

ESTADO ELECTRONICO: **No. 033** DE FECHA: 05 DE MARZO DEL DOS MIL VEINTICUATRO (2024)

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA EL CINCO (05) DE MARZO DEL DOS MIL VEINTICUATRO (2024) A LAS OCHO (08:00 AM) Y SE DESFIJA EL CINCO (05) DE MARZO DEL DOS MIL VEINTICUATRO (2024) A LAS CINCO DE LA TARDE (05:00 PM).

RADICACIÓN	DEMANDANTE	DEMANDADO	CLASE	FECHA PROV.	ACTUACIÓN	DOCUM. A NOTIF.	MAGISTRADO PONENTE
25000-23-42-000-2024-00015-00	DIEGO JOHANY ESCOBAR GUINEA	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	4/03/2024	AUTO MEDIDAS CAUTELARES	AUTO RESUELVE MEDIDA CAUTELAR. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ACTOS ACUSADOS .	ISRAEL SOLER PEDROZA

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA EL CINCO (05) DE MARZO DEL DOS MIL VEINTICUATRO (2024) A LAS OCHO (08:00 AM) Y SE DESFIJA EL CINCO (05) DE MARZO DEL DOS MIL VEINTICUATRO (2024) A LAS CINCO DE LA TARDE (05:00 PM).


CAMILO ANDRÉS BENGAS PRIETO
OFICIAL MAYOR CON FUNCIONES DE SECRETARIO



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “D”**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá D.C., cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente N°: 25000-23-42-000-2024-00015-00
Demandante: **DIEGO JOHANY ESCOBAR GUINEA**
Demandado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: Disciplinario – Decreta medida cautelar.

I. ASUNTO

Procede el Despacho del suscrito Magistrado Ponente a resolver la solicitud de medida cautelar presentada por el demandante, de conformidad con lo preceptuado en el literal h) del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021, que señala que esta decisión es de ponente, cuando el asunto se decide en primera instancia.

II. ANTECEDENTES

1. La solicitud. La apoderada judicial del demandante, solicita que se suspendan provisionalmente los efectos de los fallos disciplinarios de 28 de septiembre de 2020 y 13 de octubre de 2023, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 9 años (Cuaderno Medida Cautelar, Archivo No. 1).

Fundamentó su solicitud, en que los fallos le están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, congrua subsistencia, políticos e integridad personal, ya que es padre soltero y cabeza de familia de tres hijos, de los cuales dos son menores de edad, de quienes tiene la custodia compartida, como da cuenta la escritura pública 889 de 2020.

Señaló, que fue elegido alcalde del Municipio de Girardot, por voto popular, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015, y que mediante Acuerdo 05 de 12 de marzo de 2014, el Consejo de Girardot lo autorizó para que efectuara la venta de las acciones que poseía el municipio en el Banco Popular SA, para fortalecer las finanzas locales y cumplir obligaciones contraídas en el plan de desarrollo 2012-2015. En virtud de ello, celebró el contrato de prestación de servicios No. 634 con la sociedad G & H INVESTMENTS S.A.S., por valor de \$350.000.000, con el objeto de asesorar, apoyar y acompañar el proceso de enajenación de las 4.419.183 acciones ordinarias que el municipio poseía en el mencionado Banco, las cuales fueron vendidas por un valor total de \$1.793.373.200.

Afirmó, que la Procuraduría inició la actuación disciplinaria y lo sancionó por realizar una “*gestión antieconómica*”, toda vez que pagó al intermediario bursátil una suma que no justificaba el servicio prestado, lo que configuró un detrimento patrimonial, sin embargo, el ente investigador confundió la intermediación bursátil con una banca de inversión y no tuvo en cuenta que la Contraloría de Cundinamarca estableció que el valor de las acciones fue adecuado, concluyendo que no hubo detrimento patrimonial respecto a esa venta.

Aseguró, que fue candidato a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, con aval otorgado por la alianza bipartidista conformada por el partido Liberal y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), donde ocupó el cuarto lugar en la lista de aspirantes, sin embargo, previo a los comicios electorales de 29 de octubre de 2023 y antes de que le fuera notificado el fallo de segunda instancia, “*de manera inexplicable la Procuraduría General de la Nación dio a conocer el proyecto de fallo condenatorio en contra de mi representado, mediante la filtración de un documento sin firmas del funcionario que lo expide (...)*”, situación que afectó su aspiración política de manera negativa, a tal punto que confundió al electorado, haciéndole creer que no podía ser elegido para ocupar una curul en la Asamblea de Cundinamarca.

Agregó, que esa situación fue ampliamente conocida, ya que los aspirantes a una curul en la Asamblea, en representación de los partidos Alianza Verde y Atrévete por Cundinamarca conocieron el documento, sin que a él se le hubiera notificado, y lo difundieron en medios de comunicación radiales del municipio, plataformas de

Facebook y whatsapp, por lo cual debió instaurar una denuncia penal, que actualmente cursa ante la Fiscalía Seccional de Girardot.

Aseveró, que el 11 de diciembre de 2023 radicó acción de tutela como mecanismo transitorio para proteger sus derechos al debido proceso, congrua subsistencia, interés superior de sus hijos, políticos e integridad personal, la cual conoció el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, que mediante auto de 13 de diciembre de 2023, admitió la acción y accedió a suspender los efectos del fallo disciplinario de segunda instancia.

Sostuvo, que como consecuencia de la interposición de la tutela, el 14 de diciembre de 2022, la Procuraduría le notificó lo que denominó “*constancia de ejecutoria*” y mediante sentencia de 15 de enero de 2024, dicho juzgado denegó la acción, argumentando que existen otros medios de defensa, como la nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual claudicaron los efectos de la medida provisional decretada y en consecuencia la sanción cobró efectos.

Manifestó, que en virtud de la inhabilidad para ocupar cargos públicos y contratar con el Estado, tuvo que presentar carta de renuncia al cargo de Asesor Código 105 Grado 10 del despacho del Gobernador de Cundinamarca y rechazar otras ofertas laborales en el sector público, situación que afecta directamente, no solo el derecho que tiene para trabajar en el oficio y la profesión que eligió, sino también, su mínimo vital y el de sus hijos menores, dado que a la fecha se encuentra desempleado, lo que también repercute en que no pueda cotizar al régimen de pensiones. También considera que afecta el manejo financiero, ya que algunas entidades bancarias le han negado productos por la inhabilidad, lo cual le causa un perjuicio irremediable que justifica la medida cautelar, con el fin de que no se perpetúe en el tiempo el daño.

