SENTENCIA SU-448/11

(26 de mayo)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDIDIALES-Causales genéricas de procedibilidad

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela.

LEGITIMACION EN LA CAUSA DE PERSONAS JURIDICAS-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha reiterado que el término “persona” contenido en el artículo 86 de la constitución Política, comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, en tanto en dicha norma no se establece ninguna distinción entre ellas. Sobre el particular la Corte Constitucional, sostuvo lo siguiente: “Como lo ha anotado ya la Corte Constitucional a propósito de la tutela, las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: “a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas. “b) Directamente: cuando las personas jurídicas son Titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas”. Las personas jurídicas pueden considerarse titulares directas

de derechos fundamentales, como los de libre asociación, debido proceso, buen nombre, igualdad, los cuales pueden ser desconocidos o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o los particulares en los casos expresamente señalados por la ley (decreto 2591 de 1991, art. 42). De esta manera se entienden legitimadas para solicitar el amparo constitucional como mecanismo de protección de esos derechos. En consecuencia la Procuraduría General de la Nación está legitimada para interponer la acción de tutela de la referencia.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Reiteración de jurisprudencia/PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Presupuestos que se deben cumplir

La inmediatez en la protección de los derechos fundamentales que se invocan como violados ha sido abordada por la Corte en forma reiterada a partir de la Sentencia SU-961 de 1999, en la que se precisó que en cada caso concreto es el juez quien debe establecer la razonabilidad del término transcurrido entre el hecho vulnerante y la fecha en que se solicita el amparo, "impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción". Al evolucionar el concepto de inmediatez, la Corte estableció algunos aspectos que deberían tomarse en cuenta al establecer la oportunidad en la presentación de una solicitud de amparo entre ellos: "1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados" La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en razón de la protección de la seguridad jurídica generada por el carácter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces. Por ello, aún admitiéndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad establecidas para estos casos, la protección de la seguridad jurídica y los derechos de terceros demanda la solicitud inmediata del amparo que, de no presentarse, desvirtúa la necesidad de la protección inmediata al igual que la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales específicas de procedibilidad

En Sentencia C-590 de 2005, esta Corporación precisó las causales especiales de procedibilidad de la acción de amparo contra sentencias, especificando que cualquiera de ellas que se invoque debe estar plenamente probada. Tales causales son: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h. Violación directa de la Constitución”.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo

En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales. Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de

interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto. Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuación no está justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales; (viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial. o (ix) “cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución”.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Aspectos constitucionales en materia de discrecionalidad

EMPLEOS DE CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Diferenciación

Respecto de la diferenciación entre cargos de carrera y cargos de libre nombramiento y remoción, se ha señalado que: “Si los empleados de carrera gozan de una prerrogativa especial cual es la estabilidad en el empleo, garantía que no tienen los empleados de libre nombramiento y remoción pues, como ya se anotó, su permanencia en el cargo depende de la discrecionalidad del empleador, es razonable que, al suprimir los cargos de ambos, se les de un tratamiento diferente, pagando una indemnización a los de carrera, para compensar de esta forma la pérdida de la estabilidad por causas ajenas a sus condiciones personales de idoneidad, capacidad y eficiencia profesional en el cumplimiento de sus funciones. “En los empleos de libre nombramiento y remoción, dado que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad, sería ilógico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones para su desvinculación. De ahí que la Corte haya dicho al referirse al plan de retiro compensado de

estos funcionarios que “dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remoción, significa, reconocer y pagar una compensación sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vínculo con la administración, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores públicos.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Discrecionalidad con que cuenta el nominador no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho/DISCRECIONALIDAD RELATIVA EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Relación con circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia

La discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión; así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan. La misma jurisprudencia constitucional “(…) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador”. Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Su existencia en el ordenamiento jurídico no puede ser la regla sino la excepción

La Constitución ha señalado la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurídico existan

cargos de libre nombramiento y remoción, que no pueden ser la regla sino la excepción. Quien determina que cargos son de libre nombramiento y remoción es (i) el legislador quien toma dicha decisión a través de la ley. No obstante la excepción no puede convertirse en regla general. En la creación del cargo debe existir (ii) una razón suficiente que justifique el legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa; dichos cargos además deben exigir una confianza plena y absoluta o implicar una decisión política. En otras palabras, las funciones del cargo deben desarrollar un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. (iii) En estas ocasiones el desempeño del cargo debe "responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación".

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Criterios auxiliares para su denominación

La jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios auxiliares para la denominación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, estos criterios son: (i). la naturaleza de las funciones que corresponden a cada cargo y (ii). El grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades. El primer criterio implica que el cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a cargos de "funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional". Respecto del segundo criterio se entiende que dichos cargos deben "implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple". Pues bien, esta Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en un cargo de libre nombramiento y remoción y su estabilidad laboral sea precaria, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la Constitución- en el evento que haga parte de un grupo de protección especial. Así las cosas, son excepciones a la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario que reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas prepensionadas o se esté en presencia de una mujer embarazada.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Facultad de nombrar y remover de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia/PRODURADOR DELEGADO-Actúa en

nombre del Procurador General de la Nación, lo representa y sobre él recae la confianza intuito personae de parte de éste/PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Funciones delegables

ACCION DE TUTELA CONTRA CONSEJO DE ESTADO-Configuración de defectos sustantivos en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

Esta Corte constata que la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 3 de mayo de 2007, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Solano Bárcenas, incurrió en defectos sustantivos por cuanto (i) tomó como fundamento una norma que no era pertinente al caso, (ii) dejó de aplicar las normas que eran pertinentes para la decisión, y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar, defectos estos que trajeron como consecuencia la violación del derecho fundamental al debido proceso de la Procuraduría General de la Nación.

Referencia: Expediente T-2.176.281

Accionante: Edgardo Maya Villazón, Procurador General de la Nación.

Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 3 de mayo de 2007 dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas.

Fallos objeto de revisión: Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008 (Segunda instancia)? que modificó la Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 29 de mayo de 2008? (Primera instancia), declarando improcedente la acción de tutela.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensión1

1.1. Derecho fundamental invocado: derecho al debido proceso.

1.2. Vulneración alegada: vía de hecho en la sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008 -segunda instancia- por:

(i) Defecto fáctico por la inconducencia, impertinencia e ineficacia de las pruebas y por error de valoración de las mismas;

(ii) Defecto sustantivo derivado del desconocimiento de: (a) los artículos 278, numeral 6° de la Carta Política, 136 de la Ley 201 de 19952 y 36 del Código Contencioso Administrativo3: discrecionalidad del nominador en los cargos de libre nombramiento y remoción; (b) los artículos 90 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998: desproporcionalidad en el monto de la condena; (c) el artículo 128 de la Constitución Política: prohibición de doble asignación del tesoro.

(iii) Defecto por ignorar el precedente constitucional.

(iv) Defecto orgánico por incompetencia de quien adoptó la decisión en segunda instancia.

1.3. Hechos

La Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, supuestamente violó el derecho fundamental de la Procuraduría General de la Nación al debido proceso, como consecuencia de haber confirmado la decisión del 11 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés -en descongestión del de Cundinamarca-, que anuló el acto administrativo que declaró insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción. Y, además, de haber ordenado el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante el lapso que estuvo desvinculado de la entidad, y no ordenar descontar de esa suma lo recibido mientras laboró en otras entidades públicas durante el mismo período.

1.4. Pretensión

1.4.1. Se deje sin efectos la sentencia del 3 de mayo de 2007, proferida por la Sección

Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmó la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés y, en consecuencia, se ordene a la citada Corporación proferir una nueva decisión que respete el debido proceso afectado por los defectos puestos de presente en esta acción de tutela.

1.4.2. En defecto de lo anterior solicita que se adopte una de las siguientes decisiones: (i) se ordene el descuento de las sumas devengadas por el señor ORLANDO DE JESÚS SOLANO BARCENAS, con cargo al erario público y durante el tiempo en que estuvo desvinculado de la Procuraduría General de la Nación; (ii) se reduzca el monto de la indemnización al tiempo en que, por aplicación de la máxima de la experiencia, podía estar vinculado el señor ORLANDO DE JESÚS SOLANO BARCENAS a la Procuraduría General de la Nación en el cargo de Procurador Delegado; (iii) se deje sin efecto la decisión de reintegro en consideración al tiempo en que el demandado podía estar vinculado a la institución en el cargo de Procurador Delegado y a la aplicación del factor confianza que determina el ejercicio de dicho cargo.

1.5. Fundamento de la pretensión

1.5.1. Defecto sustantivo:

(i) Desconocimiento de los artículos 278 numeral 6° de la Carta Política4, 136 de la Ley 201 de 19955, y 36 del Código Contencioso Administrativo6, dado que para el caso se tiene que:

– Se trata de una decisión de carácter discrecional7, que no requiere motivación.

– Las normas que la autorizaban (numeral 6° del artículo 178 de la Carta Política y artículo 136 de la Ley 201 de 1995) tienen como fin el respeto al principio de la confianza, por lo cual es una decisión proporcional a los hechos que le sirven de causa, que no son otros que los que inspiran y mantienen ese principio.

(ii) Se ignoran los artículos 90 de la Constitución Política inciso primero8 y 16 de la Ley 446 de 19989, por desproporcionalidad en el monto de la condena, dado que no se consideraron los criterios establecidos por el Consejo de Estado en relación con la responsabilidad extrapatrimonial del Estado, tales como: la vida probable de la víctima; la vida probable de los beneficiarios, el monto del ingreso y la destinación a la propia subsistencia, entre otros. También se viola el principio de proporcionalidad, porque no se tuvo en cuenta que el tiempo

máximo promedio de ejercicio de funciones de un Procurador Delegado es de cuatro (4) años, dado que por ser funcionarios de libre nombramiento y remoción el tiempo de duración en el cargo es normalmente el que corresponde al período del Procurador General de la Nación.

