

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-31-18-001-2022-00142-00
Accionante : JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ
Accionado : PROCURADURÍA REGIONAL DEL CAQUETÁ
PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DE
JUZGAMIENTO 1 DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN.
Sentencia Nº : 148

Florencia, Caquetá, dos (2) de agosto de dos mil veintidós (2022).

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela promovida por el profesional del derecho ANA MARIA DUSSAN LOZANO, actuando como apoderado judicial del señor JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ en contra de la PROCURADURÍA REGIONAL DEL CAQUETÁ y LA PROCUDURIA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO 1 DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, al trabajo e igualdad.

2.- ANTECEDENTES

Funda el accionante su solicitud de amparo en los siguientes hechos:

El señor JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ, manifiesta que fungió como Jefe de la Oficina de Recursos Humanos de la Gobernación del Caquetá entre los años 2010 y 2011. En consecuencia, cumplía entre otras las funciones de director del Fondo Territorial de Pensiones, jefe de Control Interno Disciplinario, jefe de Personal y Sustanciador de los procesos de contratación de personal. Así mismo, en varias oportunidades fungió como Gobernador encargado y Secretario de Gobierno encargado, ejerciendo las funciones propias de esos empleos. También representó al Departamento como delegado del Gobernador en juntas directivas.

El accionante manifestó, que el Gobernador, Dr. Germán Medina Triviño (Q.E.P.D.), en el proyecto "*Subsidio de mejoramiento de vivienda para las familias*

Caqueteñas que se encuentren inscritas en la Estrategia RED DE PROTECCION SOCIAL PARA LA SUPERACION DE LA POBREZA EXTREMA – RED UNIDOS, en el DEPARTAMENTO DE CAQUETA” en cumplimiento del Logro Básico No. (6) Habitabilidad de la estrategia y en cumplimiento de las Acciones Operativas determinadas en el Plan de Desarrollo, Grandes decisiones por un Caquetá Solidario y productivo 2010 – 2011, en el eje número siete (7), promoción del desarrollo, sector Red Juntos (hoy Red Unidos); por lo que celebró un Contrato de Cooperación con la CORPORACION AMBIENTAL CULTURAL Y SOCIAL MATERIA PRIMA, del que fue designado como supervisor.

Ahora bien, indica el accionante que, por medio de auto del 3 de octubre de 2013, la Procuraduría Regional del Caquetá ordenó apertura de indagación preliminar por la celebración y ejecución de este contrato, en diligencias con radicado IUS 2015-276629 D 2015-564-787730. En el curso del proceso, se recaudaron varias pruebas de las que se colige la incolumidad de la conducta desplegada por el señor Mejía.

Posteriormente, mediante fallo de primera instancia proferido dentro del IUS 2015- 276629 D-2015-564-787730 que se siguió en contra del accionante en su condición de Jefe de Oficina de Recursos Humanos y supervisor convenio 289 del 27 de septiembre de 2011, se decidió:

"PRIMERO: DECLARAR DISCIPLINARIAMENTE RESPONSABLE al señor JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.715.262 de Neiva Huila, en su calidad de jefe de la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social para la época de los hechos (...)

SEGUNDO: IMPONER al disciplinado JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.715.262 de Neiva Huila, SANCIÓN de DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS Y DOS (02) MESES. (...)"

Luego del fallo mencionado, el accionante interpuso el recurso de apelación debidamente sustentado, que culminó con el fallo de segunda instancia del 10 de junio de 2022, proferido por la Procuraduría delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, dentro del proceso disciplinario IUS 2015-276629 D2015-564-787730, en el que se decidió lo siguiente:

"SEGUNDO: DENEGAR la declaratoria de la nulidad planteada por la defensa del disciplinado, de acuerdo con las consideraciones del presente proveído.