Señala, que la medida se sustenta en las siguientes razones, que vulneran el derecho al debido proceso:

(i) Su condición de padre cabeza de familia, afectación a su subsistencia e interés superior de sus hijos, en la medida que “*tiene bajo su cargo y responsabilidad económica el sustento de su hogar, el sostenimiento, la manutención, y el estudio de sus hijos menores de edad*”, así como los estudios en el exterior de su hijo mayor, es decir, que es sujeto de especial protección.

(ii) La falta de competencia funcional de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a funcionarios de elección popular, que desconoce el artículo 23,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque la Procuraduría no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo y por ende no goza de las competencias legales para imponer sanciones a ciudadanos de elección popular, sanción que implica que el investigado pierda sus derechos políticos.

Agregó, que el Consejo de Estado ha anulado fallos disciplinarios de la Procuraduría, por haber irrespetado el mandato del artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que conforme a ese precedente, la facultad de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores elegidos democráticamente, es inconvencional, porque es una autoridad de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

(iii) Indebida motivación del fallo, por cuanto el fallo sancionatorio omitió argumentar, por qué se encuentra probada la conducta endilgada, ya que el *“A quo derivó su responsabilidad con base en los argumentos expuestos para determinar la responsabilidad de otro sujeto investigado”*, en tanto el fallo se soportó en los juicios de valor contra la Secretaria de Hacienda, para descender a la supuesta irregularidad cometida, cuando las conductas endilgadas son diferentes, por lo cual el análisis debió ser disímil. Agregó, que la conducta de la Secretaria fue enmarcada en la etapa precontractual mientras que la suya en la contractual, por lo tanto, los argumentos para demostrar la irregularidad no pueden ser los mismos.

(iv) Indebida adecuación típica de la conducta, porque lo que le reprocharon, fue haber participado en la etapa contractual, por haber suscrito el contrato de prestación de servicios 634 de 2014, que a juicio de la entidad generó una gestión antieconómica por haberse pactado un valor que no justificaba el servicio prestado, y que conllevó a un detrimento del erario público. Es decir, que debía reprochársele acciones que fueran propias de esa etapa contractual, como el deber de firmar el contrato, atendiendo las solemnidades del contrato estatal, verificar la existencia de inhabilidades o incompatibilidades, o cerciorarse de la competencia del servidor que suscribe el contrato, sin embargo, tales acciones no son las que se le reprocharon, sino las propias de la etapa precontractual, en la cual no participó.

(v) Inexistencia de un criterio razonable para determinar el detrimento patrimonial que la hace atípica. Señaló, que la falta endilgada es la consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber participado en la etapa contractual, debido a la suscripción de un contrato de prestación de servicios, en detrimento del patrimonio público, por lo cual, para la configuración de la falta, se requería inexorablemente *“la obtención de un resultado gravoso para el patrimonio público”*, es decir, era una falta de resultado.

No obstante, las *“características propias de la comprobación del detrimento están ausentes en el estudio que para el efecto hizo el fallador de instancia, dejando solo el supuesto detrimento a operaciones aritméticas personales y subjetivas, sin prueba técnica que determinara y cuantificara el supuesto detrimento patrimonial”*.

Insistió, en que no es acertado que para determinar el detrimento patrimonial la autoridad disciplinaria haya realizado una operación aritmética utilizando el contrato que el demandante suscribió, y comparándolo con contratos similares de otras ciudades, que fueron más económicos, porque se requiere un estudio técnico.

(vi) Deficiencias en la formación de la culpabilidad, toda vez que al momento de imputar la falta, se dijo que se cometió con culpa gravísima, bajo la modalidad de *“violación de reglas de obligatorio cumplimiento”* sin embargo, no existe normativa que sustente dichas reglas, es decir que no se citaron las reglas o normas de obligatorio cumplimiento que se consideraron violadas.

(vii) Indebida valoración probatoria. Expresó, que la autoridad disciplinaria no tuvo en cuenta varios aspectos que fueron señalados por su defensa técnica, uno de los cuales es, que para el momento de los hechos no era abogado y no tenía conocimiento de la ley, *“por lo que ninguna persona está llamada a conocer lo desconocido, así se ejerzan cargos de poder”*; también se pasó por alto que el contrato de prestación de servicios, se encontraba firmado por dos abogados, uno era el asesor externo para asuntos de contratación y el otro, el Jefe de la Oficina de Contratación del municipio, *“siendo este último quien ostentaba la competencia en todos los asuntos contractuales de la administración del ex alcalde Diego Escobar Guinea, dando así confianza legítima al ordenador del gasto, quién dentro de su buena fe, entendía agotada la parte técnica para la suscripción de un contrato con los respectivos vistos buenos de los abogados de la institución y a su vez que*

existía un estudio previo en derecho por parte de la Secretaria de Hacienda del Municipio”.

2. Traslado de la medida. Mediante auto de 9 de febrero de 2023, se ordenó correr traslado de la medida, por el término de cinco (5) días (archivo 03 Cuad Medida Cautelar).

La entidad demandada recorrió en término el traslado mediante memorial visible en el archivo No. 06, y solicitó que se niegue, para lo cual señaló que la norma que establece los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, dispone que para que proceda la suspensión provisional se requiere que exista una violación que surja de la confrontación entre el acto acusado y las normas superiores invocadas, e incluso de las pruebas allegadas, sin embargo, la norma prevé que los demandantes tienen la carga de demostrar plenamente la necesidad y la justificación de la medida.

Expresó, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha decantado que los elementos estructurales para la procedencia exitosa de la suspensión de los efectos de un acto administrativo hacen referencia a la verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y a la existencia del riesgo por la demora del trámite procesal (*periculum in mora*).

Sostuvo, que *“Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte actora en el escrito por el cual solicita el decreto de la medida cautelar y las pruebas allegadas al proceso, habrá de indicarse que en el presente asunto no se configuran los elementos para el decreto de dicha medida, pues no se evidencia la apariencia de buen derecho y tampoco la existencia de un peligro por la mora en que pudiera incurrir el Despacho al momento de proferir el fallo, (...) Asimismo, no existe prueba siquiera sumaria que permita evidenciar la necesidad de suspender el acto administrativo acusado, (...)”*

Afirmó, que la apariencia de buen derecho debe tener respaldo jurídico y probatorio y no puede ser una cuestión subjetiva, por lo que *“(...) el demandante que quiera obtener una medida cautelar como lo es la suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo que se presume ajustado al ordenamiento jurídico, deberá haber cumplido con la carga de sustentar de forma idónea la contravención a la normativa superior por parte del acto acusado, cosa que, en este trámite judicial brilla por su ausencia”.*

Aseveró, que no es posible predicar la existencia de un vicio o perjuicio partiendo de la mera confrontación del acto con las normas que se alegan desconocidas, como prevé la ley.