(iii) Desconocimiento de la norma constitucional aplicable al caso.

Vulneración del artículo 128 de la Constitución Política, que consagra la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del erario, o de empresas o instituciones donde el Estado tenga parte mayoritaria, por lo cual si se ordena el reintegro de un funcionario se debe descontar lo que hubiera recibido por su trabajo en otras entidades del Estado durante el tiempo que estuvo desvinculado10, cosa que no ocurrió en el caso donde se condenó a la entidad a que se le cancelaran los salarios por todo ese tiempo, sin que se ordenara ningún tipo de descuento por el período en que se desempeñó en otro cargo en el sector público11.

1.5.2. Defecto fáctico por la inconducencia, impertinencia e ineficacia de las pruebas y por error en la valoración de las mismas.

(i) La decisión objeto de la tutela se apoya en un acervo probatorio conformado por pruebas inconducentes, impertinentes e ineficaces12, pues están encaminadas a demostrar una desviación de poder y una desmejora en la prestación del servicio público, cuando la normatividad constitucional y legal13 al igual que la jurisprudencia han señalado que esas situaciones son totalmente ajenas al ejercicio de la potestad discrecional del nominador, que sólo se apoya en el valor confianza, fundamental para integrar el grupo directivo de instituciones como la Procuraduría General de la Nación.

(ii) El juez incurrió en vía de hecho, dándole una interpretación errónea al sustento probatorio14, ya que con base en el determinó que el acto fue expedido con una desviación de poder, cuando de las pruebas obrantes en el expediente se desprende claramente que la decisión obedeció a motivos de confianza15.

1.5.3. Defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

Se ignoran los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional16, sobre el ejercicio de la facultad discrecional en lo tocante a la designación y retiro de los funcionarios de libre

nombramiento y remoción, donde ha sostenido que en la vinculación o desvinculación de los servidores del nivel directivo, prevalece el elemento confianza, e implica el ejercicio de la facultad discrecional, que no exige ningún tipo de motivación o procedimiento.

1.5.4. Defecto orgánico.

Porque la decisión objeto de tutela fue estudiada y aprobada por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuando, conforme al artículo 14 del Reglamento Interno, debió ser estudiada y aprobada en sesión conjunta de las subsecciones, "en consideración a que con la sentencia que se tutela se modificó -sin advertirlo expresamente- la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sección17 sobre el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción para los empleados públicos de confianza".

2. Respuesta del accionado18.

En escrito del 21 de mayo de 2008, la doctora María Inés Ortiz Barbosa, en calidad de Presidente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, indicó que conforme a lo dispuesto por el Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen las reglas de competencia, la Sala de instancia no es competente para conocer de la presente solicitud de tutela.

Manifestó además que el criterio mayoritario de esa Sección para rechazar las acciones de tutela incoadas contra providencias judiciales, se basa en la sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1992.

3. Decisión de tutela objeto de revisión (Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008. Segunda instancia)

3.1. Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 29 de mayo de 200819. (Primera instancia)

3.1.1. Decisión: Se negó la tutela incoada por la Procuraduría General de la Nación.

3.1.2. Fundamento de la decisión: (i) se valoró la norma constitucional contentiva de la facultad discrecional, de manera que la interpretación acogida por dicha corporación judicial no es caprichosa, arbitraria o ajena al ordenamiento jurídico; (2) la accionada tampoco actuó por fuera del ordenamiento legal al valorar el acervo probatorio y (iii) en el recurso de

apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia la accionante en tutela no se manifestó respecto del descuento de las sumas devengadas por el demandante en otro cargo público.

La Procuraduría General de la Nación impugnó el fallo de primera instancia exponiendo para ello argumentos semejantes a los sostenidos en la demanda.

El señor Solano Bárcenas intervino a su vez para oponerse a la impugnación presentada por la accionante21.

3.3. Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008. (Segunda instancia)22

3.3.1. Decisión: Se modificó en su integridad el fallo de primera instancia que negó la acción de amparo, para en su lugar, declararla improcedente,

3.3.2. Fundamento de la decisión: El incumplimiento del presupuesto de inmediatez, en tanto desde la fecha de la sentencia emitida por el Consejo de Estado -3 de mayo de 2007-, a la presentación de la tutela inicialmente ante la misma Corporación accionada, siendo rechazada inmediatamente por ésta con proveído del 16 de noviembre de 2007, e instaurada nuevamente en el Seccional de Instancia el 19 de diciembre siguiente, transcurrió un término superior a seis (6) meses.

4. Actuación en sede de Revisión:

4.1. Solicitud de Pruebas

Mediante auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve (2009), se solicitó el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el caso del señor ORLANDO DE JESÚS SOLANO BARCENAS contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, que fue allegado en copia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

4.2. Intervención del Procurador General de la Nación23

El Procurador General de la Nación tras hacer un recuento de los hechos que dieron lugar a esta demanda, manifestó que:

– La característica más importante referida a los cargos directivos de libre nombramiento y remoción, es, justamente, la discrecionalidad que le asiste a los nominadores dado que la base de la relación entre éste y el empleado es la “confianza” y no el concepto del denominado “buen servicio” que fue acuñado por la aludida subsección del Consejo de Estado en su sentencia, a propósito de este caso, con el agravante de que la definición legal de éste último ya había sido declarada inexequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-501 de 2005.

– Al desconocer la discrecionalidad del nominador de funcionarios de libre nombramiento y remoción, esta categoría de servidores está llamada a desaparecer, generándose una forma de vinculación con estabilidad laboral casi absoluta.

-En las desvinculaciones de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, el acto administrativo es esencialmente no motivado.

– Las pruebas testimoniales recibidas en el trámite contencioso se basaron solamente en meras y simples conjeturas o rumores relacionados con el supuesto motivo que tuvo el nominador para dar por terminado el vínculo administrativo-laboral.

– Se cambia el sentido que del término discrecionalidad, se tiene constitucional, legal y jurisprudencialmente, atándolo a la manifestación indeterminada, del “mejoramiento del servicio”.

4.3. Intervención del ciudadano José León Jaramillo Jaramillo24

En su calidad de autor del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del doctor Orlando de Jesús Solano Bárcenas, tiene un interés en el resultado del proceso que hacía necesario que se le hubiese citado al proceso Contencioso Administrativo, cosa que no ocurrió ni por parte de las autoridades judiciales ni por la Procuraduría que tampoco pidió su testimonio, o su vinculación al proceso como parte, por lo cual considera vulnerados tanto su derecho a la defensa como el del mismo Estado25.

En las providencias dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el doctor Solano Bárcenas, se presentan: (i) un defecto sustantivo, en tanto los fallos cuestionados ordenan el pago de salarios y prestaciones sin descontar los que se

hubiesen recibido de otra entidad del Estado; (ii) un defecto fáctico, por acción valorativa contra evidente, en tanto todos los testimonios, fueron de oídas y giraron alrededor de chismes.

4.4. Intervenciones del ciudadano Orlando de Jesús Solano Bárcenas

En sus diferentes intervenciones reitera el carácter arbitrario de la decisión de declararlo insubsistente y la legalidad de los fallos proferidos en su favor, al tiempo que solicita denegar la acción de tutela incoada por la Procuraduría General de la Nación, pues al respecto existe cosa juzgada constitucional por haber sido denegado el amparo en la acción presentada por José León Jaramillo Jaramillo, dado que, a juicio del interviniente, se trata de "las mismas partes, los mismos hechos, los mismos conceptos de violación y argumentos de derecho, al igual que las mismas peticiones".

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9, desarrollados en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 33 a 36-, y en virtud de Auto del 26 de febrero de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Dos de la Corte Constitucional.

la Corte debe establecer si en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho seguido por el señor Solano Bárcenas – funcionario de libre nombramiento y remoción- contra el acto administrativo emitido por la Procuraduría General de la Nación que lo declaró insubsistente, se estructuran las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, en concreto por la configuración de los defectos sustantivo, fáctico, orgánico, y desconocimiento del precedente, atentatorios contra el derecho consagrado en el artículo 29 Superior.

Por tanto corresponde a la Corporación determinar si la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado violó el derecho fundamental de la Procuraduría General de la Nación al debido proceso, como consecuencia de haber confirmado la decisión del 11 de marzo de

2004, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés en descongestión del de Cundinamarca, que anuló el acto administrativo que declaró insubsistente al señor Solano Bárcenas- funcionario de libre nombramiento y remoción- ordenado el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar.

3. Causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales

3.1. Causales genéricas

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración26; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos27; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela28.

3.2. Legitimación en la causa de las personas jurídicas

3.2.1. Esta Corporación ha reiterado que el término “persona” contenido en el artículo 86 de la constitución Política, comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, en tanto en dicha norma no se establece ninguna distinción entre ellas. Sobre el particular la Corte Constitucional, sostuvo lo siguiente:

“Como lo ha anotado ya la Corte Constitucional a propósito de la tutela, las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

“a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

“b) Directamente: cuando las personas jurídicas son Titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas”29.

3.2.2. Las personas jurídicas pueden considerarse titulares directas de derechos fundamentales, como los de libre asociación, debido proceso, buen nombre, igualdad, los cuales pueden ser desconocidos o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o los particulares en los casos expresamente señalados por la ley (decreto 2591 de 1991, art. 42). De esta manera se entienden legitimadas para solicitar el amparo constitucional como mecanismo de protección de esos derechos. En consecuencia la Procuraduría General de la Nación está legitimada para interponer la acción de tutela de la referencia.

3.3. Inmediatez

3.3.1. La inmediatez en la protección de los derechos fundamentales que se invocan como violados ha sido abordada por la Corte en forma reiterada a partir de la Sentencia SU-961 de 199930, en la que se precisó que en cada caso concreto es el juez quien debe establecer la razonabilidad del término transcurrido entre el hecho vulnerante y la fecha en que se solicita el amparo, “impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción”31.

