección del 28 de mayo.

²³⁵ Congresistas que serían juzgados en el proceso de pérdida de investidura.

“... pues me parece lo más indicado, lo más lógico es que esa pérdida de la investidura de que se habla sea asignada, no a la Corte porque no conozco que ninguna de la Salas de Casación de la Corte, a menos que se refiera a la posibilidad de la Corte Constitucional como sistema nuevo, tenga que ver con el sistema electoral, quedaría en mi sentir más ajustado de que en el **proyecto que está a la consideración de la comisión se le diera ese competencia al Consejo de Estado, si vamos a conservar la Sala Electoral para que sea ella la que tenga la facultad de determinar la pérdida de investidura...**”²³⁶

Sobre el particular, la Comisión Accidental que se ocupaba del tema de la Corte Constitucional señaló:

“Nosotros Señor Delegatario Pastrana Borrero, precisamente al medio día de hoy, en la Comisión accidental que se ocupa del tema de la Corte Constitucional o del reforzamiento de la actual Sala Constitucional, analizamos este punto, al hablar de las atribuciones y **dijimos que todo quedaba condicionado al origen de la Corte o al origen de la sala, porque es claro que si el Congreso interviene en la designación de los magistrados de la Sala o de la Corte, pues no convendría darle a ese tribunal la facultad de conocer de la pérdida de la investidura de los miembros de las cámaras**, entonces por eso la decisión que había tomado esta comisión de hablar de Consejo de Estado, que tampoco es propuesta por la Comisión Accidental, de Estatuto del Congresista, si así venía la tercera, nos pareció válida, pero usted tiene razón si se aprueba una Corte Constitucional o una Sala Constitucional, en las que no intervenga el Congreso para efectos de su escogencia, de su designación, bien puede pasarse esta función a esa Corte o a esa Sala Constitucional, pero yo diría que eso sólo lo podemos saber si el 19 de este mes cuando estemos terminando el primer debate y que la Comisión Codificadora dentro de la facultad que tiene de sugerir cambios bien podría hacerlo.”²³⁷

Además, los Constituyentes²³⁸ que avalaban esta tesis sostenían que la pérdida de la investidura, al sancionar a un Congresista que incurre en unas determinadas faltas o incumple sus deberes, es en esencia un proceso disciplinario del cual debe conocer el Consejo de Estado, comoquiera que conoce de las demandas electorales. Y en efecto, fue esta la propuesta que finalmente acogió la Asamblea Nacional Constituyente.

El producto de las deliberaciones de los Constituyentes fue la configuración de una institución jurídica mucho más compleja, pero al mismo tiempo precisa, que cualquiera de las que había sido considerada hasta el momento en materia de pérdida de investidura, sobre todo en cuanto concierne a causales, procedimiento y consecuencias.

Es a partir de este aserto que considero que la Corte Constitucional no puede entrar a conocer bajo ninguna acción, recurso o actuación de la pérdida de investidura, habida cuenta que, de conformidad con lo previsto por el artículo 239 de la Carta Política el acceso a esta Corporación se logra por postulación que hagan el Presidente de la

²³⁶ Ver folio 48 y 49 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 183 – Sesión Comisión Tercera de 29 de abril.

²³⁷ Ver folio 139 Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes artículo 184 – Sesión Plenaria 6 de junio

²³⁸ Ver folio 52 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 184 – Sesión Comisión Tercera 25 de abril

República (3), la Corte Suprema de Justicia (3) y el Consejo de Estado (3), ante el Senado de la República quienes eligen a los 9 Magistrados.²³⁹

Así, atendiendo lo que ya señalaba en torno a que fue voluntad expresa de la Asamblea Nacional Constituyente que ningún juez en el que tuviera injerencia el Congreso de la República conociera de la acción a través de la cual se decreta la muerte política de los congresistas, es palmario que ni siquiera puede hacerlo a través de la tutela y, por ende, en el evento de considerarse la afectación de un derecho fundamental será del conocimiento exclusivo y excluyente del Consejo de Estado por medio del recurso extraordinario especial de revisión (si la afectación o peligro recae en el congresista) o por medio de la acción de tutela si la alegada violación recae en el miembro de Corporación por circunstancia que no encuadre en las causales previstas en la ley 144 de 1994 o por algún otro sujeto procesal.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a aclarar mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.