Adujo, que “(...) *no existe riesgo en la concreción de un perjuicio mayor o irremediable al no decretar la medida, toda vez que se pretende suspender provisionalmente un acto administrativo que ya ha desplegado sus efectos en el mundo del derecho y, en consecuencia, su presunción de legalidad debe permanecer incólume, máxime cuando no se ha evidenciado, al menos hasta ahora, ninguna irregularidad; (...)*”, por lo tanto, concluyó que no están acreditados los elementos que permitan acceder a la suspensión provisional pedida.

CONSIDERACIONES

1. **De la competencia.** Este Despacho es el competente para conocer del presente asunto, por cuanto de conformidad con el literal h) del artículo 125 del C.P.A.C.A, modificado por la Ley 2080 de 2021, le compete conocer a los jueces colegiados, la apelación del auto que decreta o niega una medida cautelar y la decisión que resuelva sobre la medida cautelar en primera instancia, será proferida por el **Magistrado ponente.** El artículo 125 establece:

“ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

h) *El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.*

(...)”.

Y sobre la competencia para pronunciarnos respecto a la medida provisional, el artículo 229 dispone:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento” (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 152 numeral 23, prevé que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia, *“23. Sin atención a la cuantía, de los de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de carácter disciplinario que impongan sanciones de destitución e inhabilidad general, separación absoluta del cargo, o suspensión con inhabilidad especial, expedidos contra servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas en cualquier orden, incluso los de elección popular, cuya competencia no esté asignada al Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 149A.”* (subraya fuera de texto)

Teniendo en cuenta que en el presente proceso, se cuestionan actos administrativos de carácter disciplinario que impusieron sanción de destitución e inhabilidad general en contra de un servidor público de elección popular, que no se encuentra dentro de los señalados en el artículo 249 A, es competente el Despacho para resolver la medida cautelar solicitada.

2. Problema jurídico. Se debe establecer, si procede el decreto de la medida cautelar solicitada, en razón a que, según la parte actora, los actos administrativos acusados que lo sancionaron disciplinariamente, desconocieron sus derechos al mínimo vital y debido proceso, entre otros, por los aspectos alegados en el escrito de medida cautelar.

3. Presupuestos y requisitos para decretar medidas cautelares en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El artículo 238 de la Constitución Política dispone, que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Sobre el contenido de las medidas cautelares y la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, los artículos 229, 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011, disponen:

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo~~ se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

(...)” (Subrayado fuera de texto).

Como se observa, el artículo 231 transcrito, no solo señala los requisitos de acuerdo al tipo de medida cautelar que se pretenda, sino que, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando, establece una diferenciación, atendiendo a si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo, para lo cual solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pide, además de la nulidad, el restablecimiento del derecho y la

indemnización de perjuicios, caso en el cual deberán probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos¹.

Sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, cabe recordar que, bajo la égida de la Ley 1437 de 2011, el H. Consejo de Estado, Sección Primera, en auto de 11 de marzo de 2014 (Rad. No. 11001 0324 000 2013 00503 00, C.P. Guillermo Vargas Ayala) precisó:

“La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

(...) 2.2.- El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible, y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

*2.3.- Ahora bien, el CPACA ha establecido que la medida de **suspensión de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción** y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*

(...) Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto”². Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”³.

En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 17 de marzo de 2015. Ref: Expediente N° 11001-03-15-000-2014-03799-00. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. C/. Procuraduría General de la Nación.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud (...)" (Negritas y subrayas fuera de texto original).

Así, para que proceda la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, bajo la vigencia de la Ley 1437 de 2011, el juez no se encuentra atado a la exigencia consistente en que la vulneración de las normas superiores sea manifiesta, que la misma salte a la vista o surja de bulto, sino que se le otorga la facultad de realizar un análisis comprensivo e integral de los actos y las normas invocadas como transgredidas, al tiempo que se le habilita para apreciar las pruebas aportadas con la solicitud.

Además, se debe establecer si existen serios motivos para considerar que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar (*fumus bonis iuris*)⁴. De otro lado, cuando además de la nulidad se pretenda el restablecimiento de un derecho subjetivo, quien solicita la medida de suspensión debe acreditar, así sea sumariamente, la existencia de un perjuicio derivado de la ejecución del acto cuya suspensión se pretende, por lo cual la intervención del juez, *ab initio* del procedimiento judicial, resulta ser urgente (*periculum in mora*)⁵.

4. Decisión del caso concreto.

El señor Diego Johany Escobar Guinea, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Girardot, fue sancionado disciplinariamente a título de culpa gravísima, con **destitución e inhabilidad general por el término de 9 años**, por haber incurrido en la falta gravísima prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en “31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios de que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”, en consonancia con el artículo 26 numerales 1, 2 y 5 de la Ley 80 de 1993, que consagran el principio de Responsabilidad en la contratación estatal.

Lo anterior, por cuanto en su condición de alcalde municipal, participó en la actividad contractual, porque suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales, para asesorar, apoyar, y acompañar el proceso de enajenación de 4.419.183

⁴ El *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, es un presupuesto universal para decretar la medida cautelar, según el cual, para que proceda la medida la demanda debe estar fundada en buenas razones que permitan inferir que la misma tiene probabilidades de éxito (Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 11 de diciembre de 2013).

⁵ El *periculum in mora*, hace relación al hecho de que de no otorgarse la medida se genere un perjuicio irremediable al accionante o que existan serios motivos para considerar que, en caso de negarse la medida, los efectos de la sentencia se harían nugatorios, por el tiempo que dura el proceso (Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 11 de diciembre de 2013).

acciones ordinarias del Banco Popular, de propiedad del municipio, generando una gestión antieconómica, ya que se pactó y pagó un valor de \$350.000.000, a favor del intermediario bursátil, suma que no justificaba el servicio prestado y que generó un detrimento al erario municipal, de acuerdo con las decisiones adoptadas en el proceso disciplinario.

La parte actora alega, que las decisiones sancionatorias vulneran las normas superiores invocadas, como el derecho al debido proceso, entre otros, y solicita la medida cautelar bajo varios supuestos, que a continuación se analizan.

(i) Su condición de padre cabeza de familia, afectación a su subsistencia e interés superior de sus hijos.

Afirma la parte actora, que tiene bajo su cargo y responsabilidad económica, el sostenimiento, manutención, y estudio de sus hijos menores de edad, incluido también los estudios en el exterior de su hijo mayor, por lo que se constituye en un sujeto de especial protección.

Sobre el particular, se destaca que el artículo 43 Superior, impone al Estado el deber de apoyar, de *“manera especial a la mujer cabeza de familia*. Así, por medio de la Ley 790 de 2002, fue consagrada una protección especial en favor de las madres cabeza de familia, en aquellos casos en donde se efectúen procesos de reestructuración de la administración (artículo 12), disposición que fue reglamentada por el Decreto 190 de 2003, por el cual se definió la expresión *“madre cabeza de familia sin alternativa económica”*, en los siguientes términos:

“(…) Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada (...)”.

Sobre la **condición de madres o padres cabeza de familia**, ha tenido la oportunidad de pronunciarse el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, verbigracia, en la **Sentencia SU-388 de 2005**⁶, en la que unificó la jurisprudencia relativa a la protección de este grupo poblacional, en los siguientes términos:

*“Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, **para tener dicha condición es presupuesto***

⁶ Sentencia SU-388 de 13 de abril de 2005; M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

(...)

De la misma forma conviene aclarar que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran (...)” (Negrilla fuera de texto).

Y a su vez señaló los criterios para determinar quién puede ser considerado “padre cabeza de familia”, en los siguientes términos:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado, que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, esta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo (...).”

Ahora bien, en el presente caso no está acreditado de manera fehaciente que el actor sea padre cabeza familia, porque si bien alega que tiene a su cargo la manutención de sus hijos menores, las pruebas aportadas demuestran que el sustento de sus hijos es compartido con la progenitora de ellos.

Así, se observa de la escritura pública No. 889 de 30 de septiembre de 2020, mediante la cual se formalizó el divorcio entre el demandante y la señora Gloria Lizeth Rivera, documento en el cual se plasmó que la custodia, tenencia y cuidado personal de los menores quedarían a cargo de la señora Rivera y que la patria potestad sería compartida entre ambos padres. Asimismo, se señaló una cuota alimentaria, vivienda, educación, salud y recreación, de la cual son responsables ambos progenitores, en donde se estipuló que el actor pagaría mensualmente una cuota de alimentos y asumiría el 100% de las matrículas estudiantiles, pero solo pagaría el 50% del valor de las pensiones mensuales, y que los menores estarían afiliados a la EPS por parte de la madre (archivo 6.1.8. del link que obra en el archivo 01 Cuaderno Medida cautelar).

En ese sentido, las pruebas permiten colegir que el demandante no es el único que asume la manutención y educación de sus hijos, habida cuenta que comparte tales gastos con la progenitora, requisitos que se exigen para concluir que sea padre cabeza de familia, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional “(...), *la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.*”⁷

Ante la ausencia de elementos de prueba que acrediten los supuestos mencionados por la jurisprudencia para otorgar la calidad de padre cabeza de familia en el *sub examine*, no se encuentra que el demandante sea sujeto de especial protección por tal hecho.

De igual forma, también se considera necesario resaltar, que aunque las madres o padres cabezas de familia tienen una protección especial y son beneficiarios de acciones afirmativas, tal protección no es absoluta y no están exentos de ser sancionados disciplinariamente, por lo cual en esta etapa procesal no se evidencia vulneración al debido proceso, por este reparo.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T- 003 de 25 de enero de 2018. Expediente T-6.334.126. MP Cristina Pardo Schlesinger.

(ii) La falta de competencia funcional de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a funcionarios de elección popular.

Sostiene el demandante, que los fallos que impusieron la sanción de destitución e inhabilidad general, desconocen el artículo 23,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que tal disposición prevé que los derechos políticos de un funcionario electo popularmente, solamente pueden ser restringidos por una autoridad judicial en un proceso penal, y en este caso, la Procuraduría no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y por ende no goza de las competencias legales para imponer sanciones a ciudadanos de elección popular, lo cual ya ha sido reconocido por el Consejo de Estado en varios pronunciamientos en los que ha anulado fallos disciplinarios de la Procuraduría, por haber irrespetado el mandato del artículo 23-2 de la Convención Americana mencionada.

Sobre el particular, el artículo 23 de la Convención, consagra los derechos políticos de los cuales gozan los ciudadanos, como son, votar y ser elegido en elecciones periódicas realizadas por sufragio universal, entre otros, y que solo pueden ser restringidos o limitados *“por condena por juez competente, en proceso penal”*; el numeral 6 del artículo 277 Superior prevé que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes tiene como funciones *“6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”*.

Sobre la materia, el Consejo de Estado en Sentencia de 15 de noviembre de 2017, analizó la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial del cargo, oportunidad en la cual señaló, que la Corte Constitucional en Sentencia C-028 de 2006, afirmó, que la competencia de la PGN se acompasa con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto el objeto de su actuación disciplinaria sea para prevenir hechos de corrupción o conjurar actos que la promuevan, y además sostuvo, que la atribución de sancionar a funcionarios de elección popular por conductas no constitutivas de corrupción, no había sido objeto de análisis por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“(…)

A la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción.

En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza.

*De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: **“las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2) (...)**”⁸*

En dicha oportunidad el Consejo de Estado señaló, que la competencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de funcionarios públicos de elección popular, se encuentra restringida cuando la sanción a imponer implique una limitante a los derechos políticos, tales como la destitución y la suspensión en el ejercicio del cargo; asimismo, enfatizó en que dicha decisión no implicaba despojar de competencia a la Procuraduría, por cuanto era una decisión con efectos inter partes y porque además se exhortó “(...) al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...)”.

Si bien es cierto, con dicho pronunciamiento se cambió el criterio que de antaño tenía la corporación y que respaldaba la atribución de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a servidores de elección popular con destitución e inhabilidad, también lo es, que en auto de 13 de febrero de 2018, mediante el cual resolvió la solicitud de aclaración interpuesta respecto a dicho fallo, señaló que: “El

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 15 de noviembre de 2017. Radicado No. radicado 11001032500020140036000. demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego. CP César Palomino Cortés.

control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular (...)”.

No obstante lo anterior, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha variado tal criterio, para en su lugar, adoptar una interpretación integradora, finalista y sistemática que armonice las normas constitucionales con los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su condición de intérprete de ese instrumento internacional, en virtud del control de convencionalidad.

Bajo esa óptica, dicha Corporación en pronunciamientos recientes sostuvo que existe una evidente incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 23.2 Convencional y el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, que prevé como sanción de una falta gravísima, la destitución e inhabilidad general, para servidores públicos incluidos los de elección popular, ya que este tipo de sanciones *“constituye una restricción no permitida en el texto convencional que limita en mayor medida los derechos políticos reconocidos en ella, al imponerse por una autoridad administrativa en el curso de un proceso administrativo sancionatorio”*.

En ese sentido, sostuvo que la limitación a los derechos políticos que fue impuesta mediante actos administrativos en un proceso administrativo sancionatorio llevado a cabo en todas sus etapas por la Procuraduría General de la Nación, que concluya con la imposición de tales sanciones, no cumple con los requisitos para que proceda la restricción de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 de la CADH, específicamente lo relativo a la *«condena, por juez competente, en proceso penal»*, toda vez que la entidad que impone la sanción no tiene carácter judicial. Así lo señaló en sentencia de 29 de junio de 2023, en la que se dijo:

“(...

30. Para ello, es deber del poder judicial de los estados partes realizar un control de convencionalidad entre las disposiciones internas de las que se valen para solucionar los casos que se les presentan y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además, de la interpretación que de ellas realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de esta, ya que al ratificar la Convención no solo el Estado si no también los jueces que hacen

parte de él, están sometidas a ella y deben velar porque sus efectos no se vean menoscabados por la aplicación de normas que contraríen su objeto y fin.

31. En ese sentido, es tarea de cualquier autoridad pública ejercer control de convencionalidad, puesto que la protección de los derechos humanos constituye un límite inquebrantable que supera la regla de las mayorías en el marco de la democracia y los actos de la sociedad están limitados por las normas y obligaciones de protección de derechos humanos, que no se garantizan por la sola existencia de un régimen democrático. Así, por ejemplo, con la expedición de leyes contrarias a los postulados internacionales aun en el marco de la democracia, corresponde a toda autoridad ejercer control de convencionalidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por los estados partes.

32. El control de convencionalidad consiste, entonces, en la verificación de las normas y actos de un estado parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual debe ser ejercida por toda autoridad pública en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales y, para ejercerlo debe tener en cuenta no solo el texto convencional, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como su intérprete.

(...)

45. En suma, de la lectura literal del artículo 23.2 Convencional que señala las razones o causales exclusivas por las cuales los estados deben reglamentar el ejercicio y oportunidad de los derechos allí referidos, específicamente, por «condena, por juez competente, en proceso penal», como de la interpretación sistemática, evolutiva y teleológica de esa norma convencional, frente al artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 que indica como sanción por la comisión de una falta disciplinaria gravísima la destitución e inhabilidad general de un servidor público, incluido los de elección popular, por una autoridad administrativa como lo es la PGN, surge una evidente incompatibilidad, porque dicha sanción constituye una restricción no permitida en el texto convencional que limita en mayor medida los derechos políticos reconocidos en ella, al imponerse por una autoridad administrativa en el curso de un proceso administrativo sancionatorio.

46. En consecuencia, si bien la Subsección B de la Sección Segunda, en anteriores oportunidades, con fundamento en lo previsto en los artículos 277-6 y 278.1 de la Constitución Política de 1991, había reconocido validez constitucional a la potestad del procurador general de la Nación y de sus delegados para imponer sanciones disciplinarias de suspensión y destitución a servidores públicos de elección popular, lo cierto es que en estos momentos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la emitida en los casos López Mendoza contra Venezuela en 2011 y, Petro Urrego contra Colombia en 2020, evidencia un nuevo contexto, que en razón del derecho viviente obliga a las autoridades a realizar una interpretación de la normativa interna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de un control pleno.

(...)

50. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resolución de 25 de noviembre de 2021, al realizar la «supervisión de cumplimiento de [la] sentencia» de 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego contra Colombia, expresó que «la Procuraduría continúa reteniendo la facultad de imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, contraviniendo lo previsto en dos artículos de la Convención americana de derechos humanos», por lo que «se encuentra pendiente que el Estado adecue la normativa interna que faculta a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones de destitución e

inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, y se solicita que en su siguiente informe presente información al respecto».

51. Es importante destacar que el Estado colombiano, en el interregno en que estuvo suspendida la vigencia del Código General Disciplinario -Ley 1952 de 2019-, propuso una nueva legislación en materia disciplinaria, contenida en la Ley 2094 de 2021, para precisamente ajustar el ordenamiento interno a los parámetros jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de asignar a la PGN funciones jurisdiccionales, para que sus decisiones disciplinarias tuviesen el carácter de verdaderas providencias judiciales. Sin embargo, en la sentencia C-030 de 2023 -cuyo texto completo a la fecha no se ha publicado- la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «jurisdiccionales» y «jurisdiccional» contenidas en varios apartados de la referida Ley 2094 de 2021, y precisó que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Por lo que fuerza concluir entonces, que no se ha avanzado en la adecuación del orden interno, en la medida en que el ente de control a pesar de ser una autoridad administrativa, continúa imponiendo sanciones disciplinarias a servidores elegidos popularmente.

(...)

57. En virtud de lo anterior, se puede concluir que la limitación a los derechos políticos del actor fue impuesta mediante actos administrativos en un proceso administrativo sancionatorio llevado a cabo en todas sus etapas desde la investigación, juzgamiento y consecuente imposición de la sanción de destitución e inhabilitación por una autoridad administrativa, esto es por la Sala Disciplinaria de la PGN, por lo tanto, en el presente caso no se cumplen con los requisitos para que proceda la restricción de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 de la CADH, específicamente, la causal correspondiente a «condena, por juez competente, en proceso penal», **comoquiera que la entidad que interpuso la sanción no es una autoridad judicial**, no hubo condena y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un proceso que en relación con el artículo 8 ejusdem respeta las garantías judiciales, lo que conllevó a la transgresión del principio de jurisdiccionalidad.

58. En ese sentido, la imposición a Eduardo Carlos Merlano Morales de la sanción de destitución e inhabilitación general descrita en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2022 por parte de la Sala Disciplinaria de la PGN es incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica como causal permitida de restricción de derechos políticos aquella impuesta por condena, por juez competente en proceso penal⁹ (subraya fuera de texto original).

Asimismo, en sentencia de 11 de octubre de 2023, el Consejo de Estado, reiteró el criterio anterior sobre la armonización del derecho interno con los instrumentos internacionales al indicar, que “La Sección Segunda del Consejo de Estado en su deber de aplicar preferentemente las normas constitucionales y a la vez cumplir con los instrumentos internacionales, máxime cuando hacen parte del bloque de constitucionalidad por el carácter vinculante que le otorga la misma Constitución Política, considera que, con el fin de consolidar la efectividad de los derechos

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. sentencia de 29 de junio de 2023. Radicación: 11001-03-25-000-2013-00561-00. CP Juan Enrique Bedoya Escobar.

humanos, los artículos 277.6 de la Constitución Política y el 23 de la CADH deben armonizarse, mediante una interpretación integradora, finalista y sistemática”.

En ese sentido, afirmó, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, reconoció que el inciso 6º del artículo 277 de la Carta Política, que prevé la facultad de la Procuraduría General de la Nación de adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, a servidores incluidos los de elección popular, y el numeral primero del artículo 278 *Ibídem*, no eran incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana, pero su interpretación con los artículos del Código Disciplinario Único debía darse de manera que no quebrantara dicha disposición, ya que los artículos de la Ley 734/02, que permiten que la Procuraduría General de la Nación imponga como sanciones la destitución y suspensión del cargo, son los que no se acompañan con lo previsto en la Convención.

Por lo expuesto consideró, que desde una perspectiva de interpretación integradora, la Procuraduría General de la Nación conserva las atribuciones para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular, cuando la sanción no implique restricción de sus derechos políticos, esto es, que no lleve a suspender o inhabilitar a la persona para el ejercicio de tales derechos, en los siguientes términos:

“92. La interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha efectuado la CIDH, como quedó explicado en el acápite anterior, tiene fuerza vinculante, comoquiera que es el intérprete auténtico de la Convención, por lo tanto, en esta labor armonizadora, se debe tener en cuenta no solo las normas convencionales sino la interpretación que de ella ha hecho la Corte Interamericana.

*93. De acuerdo con lo anterior, y en la perspectiva de una interpretación integradora de la Constitución Política con la CADH, y dado el alcance fijado por la CIDH en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, la Sección Segunda de la Corporación considera que el artículo 277.6 de la Carta es una norma que goza de todo su rigor y que la Procuraduría General de la Nación, como autoridad autónoma, tiene intacta sus atribuciones para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular, cuando dicha sanción no implique la restricción de sus derechos políticos, por lo tanto, una lectura armónica y sistemática del bloque de constitucionalidad significa que frente a tales servidores el órgano de control puede aplicar otro tipo de sanciones, pero que no lleve a suspender o inhabilitar el ejercicio de derechos políticos.*

94. En ese orden la norma constitucional es compatible con la Convención, pues el artículo 277.6 no enuncia el tipo de sanción que puede imponer la PGN en ejercicio de la potestad disciplinaria; este artículo claramente remite a la Ley, que es la que contiene el catálogo de sanciones. En este contexto, la Procuraduría goza de la potestad disciplinaria frente funcionarios elegidos

democráticamente, siempre que las sanciones a imponer no restrinjan sus derechos políticos.

95. No sucede lo mismo con los artículos 44 y 45 del Código General Disciplinario, sobre los cuales, la CIDH, en el fallo del 8 de julio de 2020, consideró que sí eran incompatibles con la Convención, por violación del principio de jurisdiccionalidad, (...)

96. Este pronunciamiento de la CIDH en el caso Petro Urrego Vs. Colombia es claro en señalar que la vigencia de las normas que facultan a la Procuraduría a imponer sanciones de inhabilitación o destitución a funcionarios democráticamente electos, previstas en el Código Disciplinario Único constituyen un incumplimiento al deber de adoptar disposiciones de derecho interno; por ello, el Estado es responsable por la violación al artículo 23 de la Convención Americana.

(...)

98. Ante este panorama, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano que efectuara los ajustes al ordenamiento interno, a través de medidas legislativas, como también así lo había exhortado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el fallo del 15 de noviembre de 2017, al que hace referencia la CIDH en su sentencia del 8 de julio de 2020.

(...)

100. Ahora bien, frente a la orden de la CIDH al Estado Colombiano de efectuar los ajustes al ordenamiento interno a través de medidas legislativas, para armonizarlo con las normas convencionales, la Procuraduría General de la Nación presentó el proyecto que dio origen a la Ley 2094 de 2021 “Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones”, legislación en la que se le pretendieron asignar funciones jurisdiccionales al ente de control disciplinario.

101. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-030 de 2023, en su parte resolutive declaró: (i) la inexequibilidad de las expresiones “jurisdiccionales” y “ejecutoriadas” (...).

102. De acuerdo con lo anterior, pese a la intención de la Ley 2094 de 2021 de ajustar la competencia de la Procuraduría General de la Nación al sistema interamericano de derechos humanos que consagra la reserva judicial para los casos de sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad de servidores de elección popular, lo cierto es que, conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional, este ente de control en tanto es una autoridad que ejerce función disciplinaria de orden administrativo, la naturaleza de sus actos sancionatorios siguen siendo administrativos”¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, dicha Corporación consideró que era imperioso que el juez contencioso administrativo en sede de control de legalidad de los actos sancionatorios disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación, que restringen los derechos políticos de servidores públicos elegidos popularmente, tenga en cuenta “*los postulados trazados por el derecho convencional, aun de forma oficiosa, por el deber de respeto como Estado parte de la CADH*”, al señalar:

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 11 de octubre de 2023. Radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01. CP César Palomino Cortés.

“Siendo así, y bajo la óptica que el control de legalidad de la sanción disciplinaria es pleno e integral, el juez contencioso debe tener presente los cambios que puedan surgir con ocasión del aporte, tanto a nivel normativo y jurisprudencial del derecho interno, como aquellos que puedan provenir jurisdiccionalmente por parte de los órganos internacionales, en el marco de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano.

(...)

117. En este sentido, como se explicará adelante, el control de convencionalidad en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene fuerza obligatoria para todos los jueces de Colombia, porque fue un control concentrado sobre las normas del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, que facultan a la Procuraduría a imponer sanciones de destitución e inhabilidad a funcionarios públicos democráticamente electos, es decir, fue un control para el sistema jurídico colombiano.

118. Ciertamente, el baremo de convencionalidad de las citadas normas del Código Disciplinario Único lo constituyen tanto el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la sentencia de la CIDH en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, decisión en la que se estableció que, si bien las normas constitucionales no eran incompatibles con la Convención, las normas del CDU, que facultan a la Procuraduría a imponer las sanciones de destitución e inhabilidad a funcionarios públicos democráticamente electos, sí lo eran y, como baremo de convencionalidad que es, debe ser aplicado a todos los casos en igualdad de condiciones por los jueces de Colombia, en los que se discutan sanciones que restrinjan los derechos políticos de los servidores de elección popular.

(...)

157. Es importante precisar que los efectos de las decisiones en las que se aplica la excepción de inconventionalidad son inter-partes, es decir, que solo vinculan a las partes del proceso; (...).

158. Bajo este contexto, es claro que la sentencia de la CIDH en el caso Petro Urrego Vs. Colombia ostenta los mismos efectos inter-partes, porque aplicó la excepción de inconventionalidad en el caso concreto, al establecer que las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la PGN para imponer sanciones de destitución e inhabilidad a los servidores elegidos popularmente eran contrarias a los artículos 8 y 23 de la CADH.

159. Y aunque la Corte Interamericana ordenó al Estado Colombiano que adecuara, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en dicha Sentencia, lo cierto es que las normas del CDU continuaron vigentes, hasta su derogatoria por parte de la Ley 1952 de 2019, cuya entrada en vigencia fue a partir del 29 de marzo de 2022, y actualmente modificada por la Ley 2094 de 2021.

160. Ahora bien, el hecho que la sentencia de la CIDH en el caso Petro Urrego Vs. Colombia tenga efectos inter-partes, no es óbice para señalar, con claridad, que los criterios de dicha decisión deben acatarse en los asuntos de similares supuestos fácticos y jurídicos, pues dicho órgano supranacional es el intérprete autorizado de las normas de la CADH.

161. En este sentido, como manifestación del derecho viviente y en garantía de los principios de favorabilidad e igualdad, a juicio de la Sala, la línea de motivación del fallo de la CIDH, dictado en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, es vinculante, tiene fuerza obligatoria y debe ser acatada por todos los jueces de Colombia en los casos en los que se controviertan actos administrativos

disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación que restrinjan derechos políticos de los servidores elegidos popularmente y que hayan seguido el trámite previsto en el CDU. Bajo este contexto, cuando se evidencie la violación de las disposiciones de la CADH, se deberá aplicar la excepción de inconvencionalidad con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos¹¹ (Subraya fuera de texto original).

Asimismo debe tenerse en cuenta, que en la Sentencia C-146 de 2021, la Corte Constitucional, aunque analizó la constitucionalidad de otra norma distinta al Código Único Disciplinario con el cual fue sancionado el actor, se trae a colación, en tanto allí **cambió su precedente** sobre la materia analizada e indicó, que la interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 23.2 de la CADH es un antecedente jurisprudencial relevante y que a partir de una interpretación sistemática entre ese pronunciamiento y la Constitución política, **puede concluirse que las autoridades administrativas no pueden restringir derechos políticos y, concretamente, no son competentes para sancionar con destitución e inhabilidad a funcionarios elegidos popularmente.** Al respecto dijo:

“6.14. Síntesis de la decisión

(...)

197. *Al analizar el fondo del asunto, la Corte precisó que la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu, pero no constituye un parámetro autónomo y autosuficiente de validez de la normativa nacional. Así mismo, advirtió que, en virtud del artículo 68.1 de la CADH, Colombia debe cumplir con las sentencias de la Corte IDH emitidas en su contra, mientras que aquellas dictadas en contra de otros Estados tienen un valor hermenéutico importante respecto del contenido y alcance de la CADH. En este sentido, la Corte analizó la sentencia del caso Petro Urrego Vs. Colombia y concluyó que no constituye un precedente para el análisis las normas demandadas, porque en dicha sentencia la Corte IDH se pronunció sobre una situación jurídica y fáctica diferente a la actual. Sin embargo, precisó que la interpretación que allí hace la Corte IDH del 23.2 de la CADH, sí representa un antecedente jurisprudencial relevante. Asimismo, señaló que la regla que se extrae de la mencionada sentencia es que las autoridades administrativas no pueden restringir derechos políticos y, concretamente, no son competentes para sancionar con destitución e inhabilidad a funcionarios elegidos popularmente.*

198. *A partir de una interpretación sistemática de la CADH, y armónica entre esta y la Constitución Política de Colombia, así como en atención a la sentencia del caso Petro Urrego Vs. Colombia, la Sala concluyó que el artículo 23.2 de la CADH permite (i) que los Estados, mediante ley, impongan limitaciones a los derechos políticos, por criterios tales como la edad, la nacionalidad o la capacidad civil y (ii) que los jueces, con independencia de su especialidad, impongan limitaciones a los derechos políticos, siempre que brinden las garantías del*

¹¹ *Ibíd.*

debido proceso. Pero prohíbe que tales restricciones sean impuestas por autoridades administrativas. (...)

Tal criterio se mantuvo en la Sentencia C-030 de 2023, en la que se señaló “344. *Es importante reiterar que en la Sentencia C-146 de 2021 la Corte cambió su precedente y, en esta decisión, la Sala Plena lo precisa. La modificación del precedente se produjo en virtud de la mutación del contexto normativo relevante para la determinación de la validez de normas internas que surgió con ocasión del fallo de la Corte IDH en el caso Petro vs. Colombia, del 8 de julio de 2020 (...)*”.

De igual forma debe tenerse en cuenta que los remedios constitucionales relativos al recurso de revisión señalados en la Sentencia C-030 de 2023, aplican para las actuaciones disciplinarias que hayan implicado la imposición de sanciones de destitución, suspensión o inhabilidad para servidores públicos de elección popular, respecto de las cuales “i) *no hubieren transcurridos 30 días desde su notificación, ii) en las que estuviere en trámite el recurso extraordinario de revisión o iii) las que se adopten con posterioridad, en todos los casos, teniendo en cuenta el día siguiente de la fecha de esta decisión (17 de febrero de 2022), se someterá a las reglas de modulación sobre el recurso extraordinario de revisión ante el juez contencioso administrativo*”.

De lo expuesto por la Corte en esa oportunidad se colige, que tales remedios constitucionales se aplican para procesos que se tramiten con la Ley 1952 de 2019, toda vez que no se menciona que sea aplicable para procesos tramitados con la Ley 734 de 2002, como en el sub lite, y porque además, esta norma no fue objeto del examen constitucional allí planteado, sino que lo fue la Ley 1952/19 modificada por la Ley 2094 de 2021.

Es decir, que para los procesos tramitados con la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, es posible aplicar dicha sentencia de constitucionalidad hasta tanto se adopte por parte del Congreso de la República un estatuto o régimen disciplinario especial aplicable a los servidores públicos de elección popular, como se señaló en la sentencia mencionada.

Igualmente se destaca, que en la última supervisión de cumplimiento de sentencia realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectuada el 25 de noviembre de 2021, respecto al caso Petro Urrego vs Colombia, dicha Corporación sostuvo, que pese a que se dijo en la sentencia que el Estado Colombia debía, en

un plazo razonable, adecuar los artículos del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría para imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos (arts. 44 y 45), no se ha cumplido tal orden.

Lo anterior, por cuanto si bien se expidió la Ley 2094 de 2021 que reformó la Ley 1952 de 2019, dicha norma continuaba permitiendo a la Procuraduría General de la Nación imponer dichas sanciones a servidores electos popularmente, en contravía de lo establecido en la Convención Americana, y aunque fue demandado ante la Corte Constitucional, tal reforma no da cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia, en tanto, no se ha indicado por “(...) *el Estado que se hubiere reformado de manera alguna los artículos 44 y 45 del Código Disciplinario que este Tribunal dispuso que debían ser adecuados a estándares internacionales en materia de restricción de los derechos políticos (supra Considerando 8.i), con lo cual la Procuraduría General de la Nación continúa reteniendo la facultad de imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, contraviniendo lo previsto en los artículos 23.2 y 2 de la Convención*”¹².

Es decir, que la Ley 734 de 2002, que fue la norma aplicada en el trámite del proceso disciplinario del demandante, no ha sido adecuada en este aspecto como lo ordenó la Corte Interamericana, y si bien se expidió el nuevo código general disciplinario, dicha ley fue clara en señalar que si a la entrada en vigencia de dicha norma ya se había formulado pliego de cargos, el proceso disciplinario seguiría tramitándose con la norma anterior, por lo cual las sanciones impuestas al actor fueron en aplicación de las disposiciones del Código Disciplinario Único, que sigue permitiendo a la Procuraduría General imponer sanciones de destitución y suspensión a servidores de elección popular en contravía de lo dispuesto en la Convención Americana.

Bajo el contexto anterior y de acuerdo con las pruebas obrantes, se evidencia que la Procuraduría General de la Nación fue la autoridad que tramitó la actuación disciplinaria en contra del demandante y la que le impuso una sanción definitiva de destitución e inhabilitación general por el término de 9 años (archivos 6.1.2 y 6.1.4 del link que obra en el archivo 01 Cuaderno Medida Cautelar).

Asimismo, se destaca que fue sancionado en su calidad de Alcalde Municipal de Girardot, es decir, cuando ostentaba un cargo de elección popular y que la investigación y sanción se hicieron bajo los postulados del Código Disciplinario

¹² Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/petro_urrego_25_11_21.pdf

Único –CDU-, por lo cual en aplicación del control de convencionalidad, la sanción impuesta con fundamento en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, desconoce el principio de jurisdiccionalidad consagrado en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto, fue impuesta por una autoridad de naturaleza netamente administrativa, afectando con ello la competencia alegada y por ende la violación del derecho al debido proceso invocado.

En ese orden de ideas, es claro, sin perjuicio de lo que se logre demostrar en el transcurso del proceso, que la demanda tiene apariencia de buen derecho, y además, se acreditó la existencia de un perjuicio derivado de la ejecución del acto cuya suspensión se pretende, consistente en que en virtud de la sanción disciplinaria, se le impide acceder a cargos públicos.

Así, debido a la inhabilidad impuesta, manifestó que tuvo que declinar de su nombramiento como Asesor; Código 105, Grado 10 del Despacho del Gobernador de Cundinamarca, efectuado mediante Resolución No. 000035 de 10 de enero de 2024 (archivo 6.1.10 del link del archivo 01 Cuaderno medida Cautelar), y a su vez solicitar la “*anulación del acto de posesión*” llevado a cabo el 15 de enero del año en curso (archivo 6.1.11 del link del archivo 01 Cdo. medida Cautelar).

Lo anterior, ya que si bien el actor interpuso acción de tutela en la que solicitó como medida provisional la suspensión de los efectos de la decisión de 13 de octubre de 2023, emitida en segunda instancia por la Procuraduría General de la Nación, que confirmó la sanción de destitución e inhabilidad general y tal medida fue concedida, también lo es, que mediante fallo de 15 de enero de 2024, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué denegó la solicitud de amparo y declaró claudicados los efectos de la medida provisional decretada, motivo por el cual la inhabilidad quedó con plenos efectos y en ese sentido, el demandante, ese mismo día presentó el escrito declinando el nombramiento y solicitando la anulación de la posesión.

Adicionalmente, se consultó en la página de la Rama judicial el estado de la tutela en segunda instancia, que le correspondió al Tribunal Superior de Ibagué – Sala Civil Familia y se evidenció que se registró fallo el 21 de febrero de 2024, confirmando la decisión de primera instancia, luego los efectos de la sanción se encuentran surtiendo efectos.

Dicha circunstancia, además deja ver, que posiblemente el actor se encuentre cesante, ya que como se señaló, el 15 de enero de 2024 tuvo que declinar de su

nombramiento y posesión como Asesor; Código 105, Grado 10 del Despacho del Gobernador de Cundinamarca, y en virtud a que tiene obligaciones alimentarias y de educación que debe cubrir mensualmente respecto de sus hijos, según sus afirmaciones y las pruebas ya mencionadas, como la escritura pública No. 889 de 30 de septiembre de 2020, en la que se estipuló que el actor pagaría mensualmente una cuota de alimentos y asumiría el 100% de las matrículas estudiantiles y el 50% de las pensión mensuales educativas, **es procedente decretar la medida cautelar solicitada.**

De igual forma, se debe precisar que el Consejo de Estado ha señalado, que *“para decretar la medida cautelar, cuando se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el CPACA dispone que el juzgador tiene la carga de hacer explícita la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” (art. 231). Esto quiere decir, no que deben estar demostradas todas las disposiciones invocadas, pero sí que al menos uno de los cargos expuestos lleve al juzgador la convicción de que se produjo la violación de la ley, pudiendo incluso, adicionalmente, llamar la atención sobre las violaciones legales que podrían tener efectividad luego de tramitado el proceso”¹³.*

En ese sentido, no se considera necesario realizar el análisis de los demás cargos o aspectos expuestos en la medida cautelar, en tanto que el previamente analizado conlleva a colegir que los fallos disciplinarios sancionatorios posiblemente fueron expedidos contrariando la normatividad en la que se sustentan, lo cual da lugar a decretar la suspensión, en forma provisional, de sus efectos, mientras se decide de fondo el asunto.

La presente decisión no puede ser entendida como prejuzgamiento, tal como lo dispone el artículo 229 del C.P.A.C.A. En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR la **suspensión provisional de los efectos** de los siguientes actos administrativos: **(i)** fallo de primera instancia proferido el 28 de septiembre de 2020, por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de doce años al señor

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Auto de 13 de mayo de 2014. Radicado No. 11001-03-25-000-2014-00360-00. Cp Gerardo Arenas Monsalve.

Diego Johany Escobar Guinea; y **(ii)** fallo de segunda instancia emitido el 13 de octubre de 2023, por la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular de la Procuraduría General de la Nación, a través del cual se modificó la sanción, en el sentido de imponer la destitución e inhabilidad general por el término de nueve años, por las razones expuestas.

SEGUNDO: OFÍCIESE a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, para que cumpla la medida cautelar decretada, respecto de la sanción disciplinaria que recae sobre el señor Diego Johany Escobar Guinea, y tome nota en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades (SIRI), en los términos y para los efectos señalados en esta providencia.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación, de conformidad con numeral 5 del artículo 243 del CPACA, que dispone que es apelable el auto que “*decrete, deniegue o modifique una medida cautelar*”.

Para consultar el expediente digital, ingrese al siguiente enlace: 25000234200020240001500

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente

ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

ISP/Van

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el magistrado ponente de la Subsección D, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 de CPACA.