3.3.2. Al evolucionar el concepto de inmediatez, la Corte estableció algunos aspectos que deberían tomarse en cuenta al establecer la oportunidad en la presentación de una solicitud de amparo entre ellos: “1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados”32

3.3.3. La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en razón de la procción de la seguridad jurídica generada por el carácter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces. Por ello, aún admitiéndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales

cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad establecidas para estos casos, la protección de la seguridad jurídica y los derechos de terceros demanda la solicitud inmediata del amparo que, de no presentarse, desvirtúa la necesidad de la protección inmediata al igual que la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado33.

3.3.4. En el caso se encuentra que la acción fue interpuesta en forma oportuna porque entre la fecha en que se decidió que no procedía la aclaración del fallo (30 de agosto de 2007) y la fecha en que se interpuso la tutela (inicialmente la tutela se presentó ante el Consejo de Estado del 16 de noviembre y fue rechazada por éste mediante providencia de la misma fecha para ser presentada nuevamente el 19 de diciembre de 2007, habían transcurrido 2 meses y medio en el primer caso y 3 meses y medio en la segunda oportunidad.

3.4. Otros mecanismos de defensa

Al responder la demanda, interponer el recurso de apelación y en los alegatos de instancia, la Procuraduría General de la Nación puso el énfasis en que el cargo que ocupaba el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas es de libre nombramiento y remoción, fundado exclusivamente en la confianza. Igualmente reiteró que la designación o retiro de un procurador delegado obedece a la potestad discrecional del nominador.

En relación con el tema de los descuentos de lo recibido de otras entidades del Estado entre el retiro y el reintegro, dado que en sentencia de primera instancia éstos no se mencionaron, el demandante tuvo oportunidad de alegar en la apelación la necesidad de incluirlos y no lo hizo. Solo después de emitido el fallo de segunda instancia dentro del proceso contencioso administrativo la Procuraduría solicitó la aclaración34, que le fue negada; en tanto, al resolver la apelación, la decisión del a quo fue confirmada en su integridad, de manera que la parte resolutiva no fue modificada. Además, señaló el ad quem que lo que permite una aclaración son los conceptos que ofrezcan motivo de duda y no la inconformidad con la sentencia35. Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación participó durante el trámite judicial contencioso que culminó con fallo favorable al demandante, agotándose los mecanismos ordinarios.

3.5. Otras causales

2.1.4 Por lo demás, el actor (i) identifica la autoridad y el hecho que afecta sus derechos y (ii) no se trata de una acción contra un fallo de tutela.

4. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

En Sentencia C-590 de 200536, esta Corporación precisó las causales especiales de procedibilidad de la acción de amparo contra sentencias, especificando que cualquiera de ellas que se invoque debe estar plenamente probada. Tales causales son:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales37 o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido38, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como

mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado39.

h. Violación directa de la Constitución".40

Para resolver el caso la Corte analizará, en primer lugar, cada una de las vías de hecho alegadas – defecto sustantivo, fáctico, orgánico, el desconocimiento del precedente constitucional41y la violación directa de la Constitución- circunscribiéndolas al caso concreto. En el evento en que fruto del análisis prospere alguna de las causales alegadas, estima esta Corte que no es indispensable referirse a las restantes.

5. Defecto sustantivo en la jurisprudencia constitucional

Se examinará, específicamente, la jurisprudencia constitucional sobre el defecto sustantivo, para posteriormente evaluar los fundamentos esbozados en la demanda de tutela.

5.1. En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales42. Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente43, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada44, c) es inexistente45 d) ha sido declarada contraria a la Constitución46, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, "no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador"47; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable48 o "la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes"49 o cuando en una decisión judicial "se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial"50; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes51, (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva52 o contraria a la Constitución53; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza "para un fin no previsto en la disposición"54; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación

no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso55; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto56.

5.2. Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuación no está justificada en forma suficiente57 de manera que se vulneran derechos fundamentales58; (viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial59. o (ix) "cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución60".

6. Defecto sustantivo alegado: violación de los artículos 278 numeral 6° de la Carta Política61, 136 de la Ley 201 de 199562 y 36 del Código Contencioso Administrativo

Para analizar este aspecto del defecto sustantivo alegado, se revisarán en primer lugar, los (i) aspectos constitucionales y legales relacionados con la discrecionalidad en materia de cargos de libre nombramiento y remoción, en segundo lugar, (ii) se esbozarán los argumentos del demandante y de las sentencias de la jurisdicción contenciosa administrativa, para finalmente (iii) analizar el caso concreto.

6.1. Discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remoción

6.1.1. Aspectos Constitucionales

6.1.1.1. La Constitución de 1991 estableció como regla general para el acceso a los cargos públicos el sistema de carrera. No obstante, la Carta señaló que se exceptúan de dicho sistema los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.63

6.1.1.2. Así entonces, el principio que cobija las relaciones laborales del sistema de carrera es el de estabilidad laboral y, por lo tanto, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona requieren de motivación. No obstante, y consecuentes con lo mencionado, "la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a

la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”64 En consecuencia, aquellas personas que ocupan cargos de carrera tienen una estabilidad mayor que aquellos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción cuya estabilidad es más “débil” por cuanto pueden ser separados del cargo por la voluntad discrecional del nominador.65

6.1.1.3. Por consiguiente, teniendo como base la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección66, entre otros67, los cargos de libre nombramiento y remoción no requieren para que el funcionario allí nombrado sea desvinculado de motivación alguna68. Al respecto ha señalado esta Corporación:

“(…)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta”69.

6.1.1.4. Respecto de la diferenciación entre cargos de carrera y cargos de libre nombramiento y remoción, se ha señalado que

“Si los empleados de carrera gozan de una prerrogativa especial cual es la estabilidad en el empleo, garantía que no tienen los empleados de libre nombramiento y remoción pues, como ya se anotó, su permanencia en el cargo depende de la discrecionalidad del empleador, es razonable que, al suprimir los cargos de ambos, se les de un tratamiento diferente, pagando

una indemnización a los de carrera, para compensar de esta forma la pérdida de la estabilidad por causas ajenas a sus condiciones personales de idoneidad, capacidad y eficiencia profesional en el cumplimiento de sus funciones.

“En los empleos de libre nombramiento y remoción, dado que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad, sería ilógico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones para su desvinculación. De ahí que la Corte haya dicho al referirse al plan de retiro compensado de estos funcionarios que “dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remoción, significa, reconocer y pagar una compensación sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vínculo con la administración, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores públicos.” 70”71

6.1.1.5. Ahora bien, la discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión;72 así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan73. La misma jurisprudencia constitucional “(…) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador”74. Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución.75

6.1.1.6. Por ende la propia Constitución ha señalado la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurídico existan cargos de libre nombramiento y remoción, que no pueden ser

la regla sino la excepción. Quien determina que cargos son de libre nombramiento y remoción es (i) el legislador quien toma dicha decisión a través de la ley. No obstante la excepción no puede convertirse en regla general. En la creación del cargo debe existir (ii) una razón suficiente que justifique el legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa; dichos cargos además deben exigir una confianza plena y absoluta o implicar una decisión política. En otras palabras, las funciones del cargo deben desarrollar un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades76. (iii) En estas ocasiones el desempeño del cargo debe "responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación"77

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios auxiliares para la denominación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, estos criterios son: (i). la naturaleza de las funciones que corresponden a cada cargo y (ii). el grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades.78 El primer criterio implica que el cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a cargos de "funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional". Respecto del segundo criterio se entiende que dichos cargos deben "implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple"

6.1.1.7. Pues bien, esta Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en un cargo de libre nombramiento y remoción y su estabilidad laboral sea precaria, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la Constitución- en el evento que haga parte de un grupo de protección especial.79 Así las cosas, son excepciones a la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario que reúna los requisitos para pertenecer al retén social,80 como padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas prepensionadas81o se esté en presencia de una mujer embarazada.82

6.1.2. Aspectos legales. La Procuraduría General de la Nación

6.1.2.1. La Procuraduría General de la Nación es un órgano de control de origen constitucional83. La misma Carta señala que el Procurador General de la Nación, por sí o por intermedio de sus delegados o agentes, ejercerá una serie de funciones establecidas por la Constitución.84 Sin embargo, existen una funciones específicas que deben ser cumplidas directamente por el Procurador General85, entre las que se encuentra la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

6.1.2.2. Pues bien, la ley 27 de 199286 que desarrollaba el artículo 125 de la Constitución, señaló en su artículo 4° aquellos empleos que serían de carrera y aquellos que serían de libre nombramiento y remoción. De igual manera el parágrafo de dicho artículo indicaba que los Procuradores Delegados ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, tendrían el mismo período de los funcionarios ante los cuales actuaran. Dichos contenidos normativos fueron demandados por inconstitucionales, razón por la cual esta Corporación en ejercicio de sus competencias señaló que la suprema dirección del Ministerio Público está en cabeza del Procurador General de la Nación, lo que necesariamente implica que los diferentes órganos y funcionarios que lo conforman se encuentran articulados y subordinados orgánica, funcional y técnicamente a dicha institución y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y señala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones.87

6.1.2.3. Respecto del cargo de Procurador Delegado se indicó que “es un alter ego del Procurador, hace las veces de éste, y lo vincula plena y totalmente. Aquí opera la figura de la representatividad, por cuanto el delegado actúa en nombre del delegante. Es una transferencia de la entidad propia -en nivel jurídico, no real- a otro, con tres notas: plena potestad, autonomía de ejecución y confianza intuito personae”88. Señalando también que la autonomía e independencia con que actúan los delegados del Procurador se predica frente a los funcionarios ante los cuales ejercen sus funciones, más no con respecto al Procurador General de la Nación, del cual son dependientes o subordinados.