Magistrada

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03385-01(IJ)

Actor: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

Asunto: Aclaración de voto a la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

²³⁹ El artículo 239 de la Constitución Política establece que “la Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.”

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el asunto de la referencia, manifiesto que, aunque comparto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019, aclaro mi voto en los siguientes términos:

1. La Honorable Sala Plena, en la sentencia indicada *supra*, consideró, en suma, que se debía amparar el derecho fundamental del debido proceso del señor William Villamizar Laguado porque “[...] *la Sección Primera del Consejo de Estado, al decretar la pérdida de investidura, incurrió en violación directa de la Constitución Política al aplicar inapropiadamente el artículo 193 del Código General del Proceso y al omitir el análisis del elemento cognitivo de la culpabilidad [...]*”.

2. La presente aclaración tiene como eje de gravedad los siguientes tres aspectos: i) sobre la aplicación del artículo 193 del Código General del Proceso a los procesos de desinvestidura; ii) sobre la obligación de la parte accionada en cuanto a realizar el análisis del elemento subjetivo de la culpabilidad en el proceso de desinvestidura *sub examine* y iii) sobre el estudio del defecto fáctico.

Aplicación del artículo 193 del Código General del Proceso a los procesos de desinvestidura

3. La Sala Plena consideró que, en el caso *sub examine*, no se debía aplicar el artículo 193 del Código General del Proceso, el cual admite la confesión mediante apoderado judicial. Señaló que “[...] *la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó rigurosamente el artículo 193 del Código General del Proceso, el cual admite la confesión mediante apoderado judicial, a pesar de que dicha norma no se ajusta, ni es compatible con un proceso sancionatorio [...]*” como el de pérdida de investidura.

4. Al respecto, considero que las normas aplicables a la solicitud de desinvestidura *sub examine* son las leyes 617 de 6 de octubre de 2000²⁴⁰, 1437²⁴¹ de 18 de enero de 2011²⁴² y 1564²⁴³ de 12 de julio de 2012²⁴⁴, sin perjuicio de la aplicación de los principios que rigen los trámites y procesos sancionatorios.

5. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-551 de 12 de octubre de 2016 declaró exequible la expresión que se resalta a continuación y que se encuentra contenida en el artículo 193 de la Ley 1564: “[...] **La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita**”. Para llegar a dicha conclusión, la Corte Constitucional consideró, sobre la norma, en síntesis, lo siguiente:

i) Se trata de una decisión del legislador “[...] *en el marco de la amplia configuración legislativa en cuanto al diseño de los procedimientos [...]*”;

ii) “[...] *[N]o se aprecia prima facie una amenaza para el derecho invocado en la demanda –es decir, el derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 constitucional- que justifique un más estricto cuestionamiento del principio democrático y de la presunción de constitucionalidad de las decisiones legislativas [...]*” (Destacado fuera de texto);

iii) “[...] *[N]o se aprecia una actuación arbitraria por parte del Congreso que afecte el debido proceso del poderdante [...]*”;

²⁴⁰ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario [1222](#) de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto [1421](#) de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

²⁴¹ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

²⁴² Normativa aplicable conforme con los criterios jurisprudenciales sobre la competencia y el procedimiento a seguir contenidos, entre otras, en la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 8 de septiembre de 1992, dentro del expediente AC-175“

²⁴³ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

²⁴⁴ En virtud de, entre otros, los artículo 211 y 306 de la Ley 1437, régimen probatorio y aspectos no regulados.