TERCERO: REVOCAR el fallo del 18 de junio de 2021, por medio del cual la Procuraduría Regional del Caquetá respecto del primer cargo imputado al disciplinado JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ identificado con la cedula de ciudadanía 7.715.362 de Neiva en su en su calidad de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social del Departamento de Caquetá para la época de los hechos. En su lugar. ABSOLVERLO de responsabilidad

disciplinara respecto del primer cargo, exclusivamente de conformidad con las razones expuestas en la parte nativa de la presente decisión.

CUARTO: MODIFICAR el fallo del 18 de junio de 2021, por medio del cual la Procuraduría Regional del Caquetá respecto del segundo cargo imputado disciplinado JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ identificado con la cedula de ciudadanía 7.715 262 de Neiva, en su en su calidad de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social del Departamento del Caquetá para esa época de los hechos, con destitución e inhabilidad general por el termino de diez (10) y dos (2) meses. En su lugar, ale sanciona de la siguiente forma, por haberse declarado probado el segundo cargo imputado:

JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ identificado con la cédula de ciudadanía 7.715262 de Neiva, en su en su calidad de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social del Departamento del Caquetá, para la época de los hechos con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD para ejercer función pública en cualquier cargo durante OCHO (8) años, acorde con la expuesto en la parte considerativa.”

Finalmente agregó el accionante que, es servidor público inscrito en la carrera administrativa, que depende económicamente de sus ingresos de este trabajo, aunado a que es padre de familia y tiene a su cargo la manutención de su menor hija. Por lo tanto, la decisión cuestionada le causa un perjuicio irremediable, supone el retiro no solo de su empleo, sino de la carrera administrativa a la que accedió a partir del principio de mérito, aunado a la imposibilidad de percibir recursos económicos para garantizar su sustento y el de su menor hija.

2.1.- PETICIÓN

Solicita se sirva amparar como mecanismo transitorio, los derechos constitucionales fundamentales de JHOINER ARLEY MEJÍA DÍAZ, al debido proceso, el trabajo y la igualdad, ordenando a las accionadas Procuraduría Regional del Caquetá y Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, suspender la ejecutoria de las decisiones fallo de primera instancia del 18 de junio de 2021, proferido por la Procuraduría Regional del Caquetá y el fallo de segunda instancia del 10 de junio de 2022, proferido por la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, dentro del proceso disciplinario IUS 2015-276629 D-2015-564-787730, hasta tanto se resuelva el recurso extraordinario de consulta, o en su defecto, revocarlas para que se saneen los defectos acusados.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de julio de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a la entidad accionada, para que, dentro del

¹ Ver archivo “02ActaReparto.pdf” del expediente digital.

² Ver archivo “06AutoAdmisionTutela202200142.pdf” del expediente digital.

término legal de un (1) día contado a partir del recibo de la notificación respectiva, se pronunciara sobre los hechos planteados y las circunstancias de que da cuenta la solicitud de amparo.

4.- RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

La apoderada especial de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, **ANDREA LYZETH LONDOÑO RESTREPO**, dentro de su argumento como parte accionada solicita la improcedencia de la acción de tutela por existir otro mecanismo judicial para ordenar la suspensión de la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al accionante, invocando así el inciso tres del artículo 83 de la constitución política donde se expresa lo siguiente *"esta acción sólo 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"*.

Añade que, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que "1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

Refiere que en esa perspectiva, la presente acción de tutela no es viable, en tanto mecanismo subsidiario para declarar la suspensión de la ejecución de la sanción disciplinaria, atendiendo que el accionante dispone de otro mecanismo para solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción disciplinaria, en calidad de medida cautelar, cumpliendo los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual puede solicitar tanto en el recurso extraordinario de revisión como en el proceso declarativo de nulidad y restablecimiento del derecho, tal y como lo dispone el inciso 4º del artículo 238 D de la ley 1952 de 2019 y el artículo 229 de la ley 1437 de 2011. Ahora bien, la regulación actual de la suspensión provisional tiene igual prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela dado que, el juez administrativo puede pronunciarse respecto de la solicitud de medida cautelar, incluso sin haber sido admitida la demanda, tal y como lo establece el artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Resalta que, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, el artículo 86 de la constitución política presenta la excepción de que la acción de tutela puede proceder en caso de que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional debe cumplir con las características de ser i) actual o inminente, es decir, está ocurriendo o está próximo a ocurrir; ii) grave, o tiene la potencialidad de dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; iii) requiere

de medidas urgentes; e iv) impostergable, a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.

Indica que lo anterior quiere decir que, el mecanismo de amparo solo tiene lugar cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse, o cuando dentro de los diversos medios legales existentes ninguno resulte idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue conculcado. De no tenerse en cuenta dichos parámetros el juez constitucional desconocería el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y actuaría en contravía del ordenamiento jurídico.

Por último, dentro de legalidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, las mismas se encuentran ajustadas a derecho y cumplen con los requisitos establecidos en materia disciplinaria por lo tanto gozan del principio de legalidad, por ende, procurador delegado disciplinario de juzgamiento 1 encontró probado y no desvirtuado el segundo cargo formulado, sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 8 del Código General Disciplinario y al tenor de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 48 de la Ley 2094 de 2021 respecto a la clase y límite de las sanciones disciplinarias, la sanción impuesta en primera instancia consistente en DESTITUCION E INHABILIDAD GENERAL DE 10 AÑOS Y 2 MESES fue modificada a DESTITUCION E INHABILIDAD para ejercer función pública en cualquier cargo durante OCHO (8) años.

Finalmente, por las anteriores consideraciones la parte accionada solicita respetuosamente declarar improcedente la acción constitucional, respecto de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que ha desarrollado las actuaciones pertinentes de conformidad con las atribuciones asignadas por la Ley, y en especial por el Decreto 262 de 2000.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual para la protección de los derechos fundamentales de toda persona, cuando se advierte su vulneración por parte de alguna autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente autorizados por la Ley.

Es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991.

Corresponde a este Despacho determinar si se configura una violación de los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso e igualdad, del señor JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ, al haber sido declarado responsable disciplinariamente

por la PROCURADURÍA REGIONAL DEL CAQUETÁ y decisión que confirmada parcialmente por LA PROCUDURIA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO No.1 DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN.

En primer lugar, se observa que la acción de tutela es promovida por la Abogada ANA MARIA DUSSAN LOZANO, en su calidad de apoderada judicial del señor JHOINER ARLEY MEJIA DIAZ, a quien la misma le otorgó poder para representar sus intereses, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

De otro lado, la acción de tutela que se revisa, se dirige contra la PROCURADURÍA REGIONAL DEL CAQUETÁ y decisión que confirmada parcialmente por LA PROCUDURIA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO No.1 DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, por lo cual existe *legitimación en la causa por pasiva*, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, al tratarse de entidades públicas.

En relación con el requisito de *inmediatez*, se advierte que, según lo manifestado en el escrito tutelar, Las decisiones cuestionadas fueron proferidas el 18 de junio de 2021 (primera instancia) y el 10 de junio de 2022 (segunda instancia). La constancia de ejecutoria es de fecha 28 de junio de 2022, cobrando ejecutoria el 17 de junio de 2022, actuaciones con la que considera se vulneran sus derechos fundamentales, de las cuales no ha transcurrido un mes, desde el acaecimiento del presunto hecho generador hasta la fecha en la que se promovió la acción de amparo, término que se considera razonable y con el que se encuentra cumplido dicho requisito.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela "*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*". En aplicación de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Según la jurisprudencia, una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *efectiva* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

Es bien sabido que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual para

la protección de los derechos fundamentales, cuando se advierte su vulneración por parte de alguna autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente autorizados por la Ley.

De suerte que su procedencia está sometida a la inexistencia de otros mecanismos ordinarios de defensa, salvo en los casos en que estos no sean la vía adecuada para la protección del derecho fundamental afectado.

En sentencia SU-424 del 6 de junio de 2012³, precisando los requisitos de tipo formal para la procedencia de la acción constitucional, la Alta Corporación reiteró lo siguiente:

*“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes. Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (ii) **Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.** (iii) Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable a partir del momento en que se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con denominado requisito de la inmediatez. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. (iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, ésta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que conculque los derechos fundamentales del actor. (v) Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre que esto hubiere sido posible. (vi) Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela. De forma tal, que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.”* (Negrita y subrayado por la Sala)

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, en sentencia T-094 de 2013⁴, señaló:

*“En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. **Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.** Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”*

³ M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Y en concreto, sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, denominado en la Ley 1437 de 2011 *medio de control*, en sentencia T-343 de 2001⁵, afirmó:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc.) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.”

Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.”

En punto de la invalidación de actos administrativos, bajo el Título III denominado Medios de Control, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé:

“Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

Ahora, con el propósito de suspender los efectos del acto administrativo, la misma normativa establece:

“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

⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. 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 Ponente 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.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista 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.*
- 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.*

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

(...)

Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.”

Y sobre el punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en decisión proferida el 5 de marzo de 2014⁶, que resolviera la impugnación propuesta por Gustavo Petro Urrego, expuso lo siguiente:

“Se observa de la transcripción que el actor en la primera petición hace uso de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediato y definitivo, y en subsidio pretende que se resuelva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interpone y decide la correspondiente acción contenciosa administrativa.

El planteamiento del actor en esas condiciones, lleva a la Sala a la necesidad de examinar dos aspectos: 1) eficacia del otro medio de defensa judicial y 2) procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Este razonamiento lo impone el mismo actor, pues, se insiste, en la petición primera aspira a que “... se deje sin efecto la providencia con sanción disciplinaria”, y en el punto segundo pide que en subsidio se conceda como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

⁶ Radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01 Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Eficacia del otro medio de defensa

El otro medio de defensa judicial al que alude el actor cuando señala en el escrito que contiene la acción de tutela que "... mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa ...", es, o bien, el contencioso de nulidad, en los términos del inciso cuarto numeral 1º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 ibidem.

En ambos casos el actor está habilitado para acudir en demanda ante esta jurisdicción y hacer valer los derechos que sostiene quebrantados.

El Decreto 2591 de 1992 (sic), al enunciar las causales de improcedencia de la acción de tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6º, numeral 1º).

Atendiendo el mandato legal antes citado, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos.

(...) En la Exposición de Motivos al proyecto del ley que se convirtió en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Proyecto de ley No. 315 de 2010 -Cámara- y 198 de 2009 -Senado-, publicado con la exposición de motivos en la Gaceta 1173 de 2009) se estableció entre sus finalidades fortalecer los poderes del juez contencioso, lo que se reflejó, entre otros aspectos, en las medidas cautelares rediseñadas para una nueva justicia. En este orden se declaró categóricamente que su finalidad era garantizar la "tutela judicial efectiva" de los derechos fundamentales, razón por la que, incluso, podrían decretarse de oficio: **Las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.**

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.

Es esta oportunidad no se hizo referencia expresa a la medida de "suspensión provisional" de los actos administrativos, no obstante es claro que la incluía.

(...)

Las **medidas cautelares** contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. **Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.**

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.

La ponencia no estableció ninguna otra razón, diferente de lo señalado en la Exposición de Motivos. Se destaca sí, que se creó una relación entre las medidas cautelares y la noción de una tutela judicial efectiva, buscó redimensionar y rediseñar los poderes del juez de la acción contenciosa para que con ellos dé respuesta efectiva a la problemática de la protección oportuna de los derechos.

(...) En consecuencia, **se presentó un pliego de modificaciones que se refirió a las medidas cautelares –dentro de las que se encuentra la suspensión provisional-** que entre, otras cosas, precisó:

“En el artículo doscientos treinta (230) sobre medidas cautelares, se amplía el universo de las mismas a todos los procesos que se adelantan en la jurisdicción contencioso administrativa sin cambiar la esencia de lo aprobado en primer debate se reformula el contenido y el trámite del recurso de apelación en los artículos doscientos cuarenta y cuatro (244), doscientos cuarenta y cinco (245) y doscientos cuarenta y seis (246).

(...) Capítulo XI, Medidas cautelares Artículo 233 (Ahora artículo 231) Requisitos para decretar las medidas cautelares. Se suprime el párrafo que se le introdujo a este artículo durante el trámite legislativo hasta ahora surtido a cuyo tenor ‘También procederá la suspensión provisional en prevención contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto administrativo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso; contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente. Cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.’

Además de que se observa que temáticamente el párrafo no se encuentra debidamente ubicado en el texto del proyecto y que carece de claridad, se considera inconveniente introducir la suspensión provisional en prevención en términos similares al antiguo artículo 153 del Decreto 01 de 1984, abolido primero en virtud de una sentencia de inexequibilidad parcial declarada mediante Sentencia número 48 del 10 de agosto de 1989, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, proferida dentro del Expediente 1922 y, posteriormente, derogada expresamente por el artículo 68 del Decreto Extraordinario 2304 del 7 de octubre de 1989.

(...)

Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de “perjuicio irremediable”, también contemplado para la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos se debe poner de relieve que el legislador dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden.

Desde este punto de vista, la decisión de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual impuso la sanción disciplinaria al actor, no solo es susceptible de control a través del proceso de nulidad en los términos del numeral 1º del inciso cuarto del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o de nulidad y restablecimiento del derecho según las reglas del artículo 138 ibídem, e igualmente puede impetrar la medida cautelar, si llegara a cumplir con los presupuestos de ley.

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un “perjuicio irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

En el informe de ponencia para segundo debate –Cámara-, en la Gaceta No. 951 del 23 de noviembre de 2010, se explicó mejor la filosofía que se viene comentando, lo que confirma la lectura que proponemos, es decir, que con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa.

El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales.

(...)

Por lo expuesto, los argumentos del actor en el sentido de que el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni aun con la posibilidad de ejercer la medida de suspensión provisional es suficiente

para proteger los derechos fundamentales vulnerados, entre otras razones, porque se debe agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial ante la misma entidad que profirió el acto, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado en única instancia, no es usual que se decrete la medida de suspensión provisional, a lo que se agrega la congestión existente en la rama judicial.

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos.”

Ahora bien, en sentencia SU 355 de 2015 la Ho. Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“(…) 5.3.6. La aplicación de las reglas que según la sentencia SU-712 de 2013 definen la procedencia de la acción de tutela cuando se cuestionan actos administrativos sancionatorios, exige considerar los cambios normativos que introdujo la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares. Tales modificaciones inciden directamente en la forma en que deben ser apreciados casos como el que ahora examina la Corte si se considera que según la última de las reglas que establece la citada sentencia “para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.” Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello. En efecto, al amparo de las normas sobre suspensión provisional, el juez administrativo puede ocuparse de evaluar antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones

constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Si bien la suspensión provisional de los efectos de un acto de la administración no supone su invalidez, sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado. Además, de conformidad con la regulación vigente, la solicitud de suspensión provisional puede, en eventos de urgencia valorados por el juez administrativo, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.”

5.2. CASO CONCRETO

Corresponde determinar si a partir del proceder que acusa el accionante en su escrito de tutela, la entidad ha vulnerado los derechos fundamentales que invoca.

En primer término, de los documentos aportados, se advierten las siguientes actuaciones:

- (i) Fallo de Primera Instancia de la Procuraduría Regional del Caquetá de fecha 18 de junio de 2021, en el cual fue declarado disciplinariamente responsable el señor Jhoiner Arley Mejía Díaz, sanción en la que se impuso la Destitución del cargo y una Inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de (10) años y dos (2) meses.
- (ii) Decisión de Segunda Instancia de la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1 de fecha 10 de junio de 2022, en la que se resolvió la alzada interpuesta por el accionante y se resolvió por parte de la accionada, revocar el Fallo de Primera Instancia, absolvió al tutelante del primer cargo, sancionándolo por el segundo cargo imputado e impuso sanción de Inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de (8) años.
- (iii) Auto de ejecutoria de fecha 28 de junio de 2022;
- (iv) Certificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en que se aprecia que el tutelante se encuentra inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.
- (v) Formulario de Declaración de Renta del señor Jhoiner Arley Mejía Díaz.
- (vi) Registro Civil de Nacimiento de la menor de edad de iniciales H.S.M.Q

Ahora, como se señalara atrás, existen mecanismos que, previstos para conjurar la vulneración alegada por el accionante, los cuales se encuentran regulados en el artículo 238 D de la Ley 1952 de 2019 y las medidas cautelares descritas en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, en cualquier estado del mismo.

Es así como el señor JHOINER ARLEY MEJÍA DÍAZ pretende anular el trámite que acusa, omitiendo que tal como señalara la jurisprudencia Constitucional y el Consejo de Estado en la decisión en cita, **la misma debe ser censurada a**

partir de los mecanismos previstos a tal propósito, a partir del recurso extraordinario de revisión o en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que cabe el decreto de las medidas cautelares que tienen la virtualidad de suspender los efectos del acto administrativo presumiblemente vulneratorio.

De suerte que no resulta plausible aducir que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa sea ineficaz, como quiera que el procedimiento al interior de la misma prevé instrumentos de aplicación inmediata, que incluso denomina urgentes y que se abren paso, de verificarse violación de las disposiciones invocadas respecto del acto demandado.

Ahora, habida cuenta de que la causal de improcedencia relacionada con el agotamiento de los medios de defensa judicial, cede ante la existencia de un perjuicio irremediable, se impone decir que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la "*irremediabilidad*" determina que no se trata de cualquier menoscabo y conforme al Decreto 2591 de 1991, "*se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización*". En sentencia T-009 de 2008⁷, la Corte señaló:

"El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el "efecto de perjudicar o perjudicarse", y perjudicar significa -según el mismo Diccionario- "ocasionar daño o menoscabo material o moral". **Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.**

"La diferencia específica la encontramos en la voz "irremediable". La primera noción que nos da el Diccionario es "que no se puede remediar y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

⁷ Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación Táctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

"A). El perjuicio ha de ser inminente: *"que amenaza o está por suceder prontamente"*. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

"B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

"C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella

que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

"De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio". (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Bajo tal perspectiva, a más de que está dilucidado que el *recurso extraordinario de revisión* que tiene el carácter de suspender los efectos de la decisión recurrida y en el proceso de *nulidad y restablecimiento del derecho*, el decreto de las *medidas cautelares*, resultan un mecanismo eficaz para la protección de los derechos cuya protección se invoca, a efectos de determinar si nos encontramos ante un perjuicio irremediable, debe decirse que el proceder de la accionada no se encuadra en lo que ha denominado la Corte “injustificado y carente de legitimidad”, pues a fin de dar cumplimiento a los fines constitucionales y legales del Estado, es aquella quien tiene a cargo velar por el control y vigilancia de la función pública de los empleados a su servicio. De suerte que ante la irregularidad denunciada en torno Jefe de la Oficina de Recurso Humanos y Bienestar Social del Departamento del Caquetá desempeñara el accionante, su deber era acometer la investigación y tomar las decisiones que a la postre, resultaran para él desfavorables, presupuesto que en forma alguna determina la prosperidad de la acción constitucional, pues como se viera, cede ante el requisito de la residualidad.

De manera que adicional a que el perjuicio puede conjurarse con el medio de defensa judicial ideado para ello, en tanto resulta eficaz, el actuar de la accionada es legítimo, lo que impide calificarlo como irremediable en este caso y de contera, conceder el amparo solicitado.

Por lo expuesto, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE FLORENCIA, CAQUETA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por el señor JHOINER ARLEY MEJÍA DÍAZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.715.262 en contra de la PROCURADURÍA REGIONAL DEL CAQUETÁ y LA PROCUDURIA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO 1 DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada (Art. 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ANDRÉS FELIPE POLANÍA LUGO
Juez