6.1.2.4. Posteriormente la ley 201 de 1995 estableció la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación. En esta se señaló a los Procuradores Delegados como integrantes del nivel central89, fungiendo como agentes del Procurador General90, ejerciendo las funciones que les señalara la ley o las que les fueran delegadas por el

Procurador General de la Nación91. El cargo de Procurador Delegado estaba establecido como de libre nombramiento y remoción92.

6.1.2.5. En relación con los cargos de libre nombramiento y remoción en la Procuraduría General de la Nación, esta Corporación afirmó que dicho señalamiento "no vulnera en sí mism[o] la Carta. Ningún obstáculo constitucional impide la provisión de los empleos de la mencionada clase se realicen por nombramiento ordinario, por lo cual los artículos 135, 137 y 180 de la Ley 201 de 1995, en los apartes demandados, serán declarados exequibles, ya que tales normas se limitan a indicar que en el Ministerio Público existen cargos de libre nombramiento y remoción, y que la provisión de los mismos se hará por nombramiento ordinario"93. La anterior ley fue derogada por el Decreto – Ley 262 de 200094 el cual modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación. En este cuerpo normativo se establece que la Procuraduría General de la Nación ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación95. Dentro de las funciones96 del Procurador General se encuentra la de ejercer directamente aquellas señaladas en el art. 278 constitucional, como la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia; distribuir las funciones y competencias atribuidas en la Constitución o la ley a la Procuraduría General de la Nación, entre las distintas dependencias y servidores de la entidad; designar el funcionario que conocerá de los asuntos en los cuales al Viceprocurador General le sea aceptado impedimento o resultare procedente una recusación; expedir, como supremo director del Ministerio Público, las directivas y circulares que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones públicas y para prevenir la comisión de faltas disciplinarias de los servidores públicos, entre muchas otras. Igualmente se señala que las funciones del art. 277 constitucional97 y cualquier otra atribuida por el legislador podrán ejercerlas el Procurador General o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, acorde con el mismo Decreto ley. Se agrega que las funciones y competencias que en ese decreto se atribuyen a las procuradurías delegadas, se ejercerán si el Procurador General de la Nación resuelve asignarlas, distribuirlas o delegarlas en virtud de las facultades previstas en este artículo. No obstante, el Procurador General podrá ejercer dichas funciones, pudiendo asumirlas en cualquier momento o delegarlas en otros funcionarios, dependencias de la entidad o comisiones especiales disciplinarias.

6.1.2.6. La jurisprudencia constitucional posterior ratificó la flexibilidad y precariedad de la

estabilidad laboral de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Específicamente, respecto de la evaluación a dicha clase de funcionarios, se afirmó que permite que la separación eventual del cargo sea más objetiva; sin embargo en el evento de que la evaluación no existiere el Procurador podría optar por hacerla. No obstante lo anterior, se hace claridad precisando que la posibilidad de evaluación a los funcionarios referidos en momento alguno se opone a la facultad de libre nombramiento y remoción que puede ejercer el Procurador cuando lo considere necesario, ni puede entenderse que deben ser obligatoriamente evaluados para ejercer la potestad de remoción98. Lo anterior ratifica el margen del Procurador General de la Nación, como supremo director de la entidad, en el ejercicio de la libertad de nombramiento y remoción de los funcionarios que accedan a dicho tipo de cargos.

6.2. Argumentos de la demanda de tutela y de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

6.2.1. Procuraduría General de la Nación103

6.2.1.1. Se afirma, en cabeza del entonces Procurador General, que la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, violó el debido proceso al desconocer y transgredir los artículos 278 numeral 6° de la Constitución, 136 de la ley 201 de 1995 y 36 del Código Contencioso Administrativo. Se indica que el acto administrativo atacado en nulidad fue proferido por el Procurador General de la Nación (E), con fundamento en los artículos ya mencionados. El primero de ellos indica que el Procurador General de la Nación ejercerá directamente la función de nombrar y remover de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. El segundo señala que los Procuradores Delegados son empleados de libre nombramiento y remoción. Y finalmente, la norma del Código Contencioso Administrativo manifiesta que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

6.2.1.2. Con base en dichas normas, se insiste, el acto administrativo demandando es legal y conforme a las potestades que ostenta el Jefe del Ministerio Público para retirar del servicio a los Procuradores Delegados, sin que se requiera un procedimiento previo ni mucho menos motivación. Se agrega que la discrecional es fundamental en este tipo de actos

administrativos en razón de la especialidad de la relación laboral entre el jefe de la entidad y sus empleados de libre nombramiento y remoción, la cual se caracteriza por el alto grado de confianza y colaboración para el direccionamiento de la respectiva entidad. El demandante expresa que la jurisprudencia contencioso administrativa no sólo ha admitido la legalidad de la solicitud o petición de renuncia a funcionarios de alto nivel, en consideración a su investidura, sino también la legalidad de la desvinculación a través de la declaratoria de insubsistencia, más aún cuando esta figura se encuentra concebida legalmente.

6.2.1.3. Por tal razón, el demandante afirma que la sentencia objeto de tutela desconoce las atribuciones constitucionales y legales del Procurador General de la Nación para ejercer la potestad discrecional en relación con el nombramiento y remoción de los Procuradores Delegados, que se soporta en la confianza. Se adiciona que la sentencia que se ataca confunde la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción fundamentada en razones de confianza, con la facultad discrecional que obedece al mejoramiento del servicio. En consecuencia, el acto administrativo declarado nulo cumplió con los presupuestos señalados en la norma constitucional y en las disposiciones legales ya referidas.

6.2.2. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de marzo 11 de 2004, Primera Instancia en la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el señor Solano Barcenas104

6.2.2.1. Advierte la Sentencia que la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige a que el juez administrativo verifique la legalidad del acto administrativo demandado. El juicio consiste -se afirma- en determinar si el acto administrativo se ajusta o no a las normas de superior jerarquía. Se indica que “no es del caso realizar tal análisis frente a normas de orden constitucional, a menos que ellas deban aplicarse en forma directa por no existir norma legal aplicable al caso, lo que ocurre en esta litis.”

6.2.2.2. Afirma la providencia que para la prosperidad del cargo por desvío de poder contra el acto declaratorio de insubsistencia, es necesario la plena prueba de los hechos constitutivos del desvío de poder, esto es, que se acredite que los fines perseguidos con la expedición del acto no fueron la satisfacción del interés público ni el logro del buen servicio público. Así las cosas, y luego de basarse en testimonios recibidos respecto de los antecedentes administrativos del actor y la personalidad del nominador encargado, se concluye que en el

“Consejo de Procuradores” el señor Solano Barcenas asumió una “actitud prudente dada su situación de estar investigado por la Fiscalía” al abstenerse de opinar respecto del tema propuesto en dicho Consejo, razón por la cual el nominador habría ordenado su inmediata separación del cargo. Por tal razón, el Tribunal no encontró que la abstención manifiesta del actor a dar la opinión solicitada a su superior, fuere ilegal o contraria a derecho, más aún cuando el actor dijo abiertamente cual era la causa de la misma. En consecuencia, concluye la sentencia que los motivos que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia no tuvieron como finalidad el buen servicio público sino que al parecer “constituyen el reflejo de un momento emocional del funcionario que para la fecha de expedición del acto demandado, detentaba la facultad de libre nombramiento y remoción”. Con base en lo anterior, se asevera que la presunción de legalidad del acto demandado quedó desvirtuada, motivo por el cual se declara la nulidad solicitada y el restablecimiento del derecho.

6.2.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda- Subsección A- de 3 de mayo de 2007. Segunda Instancia en la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho referida105

6.2.3.1. En esta providencia se constató que el demandante era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, no estaba inscrito en carrera, no gozaba de periodo fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de relativa estabilidad laboral en su cargo. Por tanto, se afirma, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación ninguna, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador. Se asevera que una medida semejante se supone inspirada en “razones del buen servicio” y el acto que ella contiene goza de la presunción de legalidad.

6.2.3.2. Se señala igualmente que el cargo desempeñado por el demandante de Procurador Delegado fue concebido como un empleo de “absoluta confianza” del Supremo Director del Ministerio Público, en los términos del artículo 277 constitucional, pues quien desempeña aquella dignidad no solo ejerce dicha función en calidad de representante suyo sino, además, se somete a las políticas, programas y proyectos implementados al interior del organismo. Precisamente, se agrega, en razón del grado inmenso de confidencialidad que se predica respecto de los procuradores delegados y judiciales, es que se ha permitido al nominador un margen amplio de discrecionalidad para decidir acerca de la permanencia de estos empleados en la función pública, sin que puedan desconocerse presupuestos normativos de

la ley. Sin embargo, no quiere lo anterior decir, que dicha facultad sea absoluta.

6.2.3.3. La sentencia analiza si existió desviación de poder, por cuanto se entiende que el problema jurídico gira en torno a si la insubsistencia acusada no obedece a “razones del servicio” sino a la animadversión y rivalidad que le profesaba el entonces Procurador General de la Nación (e) al demandante. Por consiguiente, y después de valorar nuevamente los diferentes testimonios rendidos, se afirma que existe prueba de que la causa eficiente de la declaratoria de insubsistencia obedece a la “animadversión que le profesaba el entonces Procurador General de la Nación (E) [al demandante] quien aprovecha la situación de incertidumbre que reinaba en ese momento en el órgano de control….”. Por tanto, se encuentra la existencia de un “serio indicio” de la desviación de poder en que incurre la administración al desvincular al demandante de la entidad “sin consideración alguna del buen servicio como sustento obligatorio de una medida discrecional”.

6.2.3.4. Posteriormente se realiza un análisis teórico de la prueba indiciaria. Finalmente se concluye que el retiro del demandante no obedeció a razones del buen servicio sino al simple capricho personal del nominador quien, sin ninguna fórmula de juicio ni valoración práctica alguna, resolvió prescindir de un funcionario público. Por los anteriores argumentos se confirma la decisión de primera instancia.

7. El Caso Concreto

Respecto del primer argumento -violación de los artículos 278 numeral 6° de la Carta Política106, 136 de la Ley 201 de 1995107 y 36 del Código Contencioso Administrativo-, encuentra esta Corporación que efectivamente la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A de 3 de mayo de 2007, incurre en causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencia judiciales, al haber sido dictada incurriendo en un defecto sustantivo. Lo anterior con base en los siguientes argumentos constitucionales:

7.1. La propia Constitución convalida la existencia, en nuestro ordenamiento, de cargos de libre nombramiento y remoción108. Ella misma faculta al legislador para que determine los cargos que son de libre nombramiento y remoción, teniendo una razón suficiente para establecer excepciones a la carrera administrativa y señalando cargos que exijan una confianza plena y absoluta, quiere esto decir que sean cargos que desarrollen un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adopten

políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades109. La jurisprudencia constitucional ha establecido como criterios auxiliares para la denominación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, la naturaleza de las funciones que corresponden a cada cargo (debe referirse a cargos de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional) y el grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades (debe implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple).

7.2. La comprensión constitucional (numeral 6.1.1) respecto de estos cargos implica que el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para la remoción del funcionario; inversamente proporcional a la estabilidad laboral precaria e ínfima de que goza el servidor. Dicha discrecionalidad tiene como sustento que los servidores que ejerzan la función pública en dichos cargos de libre remoción deben gozar de la plena confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal y el sometimiento a la dirección -entre otros- de parte del nominador. Dichas tipologías respecto del nominador traen consigo que el uso de la discrecionalidad pueda ejercerse en cualquier momento de la relación laboral. En consecuencia, la exigencia de dichas particularidades respecto del nominador de cargos de libre remoción, es atemporal y puede hacerse valer mientras se goce de la facultad legal tanto de nombrar como de remover.

Precisamente dichos distintivos respecto del nominador, hacen que los actos que declaran la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción no requieran de motivación por ser apreciaciones discrecionales, libres y facultativas del nominador. Esta Corte ha aceptado que dicha facultad no es absoluta y que la relatividad de la misma -lo que permite su ejercicio- deriva de las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que pueden darse con la toma de la decisión.110

7.3. La Procuraduría General de la Nación, como órgano constitucional, está en cabeza del Procurador General, dirección suprema reiterada en los diferentes contenidos normativos que han estructurado el Ministerio Público111. El Procurador General, por sí o por intermedio de sus delegados o agentes, ejercerá una serie de funciones establecidas por la Constitución. Algunas funciones específicas deben ser cumplidas directamente por el Procurador General

entre las que se encuentra la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. Que el Procurador General tenga la suprema dirección del Ministerio Público implica que los diferentes órganos y funcionarios que lo conforman se encuentran articulados y subordinados orgánica, funcional y técnicamente a dicha institución y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y señala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones.112

Las diferentes normas con fuerza de ley que han organizado y estructurado la Procuraduría General de la Nación, han señalado el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remoción, respecto del cual constitucionalmente se ha comprendido que es un alter ego del Procurador, hace las veces de éste, y lo vincula plena y totalmente. El Procurador Delegado actúa en nombre del Procurador General, lo representa y sobre él debe recaer la confianza intuito personae de parte de éste.

7.4. De una parte, se ha probado dentro del proceso de tutela que a julio de 1996, el señor José León Jaramillo Jaramillo ejercía como Procurador General de la Nación (E); por tal razón era el Supremo Director de la Procuraduría General de la Nación y contaba con la facultad constitucional de remover, de conformidad con la ley, a los funcionarios de su dependencia. De otra parte, se tiene por cierto que el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas, para la misma época, se desempeñaba en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia de la Autonomía, la Descentralización y los Derechos de las Entidades Territoriales, cargo que de acuerdo con la ley 201 de 1995113 -vigente en ese momento- era de libre nombramiento y remoción. En otras palabras, el legislador de 1995 determinó, en uso de la libertad de configuración legislativa que le es propia, que el cargo de Procurador Delegado sería de aquellos de libre nombramiento y remoción, teniendo razones suficientes para establecerlo como excepción a la carrera administrativa, por cuanto exigía una confianza plena y absoluta por parte del nominador.

Pues bien, mediante Decreto 294 de julio de 1996 se declaró insubsistente el nombramiento del señor Solano Bárcenas en el cargo de Procurador Delegado el cual ostentaba. Así las cosas, en principio, el Procurador General de la Nación (E), siendo el supremo director de la Procuraduría General de la Nación, en uso de su facultad constitucional y habiendo removido

(declarado insubsistente) al señor Solano Bárcenas como Procurador Delegado, actuó ajustado a la Constitución114 por cuanto lo realizó de conformidad con la ley, en este caso la ley 201 de 1995 artículo 136 que establecía dichos cargos como de libre nombramiento y remoción.

7.5. No obstante lo anterior, el señor Solano Bárcenas optó por demandar la nulidad del aludido acto administrativo solicitando el restablecimiento del derecho. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, fungiendo como segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho comentado, entendió que la insubsistencia acusada no obedeció a "razones del servicio" sino a la animadversión y rivalidad que le profesaba el entonces Procurador General de la Nación (e) al demandante. Por consiguiente, y después de valorar nuevamente los diferentes testimonios rendidos, se afirmó que existía prueba de que la causa eficiente de la declaratoria de insubsistencia obedeció a la "animadversión que le profesaba el entonces Procurador General de la Nación (E) [al demandante] quien aprovecha la situación de incertidumbre que reinaba en ese momento en el órgano de control….". Con base en dicha conclusión, la sentencia evidencia un "serio indicio" de la desviación de poder en que incurrió la administración al desvincular al demandante de la entidad "sin consideración alguna del buen servicio como sustento obligatorio de una medida discrecional". Finalmente se aseveró, en consecuencia, que el retiro del demandante no obedeció a razones del buen servicio sino a la animadversión del Procurador General de la Nación (E) respecto del Procurador Delegado declarado insubsistente.

7.6. Si bien es cierto la Sentencia de Segunda Instancia anotada partió de varios supuestos esbozados en esta providencia, esto es la suprema dirección del Procurador General de la Nación respecto del Ministerio Público, la facultad de nombrar y remover los funcionarios de su dependencia de conformidad con la ley, el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remoción y la confianza plena que requiere éste respecto del nominador, las conclusiones respecto de la discrecionalidad utilizada por el nominador -la cual sería ajena al buen servicio- fueron ajenas a la comprensión constitucional ((numeral 6.1.1) que esta Corporación ha otorgado a las normas que eran aplicables al caso bajo análisis. Por tal razón, el defecto sustantivo que afecta a la sentencia atacada, se configura debido a que el Juez de Segunda Instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, dictó una sentencia que: (i) tomó como fundamento una norma que no era pertinente al

caso; (ii) dejó de aplicar las normas que eran pertinentes al caso; y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar.

7.7. En efecto, se tuvo en cuenta una norma que, específicamente, no era pertinente al caso, por cuanto si bien el artículo 277 de la Constitución, al que hace alusión expresa la sentencia115 atacada, guarda relación con la Procuraduría General de la Nación en lo que toca con las funciones que puede desempeñar el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes. Lo cierto es que la norma que era aplicable y pertinente para el caso bajo análisis, era el artículo 278 constitucional, sobre el cual la sentencia no hizo evaluación alguna. El art. 278 señalado es aquel que determina las funciones que debe ejercer el Procurador General de la Nación de manera directa; entre ellas se encuentra el numeral sexto que establece como función directa del supremo director del Ministerio Público el nombrar y remover de conformidad con la ley, los funcionarios de su dependencia. Precisamente era esta norma la pertinente a evaluar en el presente caso, pues se trataba del uso de la facultad constitucional del Procurador General de remover o declarar insubsistente un funcionario de su dependencia acorde con la ley. Así, con base en el artículo 278 constitucional mencionado, era indispensable que la Sentencia de Segunda Instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, estimara, ponderara y apreciara el artículo 136 de la ley 201 de 1995 vigente para la época -sobre el cual la providencia guarda total silencio- que señalaba el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remoción.

7.8. En este orden de ideas, la sentencia cuyo defecto sustantivo se alega, dejó de aplicar, evaluar y considerar el artículo 278 constitucional y el artículo 136 de la ley 201 de 1995 vigente para la época, disposiciones que contenían los presupuestos normativos específicos que estaban en discusión, esto es la facultad del Procurador General de la Nación de remover a los funcionarios de su dependencia y la denominación del cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remoción.

7.9. Debido a los defectos referidos, la sentencia que se estudia en sede de tutela no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar y los contenidos normativos en discusión. Aunque la providencia de Segunda Instancia analizó la discrecionalidad que asistía al Procurador General de la Nación

(E), solamente la evaluó en relación con uno de los referentes de ésta, es decir las “razones del buen servicio”, dejando de lado otros aspectos indispensables que la jurisprudencia constitucional ha señalado -no solamente las razones de buen servicio- para el entendimiento constitucional de la discrecionalidad del nominador al remover -declarar insubsistente- funcionarios de libre nombramiento y remoción. Este examen aislado realizado en la Sentencia de Segunda Instancia que se estudia, llevó a que el fallador, con base en los testimonios aportados al proceso, unívocamente concluyera, aunque de forma descontextualizada, que la discrecionalidad utilizada por el nominador no tenía sustento en razones del buen servicio sino en la supuesta animadversión del Procurador General (E) respecto del Procurador Delegado, lo que la tornaba arbitraria e ilustrativa de una desviación de poder.

7.10. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional116 no solamente ha tenido en cuenta la discrecionalidad del nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción atada a las razones del buen servicio, sino que la ha valorado otros aspectos, sentencias éstas con efectos erga omnes que otorgaban luces sobre los contenidos normativos discutidos.

Era indispensable apreciar que el cargo de Procurador Delegado desempeñado por el señor Solano Bárcenas como Procurador Delegado implicaba un papel directivo, de manejo y de orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptaban políticas o directrices117 que aparejaban la confianza absoluta118 de parte del señor Procurador General. Por tal razón, la relación que debía existir entre el Procurador Delegado señor Solano Bárcenas y el Procurador General de la Nación (E) señor Jaramillo Jaramillo -bajo el entendimiento de la Constitución – era de plena confianza, de confidencialidad, de seguridad, de conocimiento personal y de sometimiento a la dirección119. Precisamente, en el evento en que el nominador no encuentre que su relación laboral con un funcionario bajo su dependencia y que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, goce de su confianza plena, de la confidencialidad necesaria, del conocimiento personal y del convencimiento del sometimiento de éste a su dirección, puede hacer uso de la facultad discrecional de remover a dicho funcionario, por cuanto dichas tipologías especiales de la relación laboral son imprescindibles para el cumplimiento de las responsabilidades que le atribuye la Constitución120.

7.11. Así las cosas, entiende esta Corte que la sentencia debió, en primer lugar, justipreciar el uso de la facultad discrecional del Procurador General de la Nación (E) para declarar insubsistente al Procurador Delegado Solano Bárcenas, respecto de las razones del buen servicio; e igualmente, debió ponderar dicha facultad en relación con la plena confianza, la confidencialidad necesaria, la seguridad, el conocimiento personal y el convencimiento del sometimiento a sus órdenes, de parte del entonces Procurador General encargado y su dependiente funcionario.

7.12. Téngase presente que el artículo 277 de la Constitución Política permite que el Procurador General de la Nación desarrolle por sí o por medio de sus delegados una serie de responsabilidades constitucionales para el buen desempeño del servicio y de la función pública. Entre estas funciones delegables encontramos: vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, defender los intereses colectivos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes, imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, rendir anualmente informe de su gestión al Congreso, exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria. Para el cumplimiento de dichas funciones, la Procuraduría tiene atribuciones de policía judicial y puede interponer las acciones que considere necesarias.

Pues bien, el cumplimiento de las responsabilidades por parte del nominador es el marco necesario de la comprensión de la facultad discrecional de remover funcionarios de libre nombramiento y remoción. El Procurador General de la Nación, teniendo una serie de funciones directas no delegables otorgadas por la Constitución121 acude, en algunos casos, a delegar aquellas que la propia Constitución122 le permite, circunstancia constitucional que exige que el delegatario goce de la plena confianza respecto de la sujeción a las directrices del superior. Es esta una de las razones por las cuales se insiste en que el Procurador Delegado hace las veces del Procurador General de la Nación, lo vincula plenamente, lo representa en el ejercicio de determinadas actividades públicas, y sobre él recae la confianza intuito personae, como expresamente se manifestó en la Sentencia C-245 de 1995,

desconocida en la Sentencia bajo análisis.

7.13. El análisis aislado realizado en la sentencia, violatorio de los derechos fundamentales de la Procuraduría General de la Nación, es el que lleva a concluir al Juez de Segunda Instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que la declaración de insubsistencia del señor Procurador Delegado proviene de la "animadversión que le profesaba el entonces Procurador General de la Nación (E)", circunstancia que genera un "serio indicio" de la supuesta desviación de poder, por desatención de razones del buen servicio. Sin llegar al desconocimiento de la valoración dada por el Juez de Segunda Instancia, respecto de los testimonios recaudados en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de que permiten concluir que existía una animadversión de parte del Procurador General de la Nación (E) señor Jaramillo Jaramillo respecto del Procurador Delegado señor Solano Bárcenas, no puede aceptar esta Corporación que dicha decisión compruebe, por sí sola, la ausencia de razones del buen servicio para adoptarse, ignorando la jurisprudencia constitucional en la materia.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional conduce a relevar que el Procurador Delegado -en este caso el señor Solano Bárcenas- fungía como representante del Procurador General de la Nación, hacía las veces de éste, lo vinculaba plenamente, de modo que el nexo funcional entre los dos debía basarse en una relación de confianza plena y personal de parte del Procurador General de la Nación (E) señor Jaramillo Jaramillo. Y lo era porque el cargo desempeñado por el Procurador Delegado para la Vigilancia de la Autonomía, la Descentralización y los Derechos de las Entidades Territoriales, estaba subordinado orgánica, funcional y técnicamente al Procurador General de la Nación (E), quien lo orientaba, dirigía y le señalaba las directrices y pautas que debían ser observadas, no solo en las funciones propias sino en aquellas que constitucionalmente le fueran delegadas.123

7.14. Así las cosas, de haber tenido presente la sentencia que se analiza -el contexto de la jurisprudencia constitucional respecto de los contenidos normativos que versan sobre la discrecionalidad en la remoción de funcionarios amovibles por el nominador-, la decisión hubiere sido otra, en garantía de los derechos fundamentales de esta entidad constitucionalmente diseñada. Era preciso efectuar un análisis respecto de la plena confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal y el sometimiento a las órdenes del Procurador General de la Nación (E), luego de haberse concluido que existía una

animadversión de éste último hacia el Procurador Delegado. El examen pudo haber concluido que una relación laboral basada en la antipatía, la enemistad, la ojeriza o la malquerencia, hacía imposible que gozara de las características que la jurisprudencia constitucional ha entendido para este tipo de correlación. Lo que hubiera permitido concluir que, precisamente por lo anterior y con base en razones del buen servicio, no era posible que el Procurador General de la Nación (E) cumpliera a cabalidad sus funciones y responsabilidades constitucionales, al no contar con un Procurador Delegado sobre el que recayera su confianza plena, como se viene manifestando en esta providencia. Todo esto, se insiste, por cuanto la sentencia atacada en sede de tutela, no valoró ni tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional con efectos erga omnes, que esta Corporación había emitido sobre los contenidos normativos que debieron ser aplicados al caso bajo estudio.

8. Conclusión

8.1. Así las cosas, esta Corte constata que la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 3 de mayo de 2007, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas, incurrió en defectos sustantivos por cuanto (i) tomó como fundamento una norma que no era pertinente al caso, (ii) dejó de aplicar las normas que eran pertinentes para la decisión, y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar, defectos estos que trajeron como consecuencia la violación del derecho fundamental al debido proceso de la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, esta Corte revocará la Sentencia de tutela de segunda instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de 29 de octubre de 2008, que modificó en su integridad el fallo de primera instancia declarando improcedente la acción, para en su lugar tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la Procuraduría General de la Nación.

8.2. En suma, se dejará sin valor y sin efectos jurídicos la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 3 de mayo de 2007 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas contra el Decreto 294 de 8 de julio de 1996 expedido por el Procurador General de la Nación (E), por el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia, la Autonomía, la Descentralización y los Derechos de las

Entidades Territoriales.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR la Sentencia de Tutela de Segunda Instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de 29 de octubre de 2008, que modificó en su integridad el fallo de primera instancia declarando improcedente la acción, para en su lugar TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la Procuraduría General de la Nación.

Tercero.- Por ende, DEJAR SIN VALOR Y SIN EFECTOS JURÍDICOS la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 3 de mayo de 2007 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas contra el Decreto 294 de 8 de julio de 1996 expedido por el Procurador General de la Nación (E), por el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia, la Autonomía, la Descentralización y los Derechos de las Entidades Territoriales.

Cuarto.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Impedimento aceptado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA SU448/11

Referencia: expediente T-2176281.

Acción de tutela presentada Edgardo Maya Villazón, Procurador General de la Nación contra la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado.

Magistrado ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado sustanciador, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que sí existen en este caso una vía de hecho de carácter ostensible, que permitiera dejar sin efectos la sentencia emitida en segunda instancia por el Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento iniciado por el señor Orlando de Jesús Solano Bárcenas, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones124, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de

la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (consideraciones 3.1 y 4 del fallo) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas "causales especiales de procedibilidad" (citadas en las páginas 13 a 18) a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento125, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexequible (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el "principio democrático de la autonomía funcional del juez", "la

independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexequible la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Acción de tutela presentada el 19 de diciembre de 2007. Ver folios 1 a 26 del cuaderno 1. Inicialmente la tutela se presentó ante el Consejo de Estado y fue rechazada por éste mediante providencia del 16 de noviembre de 2007, folios 27 a 29 cuaderno 1.

2 ARTICULO 136. Empleos de Carrera. Todos los empleos de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, son de Carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

3 ARTÍCULO 36.—Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

4 ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes

funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

5 Vigente para la época de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación el de Procurador delegado.

6 ARTÍCULO 36.—Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

7 Copia del Decreto 294 del 8 de julio de 2006 expedido por el señor José León Jaramillo Jaramillo, por el cual se declara insubsistente el nombramiento del doctor Orlando Solano Bárcenas. Folio 4 cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8 Constitución Política “ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por; los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

9 Ley 446 de 1998 “ART. 16.- Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”

Un despido, cuando es injusto y lo pide el demandante, genera, en aplicación de las normas transcritas, la reparación integral del daño, para lo cual han de atenderse los criterios de equidad y técnicos actuariales.

10 Menciona al respecto las sentencias del 16 de mayo de 2002, con ponencia de la doctora ANA MARGARITA OLAYA FORERO (expediente No. 1659), y del 8 de agosto de 2003 (expediente No. 1244-02), Magistrado Ponente doctor TARSICIO CÁCERES TORO.

12 Manifiesta que “Hay tres versiones al respecto:

- Jesús Orlando Gómez López (Folios 201-203) no recuerda exactamente lo sucedido el día en que se expide el acto de insubsistencia; Henry Joya Pineda (Folios 204-205), no tuvo conocimiento de la reunión a que se hace referencia y Amanda Marlene Restrepo Celedón (Folios 283-284, desconoce los motivos de la insubsistencia.

- Oscar Alberto Jinete del Villar (Folios 08-212 y 214-216), Nubia González Cerón (Folios 270-271) y Germán Pabón González (Folios 281-282), coinciden en afirmar que la insubsistencia de ORLANDO SOLANO BARCENAS se produjo al culminar la reunión del Consejo de Procuradores en donde se trató el tema relacionado con el enfrentamiento entre la entidad y la Fiscalía Generai de la Nación, en consideración a su intervención dentro de la misma.

- Santiago Gómez Parra (Folios 222-224), Gustavo Adolfo García Moreno (Folios257-261), Emiro de Jesús Merlano Pineda (Folios 275-279) y Héctor Ovidio Zapata Pulgarín (Folios 303-305), sostienen que al momento de tomar posición frente a la situación con la Fiscalía General de la Nación, el doctor ORLANDO SOLANO BARCENAS se abstuvo de hacer cualquier

comentario y que una vez terminada la reunión, en horas de la tarde, fue declarado insubsistente". (Negrilla del texto)

13 a) EL artículo 278, numeral 6° de la Carta Política, le otorga el Procurador General de la Nación la potestad de designar y remover, "de conformidad con la ley, a los funcionarios y empleados de su dependencia".

b) La Ley 201 de 1995, en su artículo 136 -vigente para la época de los hechos- en desarrollo de dicho precepto constitucional, establecía que los procuradores delegados son empleados de libre nombramiento y remoción.

Norma que reconocía el carácter de servidor público de absoluta confianza del nominador, en razón a las funciones que se le asignan, como lo han predicado diferentes decisiones tanto de la Corte Constitucional151 como del mismo Consejo de Estado[6]

c) El acto administrativo por medio del cual el Procurador General de la Nación hace uso de dicha potestad se enmarca dentro de los denominados discrecionales de tipo particular, de los que regula el artículo 36 del C.C.A.

"ART. 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o oarticular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa"

14 Señala el tutelante que "El material probatorio arroja con claridad absoluta que la posición asumida por el entonces Procurador Delegado y posteriormente demandante fue la de abstenerse de hacer cualquier comentario y de tomar posición frente al tema tratado en el Consejo de Procuradores Delegados celebrado el día 8 de julio de 1996, lo que lleva a concluir que el Procurador General de la Nación le perdió la confianza a su "alter ego" y decidió, de inmediato, declararlo insubsistente, en ejercicio de su potestad discrecional, de carácter constitucional y legal.

Luego, las pruebas testimoniales acreditan la situación fáctica que determinó la pérdida de confianza y, por ende, la declaratoria de insubsistencia del Procurador Delegado. Los declarantes que estuvieron en la reunión y la recuerdan, al unísono así lo afirman. // Si bien por tratarse de una facultad discrecional no hay necesidad de su motivación y, menos de su

prueba, en este caso está más que acreditada la causa de la pérdida de la confianza con el acervo probatorio que confirma este hecho y que ignoró la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, cuando dice que la insubsistencia obedeció a una animadversión".

15 Las declaraciones de los testigos en el proceso contencioso administrativo: Jesús Orlando Gómez López, folios 190 a 192 cuaderno 1; Henry Joya Pineda, folios 193 y 194 cuaderno 1; Oscar Alberto Jinette del Villar, folios 197 a 205 cuaderno 1; Amparo Rojas de Restrepo, folios 205 a 209 cuaderno 1; Santiago Gómez Parra, folios 211 a 213 cuaderno 1; Gustavo Adolfo García Moreno, folios 243 a 247 cuaderno 1; Nubia González Cerón, folios 256 a 257 cuaderno 1; Emiro de Jesús Merlano Pineda, folios 262 a 266 cuaderno 1; Germán Pabón González, folios 267 y 268 cuaderno 1; Amanda Marlene Restrepo Celedón, folios 270 a 272 cuaderno 1; Hector Ovidio Zapata Pulgarín, folios 289 a 291 cuaderno 1; José Hugo Valdés Corral, folios 312 a 316 cuaderno 1; Guido Alfonso Granadillo Gómez, folios 285 ss., cuaderno 1.

16 Menciona entre las sentencias de la Corte las siguientes: C-734 de 2000, C-1177 de 2001, C-514 de 1994, C-245 de 1995, C-334 de 1996. En dichas providencias se manifiesta que la posibilidad de desvincular libremente a funcionarios de libre nombramiento y remoción no contraría la Carta y obedece a la necesidad de existencia de un grado especial de confianza con el funcionario debido a las funciones que ejerce. En el caso particular de la Procuraduría se ha dicho que el Delegado es un alter ego del Procurador, por lo cual es razonable que, como inmediato colaborador del Procurador General de la Nación sea de su libre nombramiento y remoción.

17 Menciona en defensa de su argumento las sentencias del 24 de octubre de 1984 (expediente No. 10512), Consejero Ponente Doctor Joaquín Vanín, del 27 de julio de 1992 (expediente No. 3771), Consejero Ponente Doctor Diego Younes Moreno, y del 26 de abril de 2007 (expediente No. 1999-5519), Consejera Ponente Doctora Ana Margarita Olaya Forero.

18 Folios 97 a 99 y 102 a 123 cuaderno 2.

19 Folios 194 a 224 del cuaderno 2.

20 Folios 1 a 18 cuaderno 3.

21 Folios 1 y ss. cuadernos escrito de oposición presentado por el beneficiario de los fallos de instancia Dr. Orlando de Jesús Solano Bárcenas.

22 Folios 62 a 77 cuaderno 3.

23 Ver cuaderno de la Corte Constitucional.

24 Ver cuaderno de la Corte Constitucional.

25 Manifiesta que no se puede "un derecho procesa! con otro derecho procesal absolutamente diferente. Me explico: A) una cosa es el derecho que tienen, las entidades estatales (la administración), llamadas a juicio para definir su responsabilidad, para "…denunciar, llamaren garantía o contra demandar…." u optar "… más adelante…por acudir, de ser necesario, en acción de repetición contra el agente…" contra el autor del acto cuya nulidad se depreca, derecho que, en algunos casos, pueden o no ejercer libremente. // y B) otra cosa, totalmente distinta, es el derecho procesal IRRENUNCIABLE que tiene cualquier ciudadano (servidor publico o NO o ex servidor publico), cualquier persona natural o jurídica, de ser notificada personalmente del auto admisorio de una demanda contenciosa cuando, de aquella o del acto acusado, se pueda deducir que esa persona tiene interés directo en el resultado del proceso cuya demanda es admitida, como lo ordena clara y perentoriamente el NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO norma que a la letra manda,. "…3. Que se notifique personalmente a la persona o personas que, según la demanda O LOS ACTOS ACUSADOS, tengan interés directo en el resultado del proceso".

26 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

28 Reiterada en T-243 de 1008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Sentencia C-003 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido ver sentencias T- 411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-241 DE 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-016 de 1994, M..P Hernando Herrera Vergara, T- 138 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-133 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras.

30 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

31Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta decisión, la Corte desarrolló ampliamente el concepto de inmediatez con ocasión de una acción de tutela interpuesto por varios acionantes respecto de la prelación de la lista de elegibles. Sobre el punto de la inmediatez también se puede consultar la Sentencia T-344 del 27 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

32 En esta misma línea se encuentra la sentencia T-1229 de 2000.

33 Sentencia T-443 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo

34 Folio 500 de las copias enviadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

35 Folios 502 a 504 de las copias enviadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

36 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 Sentencia T-522/01

38 En Sentencia T-1192/0338 M.P. Eduardo Montealegre Lynett se reiteró la jurisprudencia consignada en la Sentencia SU-014 de 2001 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez38 donde "la Corte estableció que cuando actuaciones de terceras personas inducían en error al juez, se configuraba la "vía de hecho por consecuencia". Con ello la Corte indicaba que la violación de los derechos fundamentales de la persona no le eran imputables al juez, pero que la decisión judicial resultaba inconstitucional".En la Sentencia T-68 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte: (v) Finalmente, el defecto o vía de hecho por consecuencia se estructura cuando la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurídicas adelantadas por autoridades distintas a quien la profiere, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantías fundamentales. En estos casos, aun cuando la decisión se haya adoptado con pleno acatamiento de la normatividad aplicable y dentro de una valoración juiciosa de las pruebas, la vía de hecho se produce como consecuencia de la negligencia de otras instancias públicas, que obligadas a colaborar con la administración de justicia, por acción o por omisión no lo hacen en forma diligente. Tal como lo señaló la Corte 'si bien el criterio imperante frente a la vía de hecho es el de que ésta se origina en una actuación judicial arbitraria o manifiestamente contraria a derecho, puede ocurrir que tal defecto no sea atribuible directamente al juez de la causa, sino a la acción u omisión de otras

autoridades publicas -en la mayoría de los casos administrativas- que debiendo colaborar armónicamente en la función de administrar justicia, con su conducta negligente inducen en error al operador jurídico y permiten que a través de la decisión se afecten en forma grave los derechos y garantías constitucionales de quienes intervienen en la actuación judicial.38”38

39 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

40 Ver además Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060/09 M.P. Mauricio González Cuervo, T-130 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

41 Ver, entre otras, Sentencias T-737 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Ver adicionalmente, entre otras, las sentencias T-231 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-336 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-055 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-204 de 1998, M.P., Hernando Herrera Vergara, T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1009 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, SU-1300 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-157-2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, T-622 de 2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-932 de 2003 M. P. Jaime Araújo Rentería, T-039 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-171 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-636 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño T-808 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-358 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-446 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández T-458 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-737 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-828 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-908 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-953 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño,T-077 de 2009 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

42 Ver al respecto, entre otras, Sentencias T-573 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía,42 T-567 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-377 de 2000. M.P. Alejandro Marínez Caballero, T-1009 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-852 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-453 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, RenteríaT-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999 M.P.

José Gregorio Hernández Galindo, T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell.T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.,T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, , T-701 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-056 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-061 de 2007 M.P Humberto Antonio Sierra Porto , T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060 de 2009 M.P Mauricio González Cuervo, T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería.

43 Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa en esta oportunidad concluyó la Corte que "En efecto, en su fallo el Tribunal omitió aplicar la norma que se ajustaba al caso y, en su lugar, empleó otra que no era pertinente."

44 Ver sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández Aquí la Corte concluyó la existencia de un defecto sustantivo "por cuanto el juez se basó en una norma legal que había perdido su vigencia".

45 Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería. En es a oportunidad dijo la Corte "Todo lo anterior lleva a concluir a la Corte Constitucional que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en su sentencia del 18 de noviembre de 2004, confirmada en el auto por medio del cual resolvió el recurso del reposición el 11 de mayo de 2005, aplicó, en la sanción que impuso a los demandantes, una norma que no existía, consistente en un impedimento por haber cumplido con el deber propio de los jueces. Es decir, que verdaderamente crearon una norma, pues dictar providencia dentro de un proceso no puede constituir, como se vio, causal de prejuzgamiento. Por ello incurrieron en un defecto sustantivo constitutivo de vía de hecho, violatoria del derecho fundamental al debido proceso de los actores".

46 Al respecto, consultar sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta providencia se dijo que "incurre en una vía de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisión con base en una disposición: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional

previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional que excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e ínsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión".

47 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

48 T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver sentencias T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte:" Sobre el tema relacionado con las vías de hecho ocasionadas por interpretaciones judiciales contrarias a la Constitución y la procedencia de la tutela para conjurarlas, la Corte tuvo oportunidad de precisar que debe aparecer probado que la aplicación de la norma se hizo (i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales48, (ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados48, (iii) sin respetar el principio de igualdad48, y (iv) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio48" y T-1222 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Dijo la Corte en esta ocasión: "para que una interpretación judicial se considere constitutiva de vía de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad"

49 Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver además Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo "Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998)".

50 Sentencia T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería. "En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión". Ver además Sentencia T-079 de 1993, M.P. Eduardo

Cifuentes Muñoz.

51 Sentencia T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell. Dijo la Corte en esta oportunidad que “Considera la Sala que las razones que se aducen en las providencias cuestionadas contradicen de manera ostensible tanto la cosa juzgada, como la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-157/98, pues la Corte al declarar inexequible el inciso segundo del art. 2 de la ley 393/97, según el cual la interpretación por el juez del no cumplimiento de la norma por la autoridad debía ser restrictiva y aparecer evidente el incumplimiento consideró, por el contrario, que éste debía ser deducido razonablemente por el juez con base en el análisis de la norma y de las pruebas incorporadas al proceso. // Igualmente, dichas Corporaciones desconocieron el valor de la doctrina constitucional de la Corte en cuanto al sentido y alcance interpretativo de la referida norma constitucional. // Es mas, con dicha conducta el Tribunal y el Consejo contrariando la decisión del intérprete autorizado de la Constitución introdujeron al texto del art. 87 una regla que no fue diseñada por el Constituyente, restringiendo de este modo la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia a través de la acción de cumplimiento”. En la Sentencia T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis puntualizó la Corte que “constituye vía de hecho apartarse de la cosa juzgada constitucional”. En la Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte explicó que “una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las Sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

Igualmente esta Corporación, mediante la sentencia T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa manifestó que la autoridad judicial (juez laboral) había incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexación de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitía, a pesar de que la interpretación que había hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad señalaban el sentido de la norma y

la obligación de indexar. Dijo la Corte que a partir de la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional ha sostenido que, “en principio, la primera mesada pensional debe ser indexada”. Esta posición ha sido reafirmada a través de las sentencias T-663 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-1169 de 2003M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-805 y T-815 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Añadió que la misma tesis se defendió en la Sentencia C-601 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.

Señaló además que “En el proceso que se analiza, el actor solicitó que se condenara al Banco a indexar su primera mesada pensional y al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 31 de julio de 1998. El Tribunal decidió concederle el pago de los intereses moratorios, pero se negó a ordenar la indexación de la pensión, por cuanto ello constituiría una doble sanción”. A partir de allí y con base en la reiterada jurisprudencia concluyó la Corte que la posición del Tribunal constituía una vía de hecho por defecto sustantivo, dado que “la indexación y los intereses moratorios tienen un objetivo distinto. Mientras los últimos se imponen para sancionar al deudor que ha incumplido con el pago de sus obligaciones, la indexación persigue actualizar el valor del dinero, pretensión plenamente justificada en una economía que sufre los efectos de la inflación” (…)Así, pues, no le asiste razón al Juzgado cuando afirma que las órdenes de indexar el pago de la primera pensión y de pagar interese de mora constituyen una doble sanción por el mismo motivo. Evidentemente, las dos órdenes tienen un referente común, cual es el de que el pago atrasado de las mesadas le significa al pensionado una pérdida en el valor adquisitivo de su ingreso, pero mientras que la indexación persigue ponerle remedio a esta situación actualizando el valor del dinero, los intereses de mora tienen por fin lograr que el causante del hecho indemnice al afectado por los daños inferidos.”.

52 Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

54 T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones

concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la "malversación" de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)…"

55 Consultar Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Dijo allí la Corte que "un examen atento del contenido de la referida providencia judicial evidencia que la falladora incurrió en una vía de hecho por cuanto la decisión se apoya en una interpretación asistemática del ordenamiento jurídico (defecto sustantivo)…" por cuanto "no se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria ni la modalidad del mismo que había sido suscrito por el accionante con la entidad crediticia, es decir, la demandada no adelantó una necesaria interpretación sistemática entre las normas del Código Penal, que tipifican el delito de estafa, y las disposiciones legales de carácter comercial que regulan esta clase de contratos comerciales".

56 Sentencia T-056 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería. Aquí la Corte encontró que "el mismo despacho judicial provocó un defecto sustantivo en el mismo auto al desconocer abiertamente el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil". Ver además T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería. Ver además Sentencias T-1216 de 2005, M P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-298 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

57 Sentencia T-114 de 2002, T- 1285 de 2005.

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

59 Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver Sentencia T-1285 de 2005. Además, en la sentencia T-193 de 1995, esta Corporación señaló: "Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A

través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución". Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.

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

Ver la sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

60 Sobre el tema pueden consultarse además, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005. En la sentencia T-522 de 2001, la Corte señaló que: "es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicados porque los procesos se adelantan ante jueces especializados", razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad. 60 Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además Sentencia T-808 de 2007 M.P. Catalina Botero Marino "… en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse además, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico".

61 ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de

su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

62 Vigente para la época de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación el de Procurador delegado.

63 Art. 125 constitucional.

64 Sentencia T- 494 de 2010.

65 Sentencia T-800 de 1998

66 Sentencia C-838 de 2003 . "(…) Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados públicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remoción. El alto grado de confianza que el desempeño de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. Además, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia. Es decir, quienes ocupan un cargo de nivel directivo, son empleados diferentes de quienes los asesoran, o de los encargados de la ejecución de lo que aquellos resuelven. No se trata de empleos simplemente de carácter administrativo sino que, por la muy

elevada posición en que se encuentran, de ellos depende no solamente la política institucional sino, en gran medida, su labor determina planes y programas de trascendencia económica, política y social, circunstancia esta que los diferencia por completo de los demás empleados de las entidades respectivas.”

67 Sentencia C-368 de 1999

68 Ibídem.

69 Sentencia C- 443 de 1997.

70 C-479/92 ya citada

71 Sentencia C-540 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido, C-527 de 1994, C-104 de 1994 y C-479 de 1992.

72 Sentencia C-734 de 2000

73 Ibídem.

74 Ibidem.

75 Art. 125 constitucional.

76 Sentencia C-514 de 1994

77 Sentencia C-195 de 1994 , C- 181 de 2010.

78 Sentencia C- 312 de 2003 y C- 161 de 2003, entre otras.

79 Sentencia T-862 de 2009

80 Sentencia T- 862 de 2009

81 Sentencia T-1239 de 2008.

82 Sentencia T-800 de 1998,

83 Arts. 275 y ss. Constitucionales.

84 Art. 277 Constitucional.

85 Art. 278 constitucional.

86 Esta ley fue derogada por el art. 87 de la ley 443 de 1998.

88 Ibidem.

89 Art. 2 ley 201 de 1995

90 Arts. 78 y79 de la ley 201 de 1995.

91 Art. 53 y ss ley 201 de 1995

92 Art. 136 de la ley 201 de 1995

93 Sentencia C-334 de 1994. Al respecto se puede observar también la Sentencia C-031 de 1997.

94 Art. 262.

95 Art. 1.

96 Art. 7

97 ART. 277.—El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.

3. Defender los intereses de la sociedad.

4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

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.

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

10. Las demás que determine la ley.

98 Sentencia C- 429 de 2001.

99 Art. 2 Decreto Ley 262 de 2000

100 Art. 23 Decreto Ley 262 de 2000

101 Art. 182 Decreto ley 262 de 2000

102 Art. 165 del Decreto ley 262 de 2000

103 Folios 1 a 26 cuad. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

105 Folios 427 y ss cuad. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A

106 ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario

público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

107 Vigente para la época de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación el de Procurador delegado.

108 Art. 125

109 Sentencia C-514 de 1994

110 Sentencia C-734 de 2000

111 Ley 27 de 1992, ley 201 de 1995 y decreto ley 262 de 2000.

112 Sentencia C-245 de 1995

113 Art. 136

114 Art. 278 Numeral 6

115 Folio 432 cuad. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A

116 Sentencias de Constitucionalidad C-838 de 2003, C-368 de 1999, C-443 de 1997, C-540 de 1998, C-734 de 2000, C-514 de 1994, C-195 de 1994, C-181 de 2010, C-312 de 2003, C-161 de 2003.

117 Art. 65 ley 201 de 1995

118 Sentencia C-514 de 1994

119 Sentencia C-838 de 2003

120 Arts. 277 y 278 Constitución Política.

121 Art. 278

122 Art. 277

123 Sentencia C- 245 de 1995

124 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011.

125 C-590 de 2005.