iv) “[...] no representa ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, ni afectan a un grupo marginado o discriminado [...]”;

iv) “[...] **[P]ersigue fines legítimos y constitucionalmente importantes**, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta [...]” (Destacado fuera de texto);

v) “[...] **[N]o infringe ninguna prohibición expresa que haya consagrado el constituyente en el texto constitucional [...]**” (Destacado fuera de texto);

vi) “[...] **[B]usca la satisfacción del ejercicio más completo de la garantía de una mayor eficiencia en la administración de justicia, responsabilizando en un grado elevado y generando un compromiso inescindible** –aunque mediara la voluntad de hacerlo- **entre la parte y su apoderado respecto de lo que se confiesa en ciertas actuaciones que resultan definitorias para el adecuado trámite del proceso**, como son las previstas en el artículo demandado [...]”, cuestión que, según explica, se encuentra “[...] íntimamente [relacionado] con la posibilidad de alcanzar los fines del Estado previstos en el artículo 2.º de la Carta, en especial con el propósito de **llegar un orden justo [...]**” (Destacado fuera de texto);

vii) Se trata de una “[...] medida adecuada [...]” que “[...] contribuye efectivamente a la finalidad propuesta [...]” y “[...] persigue fines legítimos y constitucionalmente importantes, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta [...]”.

viii) Establece un “[...] **compromiso de veracidad [...]**” según el cual “[...] **quien otorga poder y su apoderado deberán ser especialmente cautos en el proceso**, en especial porque no podrán disponer libremente en el poder si este último está en capacidad o no de confesar en las actuaciones procesales que estructuran el litigio; **asumirlo con mayor responsabilidad, so pena de confesar lo que no se quiere y respecto de lo que no hay posibilidad de retractación y que será tenido como prueba de confesión**. El legislador ha considerado, en buen sentido, que las afirmaciones y negaciones realizadas en juicio por el abogado tienen la

posibilidad de comprometer probatoriamente la posición de la parte que representan. Ello es consecuencia directa de la responsabilidad que conlleva el mandato y un corolario del deber de colaborar con la justicia. **La mayor responsabilidad entre cliente y abogado propugna porque la administración de justicia sea más eficiente, evitando dilaciones injustificadas o, como se expresó en las consideraciones generales, teniendo que someter eventualmente a las partes a probar por otros medios lo que ya se confesó [...]**”.

ix) “[...] **[L]a realizada por apoderado es una confesión en toda regla y por tanto se debe sujetar a las exigencias del Código.** Esto es, aunque se surta a través del abogado, **debe ceñirse a los requisitos** –ya explicados- **del artículo 191 para que pueda ser tenida como válida.** Además, al ser otro medio de prueba de los previstos en el ordenamiento, **su apreciación se debe hacer de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 del Estatuto Procesal; esto es, en conjunto con los demás y de acuerdo con la sana crítica.** Además, como se indicó, este medio judicial de establecer la verdad del proceso no equivale a ella; es decir, **es una de los múltiples elementos a considerar para dictar sentencia** y podrá, por expresa disposición del legislador, ser infirmada; esto es, como se explicó, que **admitirá prueba en contrario [...]**” (Destacado fuera de texto).

6. Considero que las razones que expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 12 de octubre de 2016 son suficientes para concluir que el mandato contenido en el artículo 193 de la Ley 1564 establece las garantías suficientes para concluir que se trata de una norma aplicable a los procesos de desinvestidura y que no contraría el mandato constitucional establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Además, porque la confesión se debe valorar, en primer orden, en forma estricta, restrictiva y, sobre todo, armónica con las demás pruebas decretadas y practicadas en el proceso; en segundo orden, con fundamento en las reglas y principios de la sana crítica y, finalmente, teniendo en cuenta que la solicitud de desinvestidura es un proceso sancionatorio al que se deben aplicar los principios que rigen esta materia.

7. Bajo esa misma línea argumentativa, si bien me aparto de la consideración relacionada con que el artículo 193 *ejusdem* no es aplicable a los procesos de desinvestidura, considero acertada la afirmación que realiza el proyecto en los

párrafos 40 y 41 en cuanto señala, por un lado, que: “[...] *la confesión [por apoderado] no es suficiente cuando obra como prueba insular en litigios de la justicia ordinaria, y por supuesto, menos en un juicio sancionatorio, **porque solo tendrá valor si el conjunto probatorio apunta en el mismo sentido de la confesión [...]***” y, por el otro, en cuanto concluye que de lo afirmado en los hechos de la demanda “[...] **no podía concluirse que el apoderado confesó haber votado *afirmativamente* el proyecto de Acuerdo, ni de lejos, que su defendido había incurrido en la causal de pérdida de investidura descrita como “indebida destinación de dineros públicos”. Lo único que admitió es que participó y votó. No es más, ni menos [...]**” (Destacado fuera de texto).

Sobre la obligación de la parte accionada en cuanto a realizar el análisis del elemento subjetivo de la culpabilidad en el proceso de desinvestidura *sub examine*

8. La Sala Plena consideró, en el asunto de la referencia, que: “[...] *La Sección Primera del Consejo de Estado [en la sentencia proferida, en segunda instancia, el 28 de julio de 2016] no analizó el elemento de culpabilidad en la conducta desplegada por el concejal William Villamizar Laguado, el cual es ineludible en el juicio de pérdida de investidura por estar guiada bajo los principios propios de la responsabilidad subjetiva, lo cual implica que las faltas solo pueden ser sancionadas a título de dolo o culpa, para lo cual debe analizarse el elemento volitivo y cognitivo de la conducta reprochada [...]*”. Además, la Sala Plena explica que el mencionado requisito había sido desarrollado vía jurisprudencial y legal.

9. Considero que es a partir de la notificación de la sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016 que resulta obligatorio el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad establecido en las solicitudes de pérdida de investidura. Con anterioridad a esta fecha, no existía un criterio uniforme en el Consejo de Estado sobre la obligación de realizar el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad en los procesos de desinvestidura.

10. La Corte Constitucional, mediante Auto 269 de 14 de junio de 2017²⁴⁵, precisó que la sentencia SU-424 de 2016 **fue notificada al Presidente del Consejo de**

²⁴⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Estado el 21 de noviembre de 2016. En su parte considerativa, la providencia señaló lo siguiente:

“[...] según las certificaciones remitidas por la Secretaría General del Consejo de Estado²⁴⁶, la sentencia SU-424 de 2016 fue notificada al presidente de la Corporación el 21 de noviembre de 2016 y a los magistrados ponentes de las sentencias de pérdida de investidura, el 21 y 23 de noviembre de 2016. No obstante, la sentencia no fue notificada a cada uno de los magistrados que conforman la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es decir, no existe prueba de que ésta haya sido comunicada al solicitante.

La Sala Plena advierte que, de conformidad con el artículo 7º del Reglamento Interno del Consejo de Estado, la oportunidad debe contarse a partir de la notificación de la sentencia al representante de los integrantes de la Corporación, es decir, en este caso lo procedente sería determinar si la solicitud fue presentada dentro de los tres días hábiles siguientes al 21 de noviembre de 2016, fecha en la cual se notificó la decisión al Presidente de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado [...]” (Destacado fuera de texto).

En se orden de ideas, atendiendo a que la sentencia objeto de la solicitud de amparo se profirió el 28 de julio de 2016 y que la sentencia SU-424 de 2016 se notificó *“[...] al presidente de la Corporación [Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado] el 21 de noviembre de 2016 [...]”*, considero que no era exigible el estudio del elemento subjetivo y cognitivo de culpabilidad en la solicitud de desinvestidura *supra*.

11. Asimismo, es importante resaltar que, para la fecha en que se profirió la sentencia en el proceso de desinvestidura, el 28 de julio de 2016, no se había promulgado la Ley 1881 de 15 de enero de 2018²⁴⁷; normativa que, en su artículo primero estableció que *“[...] El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva [...]”*.

Sobre el estudio a realizar en el caso *sub examine*

12. Considero que la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 debió realizar el estudio del caso concreto y de los argumentos expuestos en el recurso de apelación teniendo en cuenta que se invocó una indebida valoración probatoria. En ese orden de ideas, la sentencia debió realizar el estudio de los siguientes

²⁴⁶ Folios 90, 91, 93 y 96 del Cuaderno del incidente de nulidad.

²⁴⁷ *“POR LA CUAL SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS, SE CONSAGRA LA DOBLE INSTANCIA, EL TÉRMINO DE CADUCIDAD, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES”*.

defectos: i) defecto sustantivo, ii) desconocimiento del precedente; iii) violación directa de la Constitución y iv) defecto fáctico, por indebida valoración probatoria.

En estos términos dejo expuesta la aclaración de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado