



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN:	ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO:	70-001-33-33-007-2016-00181-01.
DEMANDANTE:	FABIO DOMÍNGUEZ BERTEL.
DEMANDADO:	OFICINA DE CONTROL INTERNO DICIPLINARIO DE LA GOBERNACIÓN DE SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 02 de septiembre de 2016, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró FABIO JOSÉ DOMÍNGUEZ BERTEL en contra de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DICIPLINARIO DE LA GOBERNACIÓN DE SUCRE.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

FABIO JOSÉ DOMÍNGUEZ BERTEL, presentó Acción de Tutela en contra de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DICIPLINARIO DE LA GOBERNACIÓN DE SUCRE, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

1.2 Reseña Fáctica:

Manifiesta la parte actora que el día 05 de agosto de 2015 se presentó un altercado con un alumno de la Institución Educativa San Juan Bautista de la Salle de Sincé – Sucre, Institución en la que se desempeñaba como Coordinador. En dicho altercado, el accionante fue agredido física y verbalmente por el estudiante; y como consecuencia de ello, interpuso una denuncia ante la Fiscalía

General de la Nación – Seccional-Sincé, donde se tipificó la conducta como violencia contra servidor público.

Relata, que mediante oficio No. 700.11.03/SEF 039, sin fecha, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, por intermedio de la oficina de INSPECCIÓN Y VIGILANCIA, comisionó a dos directores del núcleo educativo del municipio de Sincé para que adelantaran visita a la institución donde se presentó la situación, con el fin de investigar la queja presentada por el joven involucrado ante la Secretaría de Educación Departamental, por medio de escrito del 21 de agosto de 2015.

Comenta que el día 28 de octubre de 2015 fue citado ante la OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA GOBERNACIÓN DE SUCRE para presentar declaración libre y espontánea.

Indica, que el artículo 150 de la ley 734 de 2002 establece que la indagación preliminar tendrá una duración de 6 meses, encontrándose este término agotado desde el día 15 de abril de 2016, teniendo en cuenta que fue notificado de la apertura de la indagación preliminar el día 15 de octubre de 2015. Además, mediante el auto que se ordena la apertura de la indagación preliminar, la jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario, AMANDA TORO TREJOS, comisiona a CARMEN ZAMBRANO CETARES, para practicar pruebas en el término de 6 meses.

Aduce que con la queja presentada por el estudiante mencionado anteriormente, la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario adelantó la apertura de una indagación preliminar sin ser este su deber; y por otro lado, se había iniciado una investigación por los mismo hechos por parte de la Oficina de Inspección y Vigilancia de la Gobernación de Sucre, entidad que, por estar adscrito a la misma en calidad de Coordinador, es la encargada de realizar los juicios de valor de la supuesta conducta. Por tal motivo, se viola el principio non bis in ídem y el derecho al Debido Proceso, toda vez que se le está juzgando dos veces por un mismo hecho.

Por último, refiere que para la fecha de presentación de la Acción de Tutela, es decir, el 18 de agosto de 2016, no ha sido notificado del inicio de la investigación disciplinaria en su contra. Además, le consta que a la Institución Educativa San Juan Bautista de la Salle, llegaron oficios citando a declarar a algunas personas

por los hechos en cuestión. Por lo tanto, considera que hay una clara violación a la Ley 734 de 2002, en su artículo 152 que describe el procedimiento a seguir para la investigación disciplinaria, y una violación al derecho al Debido Proceso por no saber porque se le está investigando y cuál es la conducta disciplinable.

1.3 Las Pretensiones:

Pretende la parte accionante se tutelen sus derechos fundamentales del Debido Proceso, y en consecuencia:

- Ordenar a la OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO, que archive la investigación del proceso radicado bajo el No. 541-15, al estar vencidos los términos estipulados por ley; además, porque en el caso de que hubiera sujeto disciplinable, no sería el. Sino el comité de convivencia en pleno.
- Remitir copia de la actuación que se surta en el proceso a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para que investiguen si con la conducta de los empleados públicos adscritos a la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Sucre, se incurrió en algún delito y si hay lugar a las acciones disciplinarias pertinentes.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 18 de agosto de 2016 (fol. 11).
- Admisión de la demanda: 19 de agosto de 2016 (fol. 13 a 15).
- Notificación a las partes: 19 de agosto de 2016 (fol. 16 a 21).
- Contestación de la demanda: 25 de agosto de 2016 (fol. 24 a 28).
- Sentencia de primera instancia: 02 de septiembre de 2016 (fol. 47 a 69).
- Notificación a las partes: 05 de septiembre de 2016 (fol. 70 a 72).
- Impugnación: 08 de septiembre de 2016 (fol. 73 a 80).
- Concesión de la impugnación: 13 de septiembre de 2016 (fol. 101 a 102).

- En la oficina judicial- reparto: 22 de septiembre de 2016 (fol. 2 C-2).
- Secretaria del Tribunal: 23 de septiembre de 2016 (fol. 3 C-2).

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

3.1. LA GOBERNACIÓN DE SUCRE-JEFE DE OFICINA JURÍDICA (folio 24-28).

La accionada, presentó escrito el día 25 de agosto de 2016, indicando que es cierto que al accionante se le abrió investigación preliminar y que se practicaron pruebas que no pudieron esclarecer la ocurrencia del hecho.

Indicó que no le asiste la razón al demandante al decir que se le viola su derecho al Debido Proceso, debido a que la acción disciplinaria es pública y procede de oficio, y la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario es el juez natural para investigarlo conforme a la Ley 734 de 2002; por lo que no se hace necesario que la Secretaría de Educación solicite dicha investigación.

Manifiesta además, que tampoco es cierto que se haya violado el principio del non bis in ídem al ser investigado por la Oficina de Inspección y Vigilancia de la Gobernación de Sucre y la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario por los mismos hechos, debido a que la naturaleza de ambas investigaciones son distintas.

Sostiene que no es cierto que la investigación se haya adelantado por una queja temeraria, debido a que esto no es posible saberlo al comienzo de la investigación y no ha sido posible determinar que la queja presentada por el estudiante en contra del accionante, así lo sea. Sumado a lo anterior, menciona que los hechos planteados no deben ser objeto de debate en sede de Tutela y que es necesario aclarar que la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario no le ha atribuido ninguna conducta ni responsabilidad al accionante.

Aduce que es cierto que al accionante no le han notificado personalmente la iniciación de la investigación disciplinaria, debido a un error en la Secretaría de la Oficina, pero una vez recibida la notificación de la Tutela, se revisó el expediente observándose el envío tardío de la citación para notificarse personalmente y que no habían transcurrido los 8 días para que compareciera a notificarse, y por tanto, se procedió inmediatamente, mediante auto de fecha 23

de agosto de 2016, a fijar nueva fecha para la práctica de pruebas.

Concluye que se indagó con la oficina de correo REDEX sobre la entrega de la comunicación y respondió que no pudo ser entregada la comunicación debido a que el accionante ya no labora en la institución educativa a donde se envió. Por tal motivo, se envió la comunicación a su lugar de vivienda. Por esto, considera la entidad accionada que la posible afectación al Debido Proceso es un hecho superado porque esta irregularidad es subsanable.

4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA¹.

La Juez de primera instancia, luego de hacer un análisis de los hechos y pretensiones, así como de la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos de trámite al interior de un proceso disciplinario, y el la vulneración al debido proceso, decidió tutelar el derecho al Debido Proceso bajo los siguientes argumentos:

Expresó en primer lugar, que si bien es cierto que como regla general la Acción de Tutela no es procedente contra actos administrativos de trámite o preparatorios en procesos disciplinarios, también es cierto que la jurisprudencia ha permitido como excepción a la regla general la procedencia contra este tipo de actos cuando resuelvan un asunto de naturaleza sustancial y vulnere garantías constitucionales.

Manifestó, que conforme a las pruebas analizadas en el presente proceso, se tiene que si ha existido en el proceso disciplinario adelantado contra el señor DOMÍGUEZ BERTEL violación al derecho fundamental al Debido Proceso, debido a que el auto de apertura de la investigación disciplinaria se profirió a los 9 meses y 28 días después de proferido el auto de apertura de investigación preliminar, contraviniendo así lo consagrado en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 que señala que la indagación preliminar tendrá una duración de 6 meses y culminará con el archivo o auto de apertura. Por esta razón, al vulnerarse garantías constitucionales como el derecho al Debido Proceso, se hace procedente la acción de tutela de manera excepcional y se procede a tutelar el derecho fundamental aludido.

¹ Folio 47 a 69.

5. LA IMPUGNACIÓN².

La accionada impugnó la sentencia en mención, el día 08 de septiembre de 2016, en escrito donde manifiesta que, la Juez de primera instancia da por hecho las situaciones planteadas por el actor y no consideró el hecho superado que hace referencia a la notificación realizada en forma tardía.

Argumenta que no se da el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para dar procedencia excepcional a la Acción de Tutela en contra de actos de trámite, y que el a quo no sustenta ni demuestra razonablemente que se haya configurado los requisitos mencionados anteriormente para la procedencia de la Tutela.

Menciona que, si bien es cierto que la apertura de la investigación disciplinaria se profirió 3 meses y 28 días después de vencido el término de la indagación preliminar, también lo es que este hecho no resulta irrazonable, desproporcionado o con abuso de funciones, debido a todas las vicisitudes y obstáculos a los que se enfrentan los operadores judiciales para llevar a cabo sus funciones a plenitud.

Aduce que tampoco es desproporcionado, irrazonable o con abuso de funciones el no haber archivado la investigación luego de vencido el término de la indagación preliminar, pues la norma no establece como única opción el archivo definitivo de la investigación una vez se cumpliera el término. Es más, señala que cuando con la indagación preliminar no es posible determinar la responsabilidad del investigado en los hechos objeto de investigación, se debe iniciar Investigación Disciplinaria.

Indica que en lo que respecta al auto de apertura de la investigación disciplinaria, no se incurrió en violación al Debido Proceso porque la notificación de tal auto fue realizada de forma tardía por errores secretariales, sumándole a esto el desconocimiento del nuevo lugar de trabajo al que fue trasladado el actor. Pero una vez enterados de la situación, se procedió a realizar la citación para realizar la diligencia de notificación y fijar nueva fecha para práctica de pruebas.

Por otra parte, expresa que no fue violado el principio de non bis in ídem porque la Oficina de Inspección y Vigilancia de la Secretaría de Educación no tiene la

² Folio 73 a 80.

competencia disciplinaria que si tiene la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario, pues esta última es la que tiene la titularidad de la acción disciplinaria al interior de las entidades del Estado.

Además, señala que para que haya violación al a este principio, se deben llevar a cabo trámites y procesos de igual naturaleza, donde se encuentre involucrada la misma persona, por la misma causa y por el mismo objeto; pero en el caso presente estos requisitos no se cumplen porque las actuaciones adelantadas por la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario y por la Secretaría de Educación no tienen la misma naturaleza.

5. CONSIDERACIONES:

5.1 COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala resolver , si tal como lo determinó el *A-quo*, se encuentra vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y si lo pretendido dentro de la acción constitucional interpuesta es susceptible de ser debatido por este medio, por cumplir con los requisitos para ello o si por el contrario goza de otros medio de defensa judicial que tornan improcedente la acción constitucional.

6. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS.

Para absolver el planteamiento anteriormente expuesto y desarrollar la tesis, la Sala abordará, los siguientes temas: **(i)** Generalidades de la acción de tutela-requisitos para su procedencia **(ii)** Procedencia de la acción de tutela frente a autos de trámite dentro de una actuación disciplinaria; **(iii)** Fines de la indagación preliminar-Efectos del vencimiento del término de la indagación preliminar y la Finalidad de la investigación disciplinaria.

6.1. Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política³ y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable⁴.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria⁵ y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos

³Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁶, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁷

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales, aclarando que la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

⁶ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁷ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto:

Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibles acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Los lineamientos jurisprudenciales señalan, que dicho perjuicio, es una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable⁸:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.⁹" (Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

6.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS DE TRÁMITE DENTRO DE UNA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA.

Tal como se indicó en líneas anteriores, la tutela está establecida como un

⁸Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de trámite, pues para controvertir estos actos se tienen las acciones ordinarias, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, o los medios de control establecidos dentro del marco jurídico de cada caso en concreto.

La H. Corte Constitucional ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela contra autos de trámite, por la existencia de otros medios de defensa judicial:

"ACCION DE TUTELA-Improcedencia general contra actos de trámite en proceso disciplinario

La regla general aceptada por la jurisprudencia constitucional, es la improcedencia de la acción de tutela contra actos de trámite dentro de un proceso disciplinario. La acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en al existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra actos de trámite en proceso disciplinario

La Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite, cuando puede observarse que ese acto, que tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación, y que se proyectará en la decisión final, ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución"¹⁰

De la misma manera, el Consejo de Estado en providencia del 04 de agosto de 2011 argumentó lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional ha referido que, por regla general, la acción de tutela es improcedente contra actos de trámite, habida consideración de que los errores en que hubieran podido incurrir pueden eventualmente ser subsanados durante el desarrollo del procedimiento administrativo, y en caso de no ser allí solucionados, es posible alegarlos en la acción contencioso administrativa que se ejerza contra el acto que ponga fin a la actuación¹¹, por lo que opera la causal de improcedencia número 1 del artículo 6 del

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 961 del 07 de octubre de 2004. M.P. INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

¹¹ Al respecto ver sentencias T-418 de 2003 y T-296 de 2000.

Decreto 2591 de 1991, esto es: "Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

Sin embargo, también ha indicado que excepcionalmente es procedente la solicitud de amparo como mecanismo definitivo para controvertir actos de trámite, cuando éstos tengan la virtualidad de definir una situación sustancial en el proceso administrativo o se proyecten en la decisión final, en cuanto pueden vulnerar derechos fundamentales que requieren un amparo urgente, así precisó en sentencia de unificación 201 de 1994¹²:

"Partiendo del supuesto de que el acto de trámite o preparatorio no contiene propiamente una decisión en la cual se expresa en concreto la voluntad administrativa y que su control jurisdiccional se realiza conjuntamente con el acto definitivo, podría pensarse que la acción de tutela sólo es de recibo en relación con este último, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (arts. 86 inciso 3o. de la C.P. y 8o. del decreto 2591/91).

No obstante, a juicio de esta Corte, aunque en principio no procede la tutela contra los actos de trámite o preparatorios, que simplemente se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal (art. 4o. C.C.A.), excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo.

Advierte la Corte, que de ninguna manera se trata de extender la tutela a los actos de trámite o preparatorios, hasta el extremo que se haga un uso abusivo de ella, con el propósito de impedir que la administración cumpla con la obligación legal que tiene de adelantar los trámites y actuaciones administrativas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la ejecución de los diferentes cometidos que le han sido asignados.

Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos; se convierte de esta manera la tutela, en una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad."
(subrayado fuera del texto)

En este pronunciamiento de unificación, se indicó que se justifica la procedibilidad de la tutela contra actos de trámite porque:

"- Esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal

¹² Este criterio ha sido reiterado en sentencias: T-961 de 2004, T-123 de 2007 y T-1012 de 2010.

virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera inmediata.

- Según el art. 209 de la C.P., '[l]a función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...' y el artículo 29 de la C.P, garantiza el debido proceso en las actuaciones administrativas. La tutela contra actos de trámite que definen una cuestión esencial dentro de la actuación administrativa, a la manera de una medida preventiva, como se explicó antes, persigue la finalidad de que las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad a la adopción de la decisión final se adecuen a los mencionados principios y aseguren el derecho de defensa de los administrados. De esta manera, se logra la efectividad de los derechos de los administrados en forma oportuna, se les evita el tener que acudir necesariamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener su protección, a través de la impugnación del acto definitivo y, consecuentemente, se conjura la proliferación de los procesos ante dicha jurisdicción, lo cual indudablemente redundará en beneficio del interés público o social."

Además, en otro pronunciamiento la Corte señaló como presupuestos para cuestionar los actos de trámite por vía de tutela: "(i) **que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto cuestionado no haya concluido;** (ii) **que el acto acusado defina una situación especial y sustancial dentro de la actuación que se proyecte en la decisión final;** y (iii) **que la actuación cuestionada ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.**"¹³

La Sala acoge los anteriores criterios, toda vez que solo los actos de trámite que ponen fin a la actuación¹⁴ son susceptibles de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que no existe otro mecanismo de defensa judicial para controvertir, una vez son proferidos, los demás actos de trámite que se limitan a dar impulso al procedimiento administrativo, pero definen un aspecto sustancial o se perfilan para influir en la decisión final.

Y, si bien podría dejarse al interesado a la espera para que las irregularidades contenidas en actos de trámite las alegue en la acción contenciosa que inicie contra el acto definitivo, ello no se aviene con la finalidad de la acción de tutela de ser un medio de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que pueden estar siendo amenazados o violados por una actuación ostensible y manifiestamente irrazonable o desproporcionada, que hace imperiosa e impostergable la intervención del juez de tutela para que la afectación de esos derechos no adquiera una dimensión mayor, y luego, se dicte un acto definitivo subsanado y desprovisto de cualquier anomalía ocurrida en una etapa antecedente"

Ahora, es claro que la Jurisprudencia constitucional ha marcado una línea general en cuanto a la improcedencia del mecanismo de amparo dentro de una actuación disciplinaria que se encuentra en trámite, exponiendo que, si al momento de presentación de la tutela, el proceso disciplinario no ha concluido, hace, por este solo aspecto, improcedente la acción de tutela, porque dentro del propio proceso disciplinario, existen los medios de defensa al alcance del afectado, **como presentar nulidades, interponer recursos, según la etapa en que se encuentre la actuación**¹⁵.

¹³ A-172A de 2004.

¹⁴ ARTÍCULO 43 CPACA: "Son actos definitivos, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, o hagan imposible continuar la actuación".

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 2003. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Esta posición ha sido retomada en pronunciamientos recientes, exponiendo la H. Corporación,

"Por regla general, esta Corporación ha señalado que la acción de tutela es improcedente para cuestionar actos de trámite dictados dentro de un proceso disciplinario que aún no ha concluido, por cuanto el accionante tiene a su alcance otros medios de defensa procesal como son pedir nulidades, interponer recursos o intervenir en el trámite en procura de defender sus derechos, a la vez que puede cuestionar dicho acto posteriormente por vía contencioso administrativa de forma conjunta con el acto que ponga fin a la actuación administrativa. No obstante, excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción tutelar contra actos de trámite, cuando pueda observarse que esa decisión, que tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación, y a su vez de proyectarse en la resolución final o acto definitivo, ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera al disciplinado las garantías establecidas en la Constitución Política.

ACTO DE TRÁMITE Y ACTO DEFINITIVO-Diferencias

En el marco de las actuaciones administrativas y disciplinarias, según la doctrina calificada sobre la materia, los actos administrativos según el contenido de la decisión que en ellos se articula y sus efectos, son de dos tipos. Los primeros denominados actos de trámite o preparatorios, son los que se encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo, y salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situación jurídicas concretas; y los segundos llamados actos definitivos, son los que ponen fin a la actuación administrativa, es decir, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

ACTO DEFINITIVO-Concepto según ley 1437 de 2011

El nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en su artículo 43, señala que los actos definitivos son aquellos que resuelven directa o indirectamente el fondo del asunto o que hacen imposible continuar la actuación; por ende, aquellos actos que no refieran a ese contenido específico, se consideran como actos de trámite dentro de actuaciones administrativas o disciplinarias por ser meramente instrumentales¹⁶.

6.3.1. Fines de la indagación preliminar-Efectos del vencimiento del término de la indagación preliminar y la Finalidad de la investigación disciplinaria.

El Código Disciplinario Único en el artículo 150 consagra la figura de la indagación preliminar en los siguientes términos:

"Artículo 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar.

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional

¹⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-499 de 2013. M.P.

Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado. La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

(...)"

De lo anterior, se deduce que la indagación preliminar no es una etapa obligatoria, ni imprescindible del proceso disciplinario, es decir que tiene lugar en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria ya que no se cuenta con suficientes elementos de juicio. La indagación tiende a establecer *con cierta aproximación* la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria y la identificación o individualización del autor¹⁷.

Respecto al término de duración de la indagación preliminar dice la norma que el plazo para adelantar estas diligencias por regla general es de 6 meses y culmina con el archivo definitivo o el auto de apertura. Este término tiene una íntima relación con el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, de allí que se exija su cabal cumplimiento. Sin embargo, el H. Corte Constitucional en sentencia de unificación ha considerado que el incumplimiento a éste término no implica automáticamente una grave afectación de garantías constitucionales, ni por ello la actuación carece de validez, y así se manifestó el 1 de septiembre de 2005:

*"(...) Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. **Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.***

De este modo, aparte de la eventual falta disciplinaria en que pueda incurrir el servidor que incumplió ese término, él se halla en el deber de tomar una

¹⁷ Este concepto ha sido reiterado en sentencia C-728 de 2000, sentencia C 175 de 2001 y sentencia C 036 de 2006.

decisión con base en la actuación cumplida hasta el momento en que el vencimiento de ese término operó. Si en tal momento existen dudas, éstas se tornen insalvables y surge la obligación de archivar la actuación; pero si tales dudas no existen, esto es, si aparecen cumplidos los objetivos pretendidos con la indagación preliminar, nada se opone a que se abra investigación disciplinaria pues precisamente esta es una de las decisiones que se pueden tomar en tal momento.”¹⁸ (Negrillas fuera de texto)

De los apartes transcritos se concluye que el incumplimiento del término previsto por el legislador, no lleva necesariamente al archivo del expediente. Lo que señala la norma es que dentro del aludido término se debe culminar la etapa con el archivo definitivo o el auto de apertura de la investigación. Ahora, el desconocimiento del término acarrea consecuencias para el ente investigador que injustificadamente ha incumplido el plazo¹⁹.

En este orden se debe mencionar también, cual es la finalidad de la investigación disciplinaria, empezando por señalar que, el Código Disciplinario Único en el artículo 152 y 153 consagra la procedencia y finalidad de la investigación disciplinaria. Respecto de la procedencia de la investigación disciplinaria consagra el artículo:

"Artículo 152. Procedencia de la investigación disciplinaria. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria".

De la disposición se concluye que basta identificar al posible autor o autores de la falta disciplinaria para dar apertura a la investigación disciplinaria. Este auto es de trámite y allí mismo se ordenará las pruebas que el servidor público estime necesarias y conducentes para esclarecer la responsabilidad.

A diferencia de la Ley 200 de 1995 el nuevo Código plasmó la finalidad de la

¹⁸ Sentencia SU 901 de 2005.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado N° 730012331000200401306 (0684-2008), 19 de mayo de 2011. "La Sala observa que el Investigador Disciplinario, efectivamente, excedió el término de seis (6) meses consagrado en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, pero esta circunstancia objetiva, per se, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, máxime cuando la indagación preliminar arroja indicios de responsabilidad contra la investigada por la comisión de irregularidades que atentan contra el ejercicio de la función pública y, por ende, del interés general. El artículo 156 de la Ley 734 de 2002 no fija un término perentorio e improrrogable que conduzca a señalar que vencido el plazo deba ordenarse el archivo de la investigación, como lo pretende la accionante, simplemente consagra dos posibilidades al dar por terminada la indagación preliminar: el archivo definitivo o el auto de apertura. **En otras palabras, en este caso, el archivo definitivo de la actuación no se estableció como mecanismo extintivo de la acción ante la posible mora al concluir el período de indagación preliminar.**

Igual conclusión se adopta en el proceso radicado No. 11001-03-25-000-2012-00254-00(0972-12), sentencia del 10 de octubre 2013, en donde citando precedente de la Corte Constitucional, se señaló por parte del H. Consejo de Estado que, a inobservancia del término de duración de la indagación preliminar solo vulnera los derechos del disciplinado y sus garantías constitucionales, cuando con posterioridad al vencimiento de ese límite temporal, se practican pruebas y se desarrollan actuaciones sin la debida justificación.

etapa de investigación disciplinaria en los siguientes términos:

"Artículo 153. Finalidades de la decisión sobre investigación disciplinaria. La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado".

-Respecto de la notificación de las actuaciones contempladas en la ley 734 de 2002.

El principio de publicidad de los actos administrativos, se convierte en presupuesto necesario para poder garantizar a los administrados, no sólo la posibilidad de conocer los actos, sino también la más importante que es la de controvertirlos, esto es, la de ejercer el derecho de contradicción por medio de los recursos y vía judicial.

El C.D.U. en el artículo 101 consagra:

"Artículo 101. Notificación personal. Se notificarán personalmente los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo".

Ahora, la anterior norma en concordancia con el artículo 67 del C.P.A.C.A. indican la forma en que dicha notificación debe surtirse:

"Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

(...)"

En cuanto al **derecho fundamental al debido proceso administrativo**, se ha venido diciendo siguiendo las voces de la doctrina constitucional, que éste, posee varias dimensiones, es decir, es una realidad jurídica compleja. Es un derecho fundamental, es un derecho de garantía reforzada, de textura abierta en condición de principio, por lo que de él puede pregonarse que posee un contenido esencial, es decir, un núcleo intangible e innegociable a los vaivenes del legislador, que debe ser respetado por todas las autoridades del Estado y cuya

vulneración hace procedente su protección a través de los medios sumarios e idóneos correspondientes, como la acción de tutela.

Para hallar ese núcleo intangible del derecho fundamental al debido proceso, es importante partir de las normas mismas que lo consagran y desarrollan como derecho fundamental y garantía judicial²⁰.

De igual forma, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como:

"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"²¹

Así las cosas, se puede mencionar que, las garantías mínimas previas se relacionan con la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro

²⁰ Sobre este punto, se tomarán esencialmente el artículo 29 de la C.P. y los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en referencia al sistema Americano de derechos humanos, y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), con relación al sistema Universal de derechos humanos, normas estas últimas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, a la luz del artículo 93 superior. Dichas normas son transcritas para su mejor entendimiento:

"ARTICULO 29. 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 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."

"ARTÍCULO 8.- GARANTÍAS JUDICIALES.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter."

"Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores."

²¹ Corte Constitucional sentencia C-012 de 2013. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando estos sean procedentes²².

Bastan los anteriores argumentos legales y jurisprudenciales para entrar a estudiar,

7. DEL CASO CONCRETO.

Una vez analizado los hechos y pretensiones de la demanda, se tiene que el actor persigue a través del mecanismo constitucional, que se le proteja su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Sucre, dentro de una actuación disciplinaria seguida en su contra, y como consecuencia de esto solita que, se archive la investigación del proceso radicado bajo el No. 541-15, al estar vencidos los términos estipulados por Ley 734 de 2002.

Dicho lo anterior, para la Sala, en el caso objeto de estudio, la acción de tutela resulta a todas luces improcedente, razón por la cual habrá de REVOCARSE la sentencia de primera instancia.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente las pruebas que fueron allegadas al plenario por cada una de las partes:

- Copia del acta de inspección y vigilancia de la Secretaría de Educación Departamental (folio 5).
- Copia de la declaración libre y espontánea dada ante la OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA GOBERNACION DE SUCRE (folio 6-8).
- Copia de Auto fechado el día 5 de octubre de 2015 por parte de la OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA GOBERNACION DE SUCRE (folio 9-10).

Al expediente junto a la contestación de la demanda e impugnación, fueron allegadas las siguientes documentales:

²² Ver Sentencia. C-034 de 2014. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

- Oficio de fecha 24 de agosto de 2016 de la empresa de mensajería REDEX (folio 35).
- Copia de oficio de fecha 23 del presente mes y año comunicando nueva fecha de pruebas
- Copia del oficio 103.11.03 de fecha 11 de agosto de 2016, notificando Auto de investigación disciplinaria (folio 40).
- Copia del oficio 103.11.03 de fecha 24 de agosto de 2016, notificando Auto de investigación disciplinaria (folio 43-85).
- Copia del Auto de fecha 22 de agosto de 2016, por el cual se fija nueva fecha para una práctica de pruebas (folio 44 a 46).
- Copia de guía de envío REDEX No. 1184608 de fecha 24 de agosto de 2016 (folio 84).
- Copia de edicto No. 039 de 2016 por el que se notifica auto de fecha 03 de agosto de 2016, dando apertura al proceso disciplinario con radicado 541-15.
- Copia del documento denominado "Macroproceso, Gestión de Investigación y Vigilancia" (folio 89 a 100)

Una vez analizadas las pruebas presentadas al expediente, parte la Sala al estudio de fondo, a raíz del supuesto constitucional que dicta que la acción de tutela es improcedente para cuestionar actos de trámite dictados dentro de un proceso disciplinario que aún no ha concluido, por cuanto el accionante tiene a su alcance otros medios de defensa procesal como son **pedir nulidades, interponer recursos o intervenir en el trámite en procura de defender sus derechos, a la vez que puede cuestionar dicho acto posteriormente por vía contencioso administrativa de forma conjunta con el acto que ponga fin a la actuación administrativa** y a su vez, determinar si se cumplen las excepciones a dicha regla general en el presente caso.

En primer lugar se tiene que, al actor se le abrió etapa de indagación preliminar mediante auto de fecha 05 de octubre de 2015 (folio 9).

En segundo lugar, se observa que posteriormente, esto es, el día 03 de agosto de 2016, se dio apertura de investigación disciplinaria dentro del proceso seguido en contra del actor, el cual se identifica con el radicado No. 541-15, tal como consta en copia del edicto No. 039 de 2016 obrante a folio 88, ya que el auto de apertura no fue aportado al proceso.

Se tiene igualmente que, existen varios oficios comunicando auto de investigación disciplinaria de fecha 24 de agosto de 2016, y otro comunicando una nueva practica de pruebas de fecha 23 de agosto de 2016 (folio 85 a 87), los cuales aparecen como recibidos el día 25 de agosto de 2016 (folio 84), información que igualmente se puede corroborar en la página web de la empresa de mensajería Redex²³, no obstante no hay una constancia de notificación personal de los mismos.

Ahora si bien es cierto y está demostrado en el expediente, que la apertura de la investigación disciplinaria dada mediante auto del 03 de agosto de 2016, se hizo mucho después de fenecidos los 6 meses de que trata el artículo 150 del C.D.U., y sumado a esto no existe prueba de una notificación personal de dicho auto al actor, más que los oficios y edicto que obra en el expediente, también lo es que, el proceso disciplinario contempla una serie de medidas para controvertir las actuaciones surtidas en dicho trámite de las cuales no da cuenta el plenario que se hayan agotado por el demandante.

En este orden tenemos que los recursos dentro del proceso disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2011, son expresos para determinadas actuaciones, según el artículo 110, contra las decisiones disciplinarias proceden los recursos de reposición, apelación y queja, los cuales se interpondrán por escrito, salvo disposición expresa en contrario y establece su Parágrafo, "***Contra las decisiones de simple trámite no procede recurso alguno***"

A su vez el artículo 110 determina que el recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia y el de apelación (artículo 115), procederá contra la decisión que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia.

Como se puede observar, dentro de las anteriores situaciones no se encuentra contemplada la del auto que da apertura a la investigación disciplinaria, no obstante, el artículo 143 establece:

"Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

²³ http://www.redex.com.co/consultar_info/?quia=1184608&tipo=unica consulta hecha el 12 de octubre de 2016, 12: 37 pm.

La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.

2. La violación del derecho de defensa del investigado.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso

A su turno, los artículos Artículo 145, 146 y 147 señalan el trámite y el término de resolución

"Artículo 145. Efectos de la declaratoria de nulidad. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

*Artículo 146. **Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo**, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.*

Artículo 147. Término para resolver. El funcionario competente resolverá la solicitud de nulidad, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo.

Como puede observarse, una causal de nulidad contemplada en la norma, es la configuración de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, ejemplo de esto, puede ser, **prolongar indebidamente el término de indagación preliminar**, investigar hechos diferentes de los inicialmente denunciados, omitir los requisitos formales del Pliego de Cargos, desconocer el Principio de la "No Reformatio In Pejus", más aun, los casos en que se **omita la notificación personal del auto de apertura de la investigación disciplinaria**, tal como se supone en el caso de marras

Visto esto, considera esta Magistratura que el demandante puede hacer uso de los mecanismos ordinarios que le ofrece el mismo trámite disciplinario para atacar los posibles vicios de procedimiento y así solicitar el archivo de las diligencias, pues no se evidencia que este los haya agotado antes de hacer uso del medio constitucional, el cual, como es bien sabido, posee una naturaleza subsidiaria y residual y solo se debe acudir a este cuando no hay posibilidad de interponer los medio y actos ordinarios que estén contemplados dentro del trámite administrativo sancionatorio para tal efecto.

Así pues, de conformidad a lo anteriormente señalado, no es procedente la acción de tutela para atacar actuaciones disciplinarias que no han tenido un pronunciamiento de fondo por parte de la entidad encargada, toda vez que los

posibles defectos de la actuación pueden ser atacados dentro del mismo proceso, salvo que exista un perjuicio irremediable, el cual en el caso de la referencia no se vislumbra; de allí que no puede esta Sala estimar si debía ser o no aceptado el argumento manifestado por el accionante y en consecuencia ordenarle a la Oficina de Control Disciplinario de la Gobernación de Sucre el archivo de las diligencias.

Debe precisarse que el auto que abre la investigación disciplinaria es un auto de trámite, que como ya fue expuesto, por regla general no puede ser enjuiciado por medio de la acción de tutela, pues el proceso aún no ha terminado y las presuntas irregularidades en el mismo pueden ser atacados por diferentes medios como los recursos y las solicitudes de nulidad que se tramitan dentro del mismo proceso disciplinario y en todo caso, de no haberse agotado dichas posibilidades, dichos errores cuando se emita una decisión final y la misma no sea favorable a los intereses del quejoso, éste podrá acudir según el caso la instancia que corresponda entre ellas a la jurisdicción contencioso administrativa para defender sus intereses, instancia ésta en la cual también pueden ser debatidos los presuntos errores cometidos. Sin embargo, aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para enjuiciar este tipo de actuaciones, la jurisprudencia ha precisado la procedencia de este mecanismo cuando se pretende evitar un perjuicio irremediable o cuando el acto es proferido de manera desbordada o desproporcional.

Analizados estos aspectos, le queda a la Sala referirse frente a la existencia de otro mecanismo de defensa para proteger el accionante sus intereses, puesto que según las consideraciones citadas con anterioridad, aunque de manera excepcional puede ser enjuiciado un acto de trámite por vía de tutela, el auto que abre la investigación disciplinaria y se cuestiona en esta oportunidad, no cumple con los requisitos plasmados por la jurisprudencia, para que el juez constitucional intervenga dentro de un trámite que se encuentra previamente establecido por la ley y desbordando sus competencias, es decir, no fue demostrado un perjuicio irremediable que ameritara una actuación urgente por la vulneración inminente de derechos fundamentales y mucho menos se encontró que la actuación haya sido emitida de manera desbordada e irracional y tampoco que haya agotado los medios ordinarios propios del proceso disciplinario.

En mérito de lo expuesto, la SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia de primera instancia, esto es la proferida el 02 de septiembre de 2016, por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE., en su lugar, **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la acción de tutela presentada por FABIO JOSÉ DOMÍNGUEZ BERTEL, acorde con las consideraciones de esta providencia.

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

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No.176

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA