

Sentencia T-161/05

ACCION DE TUTELA-Mecanismo excepcional y subsidiario

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Alcance

REVOCATORIA DIRECTA DE NOMBRAMIENTO-Improcedencia por vía de tutela

Al ser la acción de tutela una acción subsidiaria, sustituta frente a la inexistencia o inoperancia de los medios ordinarios de defensa, la Corte Constitucional ha sido enfática al advertir que aquella no puede utilizarse como mecanismo principal para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación, pues para tal fin el legislador ha dispuesto la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho - posterior además al agotamiento de los recursos de la vía gubernativa- acción en la que también se puede solicitar la suspensión provisional de la decisión.

REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela

Además de que la tutela no es el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo.

DESVINCULACION LABORAL-Constituye excepcionalmente perjuicio irremediable

La Corte Constitucional ha establecido que la pérdida de la vinculación laboral no constituye por sí misma un perjuicio irremediable, pues ello terminaría por suplantar la jurisdicción laboral al permitir que todo aquel que se considerara injustamente desvinculado recurriera a la acción de tutela para impugnar el retiro. Así, sólo en aquellos casos en que dicha desvinculación realmente pone en peligro derechos fundamentales, puede otorgarse el amparo solicitado.

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa/DEBIDO PROCESO-Vulneración por no motivar la desvinculación de funcionaria que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

La falta de motivación del acto es un atentado contra la publicidad del mismo, en tanto se le impide al perjudicado conocer las verdaderas razones de la desvinculación –las cuales no pueden provenir de la simple discrecionalidad del nominador, dada la situación particular de los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera- y, por consiguiente, dificultan el despliegue de una eficiente oposición jurídica en contra del acto administrativo, tanto en vía gubernativa como en sede jurisdiccional. Por ello la Corte dijo que la vulneración del debido procedimiento administrativo que se verifica mediante la ausencia de la motivación del acto de desvinculación del servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad justifica la procedencia de la protección tutelar.

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Protección por tutela con independencia de mecanismos de protección penal

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-No identificación del demandado

Referencia: expediente T-999665

Peticionario: Carlos Ibán Mejía Abello

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra –quien la preside-, Humberto Sierra Porto y Alvaro Tafur Gálvis, ha proferido la presente

S E N T E N C I A

en la revisión del fallo adoptado por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el proceso de tutela adelantado por Carlos Ibán Mejía Abello en contra del Fiscal General de la Nación.

El expediente de la referencia fue seleccionado el 5 de noviembre de 2004 por Auto de la Sala de Selección N° 11 de la Corte Constitucional.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

El actor plantea los hechos de la demanda del siguiente modo:

1) El 26 de abril de 2004, el Fiscal General de la Nación declaró la insubsistencia de cinco funcionarios de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, entre los que se encontraba el tutelante, quien a la fecha ocupaba el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados. El 27 de abril del mismo año, el Fiscal General presentó la declaratoria de insubsistencia de dichos funcionarios como resultado de un programa anticorrupción y ejemplos de la “purga” de la institución. Los medios de comunicación, dice, han hecho eco de tales acusaciones, por lo que han mencionado su nombre en varias publicaciones.

2) Asegura que, el 3 de mayo de 2004, elevó derecho de petición al Fiscal General de la Nación con el fin de que se le precisara en qué consistía el plan de purga de la institución, cuáles eran los reproches morales o disciplinarios que habían propiciado su desvinculación, cuáles investigaciones penales o disciplinarias se habían adelantado en su contra y cuántos llamados de atención o memorandos figuraban en su hoja de vida. En la misma petición, el demandante solicitó a la Fiscalía que, de no existir razón justificante de su desvinculación, se informara a la opinión pública, en los mismos medios de comunicación y con la misma amplitud, que la declaración de insubsistencia de su nombramiento no estaba relacionada con el plan de purga de la Unidad Nacional Antinarcóticos, “por no concurrir ninguna razón reprochable de índole penal, disciplinaria o tan siquiera moral” en su contra.

3) Mediante oficio 04841 del 19 de mayo de 2004, la Secretaría General de la Fiscalía afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

Frente a los numerales 1º y 2º de su escrito, es necesario precisar que las aseveraciones públicas que ha realizado el señor Fiscal General, acerca de la administración de personal de la entidad, son parte de la dinámica que en esta materia debe asumir, como regente de la institución. Así mismo, regularmente se producen retiros de la planta de personal, actividades que en algunas ocasiones han sido de público conocimiento, sin que ello signifique, que se está haciendo alusión a una determinada persona.

4) A juicio del demandante, sus derechos a la honra y al buen nombre se han visto afectados por las declaraciones del Fiscal General de la Nación -y no lograron repararse con la respuesta de la Secretaría de la Fiscalía-, ya que el hecho de que el anuncio de las declaraciones de insubsistencia se haya dado un día antes de que el Fiscal mencionara los resultados del programa anticorrupción en la Fiscalía General hizo que los medios de comunicación incluyeran las desvinculaciones en el tema de las purgas. Sostiene que aunque los retiros en la Fiscalía son usuales, ninguno se publicita en ruedas de prensa mediante expresiones valorativas y claramente lesivas de los derechos del afectado. La insubsistencia así presentada -agrega- “se torna ofensiva, lesiva, deshonrosa y vulneradora del buen nombre, máxime cuando en relación con el suscrito la propia institución certificó: ‘En cuanto a su interrogante, sobre si se adelantan investigaciones penales o disciplinarias en su contra, es necesario manifestarle que según información suministrada por la Jefe de la Oficina de Veeduría, Quejas y Reclamos, no se adelantan averiguaciones de índole disciplinario a nombre de Carlos Ibán Mejía Abello. Igual manifestación realizó el Director Nacional de Fiscalías, en cuanto a la realización de pesquisas penales... Ahora bien, según manifestación expresa de la Oficina de Personal en su hoja de vida, no aparece anotación o llamado de atención alguno’ ”.

Lo censurable, dice el actor, es que si en gracia de discusión se aceptara que las declaraciones del Fiscal obedecieron a una política de purga, lo correcto sería que existiera un soporte disciplinario o penal respecto de los declarados insubsistentes, con el fin de respetar su derecho al buen nombre y al debido proceso. “Nadie se puede defender de una imputación genérica, imprecisa, indeterminada, abstracta, carente de contenido y motivación”, agrega.

Para el demandante, la sensación de indefensión es “aplastante”, pues las declaraciones en su contra fueron proferidas por un funcionario público que goza de credibilidad, razón por la cual el restablecimiento de su derecho al buen nombre, que ha cultivado durante 17 años de carrera profesional en cargos en los que mantuvo una conducta intachable, no se logra con una rectificación privada. En consecuencia, solicita a la Corte Constitucional que ordene al señor Fiscal General de la Nación rectificar la información ante la opinión pública, a través de los medios de comunicación, con la misma amplitud y en las mismas condiciones en que se dio la noticia, para que se diga que al momento de su desvinculación no se adelantaba ningún proceso penal o disciplinario orientado a establecer la existencia de conductas

reprochables de su parte.

Adicionalmente, el demandante sostiene que el acto administrativo por el cual se lo desvinculó del organismo de investigación carece de fundamento jurídico y puso en peligro sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral, salud, seguridad social, vivienda y mínimo vital, razón por la cual solicita que, como mecanismo transitorio, se deje sin efecto la Resolución 0-1625 del 26 de abril de 2004, por medio de la cual se lo declaró insubsistente, y se ordene su inmediato reintegro. Al respecto, manifiesta que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, por lo que, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Fiscal General no tenía facultad discrecional absoluta para desvincularlo, sino restringida a la existencia de una sanción disciplinaria o a la ocupación de la plaza por convocatoria de concurso público. Tendiendo en cuenta que la Fiscalía no ha convocado a concurso para ocupar los cargos de carrera y visto que no existe sanción disciplinaria, el Fiscal no tenía motivo alguno para declarar insubsistente el nombramiento.

El demandante reconoce que existen las vías ordinarias de defensa ante el contencioso administrativo, pero advierte que sus derechos fundamentales se vieron afectados por la decisión de la Fiscalía y que se encuentra enfrentado a un perjuicio irremediable, pues perdió su trabajo y le resulta difícil conseguir otro –dada la etiqueta de corrupción que ensombreció su desvinculación-, no puede afrontar sus gastos personales, tiene un crédito de vivienda con entidades bancarias cuyas cuotas mensuales representaban el 30% de sus ingresos y dejó de cotizar a salud y a seguridad social por razón de no trabajar más en la Fiscalía.

2. Contestación de la Demanda

Mediante memorial del 14 de julio de 2004, la Fiscalía General de la Nación, representada por la Jefe de la Oficina Jurídica, doctora Magnolia Valencia González, dio contestación al libelo demandatorio en los siguientes términos.

La Fiscalía sostiene que, según jurisprudencia del Consejo de Estado, el nombramiento en provisionalidad, incluso en un cargo de carrera administrativa, no despoja de la calidad de funcionario de libre nombramiento y remoción a quien lo ocupa, razón por la cual no era necesario motivar el acto de desvinculación del tutelante, tal como en efecto procedió el organismo de investigación. En este sentido, advierte que el acto administrativo de insubsistencia expedido por el Fiscal General responde a la potestad discrecionalidad

nominadora que lo inviste, no a la ineptitud profesional del servidor público, por lo que dicho acto goza de presunción de legalidad y debe ser acatado, tal como lo han reconocido varios Tribunales Contenciosos del país en fallos que resultaron favorables a la decisión administrativa. “Teniendo en cuenta que el accionante estaba vinculado en provisionalidad, el Fiscal General de la Nación, simplemente por motivos del servicio o de reorganización de la entidad, estaba facultado para dictar la resolución de insubsistencia, sin necesidad de entrar a motivar por qué se tomaba esa determinación, por lo cual no es dable afirmar que la entidad le vulneró al accionante el derecho al debido proceso”, agrega.

Frente a los derechos a la salud y a la seguridad social, la demandada sostiene que aquellos deben garantizarse a todo ciudadano con independencia de que mantenga una relación laboral o no, pero que, aún así, los derechos a la salud y a la seguridad social del tutelante no se encuentran en peligro porque no hay un riesgo inminente que los comprometa en conexidad con el derecho a la vida. En cuanto al derecho al mínimo vital, la Fiscalía advierte que el demandante está en condiciones de conseguir otro empleo y que las cesantías, dispuestas por la legislación para enfrentar los periodos de vacancia, solventan las necesidades económicas de quien no se encuentra trabajando, desvirtuando así la existencia de un perjuicio en esta materia.

Finalmente, en relación con la vulneración de los derechos al buen nombre y a la honra, la Fiscalía manifiesta que el acto de desvinculación no hace referencia alguna en la materia y que las acusaciones del tutelante se fundan en presunciones sobre las cuales quiere estructurar una posible desviación de poder, causal de nulidad que debe ser evaluada por el juez contencioso. Por demás, el actor acusa a los medios de comunicación de especular sobre las causas de la declaratoria de insubsistencia, por lo que no puede la Fiscalía responder por dichas acusaciones, pues no es el sujeto activo de tales conductas.

Por último, la representante de la Fiscalía advierte que las causas por las cuales son ha sido posible implementar la carrera en esa institución son ajenas a la voluntad de la misma, pues tienen que ver con deficiencias presupuestales y con la implantación del nuevo sistema acusatorio.

3. Sentencia de primera instancia

Por Sentencia del 23 de julio de 2004, la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la

Judicatura de Cundinamarca resolvió denegar el amparo de tutela solicitado por el demandante. Para la Sala, no existe prueba de que el Fiscal General de la Nación hubiera realizado un ataque directo al buen nombre y a la honra del tutelante, pues en ninguno de sus pronunciamientos relacionados con la declaratoria de insubsistencia de sus funcionarios, constantes en las cintas de video aportadas al expediente, se evidencia acusación directa contra él. Ahora, si finalmente el demandante considera que aquellos pronunciamientos han trascendido a la órbita de la injuria y/o la calumnia, entonces la vía jurisdiccional apropiada para obtener la protección es la vía penal, no la jurisdicción de tutela, concluye el Tribunal.

Frente a las consecuencias de la desvinculación laboral del demandante en sus derechos fundamentales, el Consejo Seccional de la Judicatura recalcó que la legalidad de la declaratoria de insubsistencia es un asunto reservado al juez de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde la legislación ofrece el tramite especial de la suspensión provisional del acto. Acepta, no obstante, que la carrera de la Fiscalía no ha sido implantada por razones ajenas a la voluntad de la institución, lo que ha permitido la vinculación precaria de funcionarios en cargos de carrera.

Frente a la afectación de los derechos al mínimo vital y a la vivienda, el Consejo Seccional advierte que la desvinculación del demandante no le impide seguir ejerciendo su profesión de abogado, pese a las dificultades que implica quedarse sin trabajo. La vulneración de los derechos a la vida y a la salud no quedó demostrada y el derecho a la seguridad social se encuentra amparado, para quienes carecen de capacidad de pago, por el régimen subsidiado de la Ley 100, por lo que, en este aspecto, tampoco hay vulneración de derechos fundamentales.

4. Impugnación y contestación de la Fiscalía General

El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Admite que las pruebas solicitadas en la demanda fueron defectuosamente recaudadas, pues, en primer lugar, los casetes revisados corresponden a la emisión de noticias de otra fecha, los videos aportados no pudieron ser vistos por dificultades técnicas, el Senado de la República informó que no existían registros fílmicos de las declaraciones del Fiscal General de la Nación y no se recibió la prueba testimonial a dicho funcionario público, pero que, pese

a dichas dificultades, el material probatorio allegado al expediente era suficiente para resolver el caso, toda vez que, ni en el oficio anexo en el que la Fiscalía General responde al derecho de petición del demandante ni en el escrito de contestación de la demanda dicha institución desmiente o desvirtúa la veracidad o existencia de las declaraciones, sino que, por el contrario, admite la intervención del Fiscal y se dan ciertas explicaciones al respecto. Así, pese a que las pruebas no se recaudaron, existen elementos de juicio suficientes, dice el demandante, para sostener que sus derechos fundamentales fueron vulnerados.

En cuanto a la desvinculación de que fue objeto, el impugnante advierte que el juez de primera instancia desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional según la cual, el nombramiento en provisionalidad, para cargos de carrera administrativa, no modifica la calidad del empleo para convertirlo en de libre nombramiento y remoción. Dice que la sentencia de instancia ignoró los pronunciamientos contenidos en los fallos T-793 de 2002 y T-884 de 2002 de la Corte Constitucional, en donde se resuelven favorablemente casos parecidos al suyo.

Finalmente, arguye que la declaratoria de insubsistencia sí afecta sus derechos laborales, porque implica un triple perjuicio, consistente en perder el puesto, ver afectado su derecho al buen nombre y enfrentar problemas para reincorporarse laboralmente en otro cargo.

En respuesta a los argumentos de la impugnación, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, doctora Magnolia Valencia González, reiteró la exposición hecha en la contestación de la demanda y sostuvo, además, que el acto administrativo de insubsistencia, emitido con fundamento en la potestad discrecional del Fiscal General y en interés del servicio, se presume legal y no requiere de motivación. Por demás, la oficina se reafirma en el hecho de que el Fiscal contaba con la autorización legal para retirar del cargo al tutelante, pues no se trataba de un funcionario de carrera administrativa, y que el actor cuenta con la jurisdicción contenciosa para impugnar la validez del acto. Asegura que en el acto de desvinculación no se hizo referencia alguna que pudiera afectar su honra o buen nombre. En los demás aspectos, la Fiscalía recaba sobre lo dicho en la contestación de la demanda, advirtiendo finalmente que no se observa perjuicio irremediable porque faltan sus elementos constitutivos.

5. Sentencia de Segunda Instancia

Por Sentencia del 18 de agosto de 2004, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió la impugnación contra la demanda de primer grado, modificándola en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela.

Para la Sala del Consejo Superior, la acción de la referencia es improcedente porque “un funcionario puede ser desvinculado de la administración y encontrarse en una situación en que la institución ha hecho uso indebido del poder discrecional, empero esa decisión u otra circunstancia de igual magnitud deberá ser analizada por la correspondiente jurisdicción para determinar si la legalidad fue o no desbordada por quien ejercía dicho poder”.

En el caso concreto, el ad quem consideró que el acto administrativo cuestionado se presumía válido, y que la primera instancia explicó las alternativas judiciales con que contaba el particular frente a la decisión administrativa, por lo que no podía el juez de tutela asumir el estudio de la legalidad de la medida. Para el tribunal, las pruebas aportadas al expediente debían ser examinadas por los jueces naturales en los procesos pertinentes, dentro de los cuales el perjudicado se puede constituir en parte civil para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos.

A lo anterior se suma que el actor cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que lo afecta y que también puede iniciar los procesos por injuria y calumnia contra quien, a su juicio, atentó contra sus derechos a la honra y al buen nombre. Para el Tribunal, el hecho de que las aseveraciones del Fiscal y la prensa ya se hayan efectuado, convierte el asunto en un problema de hecho superado que sólo puede solucionarse mediante un proceso que busque la indemnización del daño. Además, dice, hasta ahora no se ha probado que el Fiscal General haya emitido declaraciones atentatorias de los derechos del demandante.

Por ultimo, advierte que como la carrera administrativa no ha sido incrementada en la Fiscalía General de la Nación, no pueden invocarse los derechos a los cuales hace alusión la Corte Constitucional (sic), “por cuanto dicha institución no ha incrementado dicho sistema, por tal motivo la acción de tutela no procede para proteger derechos que aun no han sido establecidos y en gracia de discusión, y ante el hecho que se hubieran proferido actos abiertamente contrarios a dicho régimen, igualmente existirían otros medios de defensa para restablecer el resquebrajado orden, lo que conduciría igualmente a declarar la improcedencia

del amparo constitucional deprecado”.

Varios magistrados formularon aclaraciones de voto a la decisión mayoritaria.

6. Notificación del proceso a tercero interesado en decisión judicial

Mediante Auto del 31 de enero de 2004, la Sala Sexta de Revisión de tuteas de la Corte Constitucional, en aras de proteger el derecho al debido proceso, ordenó adelantar la notificación del proceso a quien pudiera encontrarse ocupando el cargo del cual fue desvinculado el demandante. Mediante oficio OJ-00157 del 3 de febrero del año en curso, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía informó a la Corte que el cargo que venía ocupando el señor Carlos Ibán Mejía Abello antes de ser desvinculado no había sido ocupado por persona alguna, pues la plaza había sido trasladada para Cali, repartiéndose los negocios entre los demás fiscales especializados de la respectiva unidad. En este sentido, la nulidad detectada por la Corte, como consecuencia de no haberse notificado la tutela al tercero que pudiera resultar afectado con la decisión, quedó saneada.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena por la cual se resolvió en segunda instancia la tutela de la referencia.

2. Problema Jurídico

La demanda de la referencia plantea dos problemas jurídicos principales: el primero tiene que ver con la violación de los derechos al buen nombre y a la honra del demandante como consecuencia de las supuestas declaraciones del señor Fiscal General de la Nación que lo habrían comprometido con el proceso de purga por corrupción en la institución de investigación del Estado. El segundo problema jurídico se relaciona con la legitimidad de la desvinculación del peticionario y exige resolver si un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad puede ser desvinculado del organismo público por un acto

administrativo no motivado.

Aunque el demandante ha expuesto los cargos de la demanda en ese orden, esta Sala considera conveniente analizarlos en orden inverso, de manera que se defina, primero, si la declaración de insubsistencia del demandante es respetuosa de sus derechos fundamentales. Luego se examinará el tema relativo a la violación de los derechos al buen nombre y a la honra del peticionario.

No obstante lo anterior, la resolución de los problemas jurídicos citados exige un análisis inicial de la procedencia de la tutela.

3. Breves precisiones acerca de la procedencia de la acción de tutela y del perjuicio irremediable

La necesidad de definir la procedencia de la acción de tutela como etapa inicial del estudio de este caso se justifica por el hecho de que dicha acción es un mecanismo que opera en subsidio de los medios ordinarios de defensa, lo cual implica que, sólo a falta de ellos, el particular puede acudir a la acción constitucional para pedir la protección de sus derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción “constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito”¹.

En el mismo sentido, la Corte dijo en otra ocasión:

Reitera la Corte que la acción de tutela es mecanismo subsidiario cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados por acción u omisión de

una autoridad pública o de una persona o entidad privada cuando la circunstancia encaja en lo previsto por la Carta, pero en modo alguno se constituye en vía adecuada para sustituir al sistema jurídico ordinario ni para reemplazar los procedimientos judiciales expresamente contemplados para solucionar determinadas situaciones o para desatar ciertas controversias. (T-293 de 1997 José Gregorio Hernández Galindo) (Subrayas fuera del original)

Y sobre el mismo tema, recalcó:

En efecto, la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución “está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.” (T-262 de 1998 Eduardo Cifuentes Muñoz) (Subrayas fuera del original)

Así pues, dado que esta acción es un mecanismo excepcional de defensa, el primer estudio que debe realizar el juez de tutela, al momento de abordar el expediente, es el de la procedencia del mismo.

En este contexto, la Corte Constitucional ha establecido los alcances del artículo 86 de la Carta que dispone que la tutela sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por ello ha dicho que si no existen medios judiciales de defensa para proteger un derecho fundamental, el mecanismo definitivo es la acción de tutela, pero que si dichos mecanismos existen, pero son insuficientes, no son idóneos o resultan tardíos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela puede utilizarse para desplegar dicha protección, generalmente de manera transitoria y excepcionalmente de manera definitiva.

De tal interpretación se infiere que sólo frente a la existencia de un perjuicio irremediable puede pensarse en la tutela como mecanismo transitorio, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa.

Ahora bien, en relación con el tema del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha sostenido que el mismo se configura cuando la víctima se enfrenta al detrimento grave de un derecho fundamental, “que por cuya seriedad exige de medidas de neutralización urgentes e impostergables”². Acudiendo a la jurisprudencia sentada por una Sentencia típica en la materia, la Corte ha dicho que el perjuicio irremediable es aquel que “se yergue grave e inminente sobre el titular de un derecho fundamental, que requiere ser contrarrestado con medidas urgentes y de aplicación inmediata e impostergable”³. Así, en la Sentencia T-225 de 1993- la Corte sostuvo:

5.- El perjuicio irremediable y sus alcances

La Carta Política (art. 86 inc. 3o.) establece como requisito sine qua non para que proceda la acción de tutela, el que no exista otro medio de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. Visto está que en el presente caso -al tener que protegerse un derecho que ha sido vulnerado por la actividad de una autoridad pública-, no procede la acción popular como “otro medio de defensa judicial”. Con todo, esta Sala estima indispensable analizar brevemente el tema del perjuicio irremediable.

(...)

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

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

indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

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

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

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes,

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

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

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

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

Establecidos los elementos que determinan la procedencia de la tutela y que configuran el

perjuicio irremediable, pasa la Sala a estudiar la procedibilidad en el caso particular.

4. Improcedencia general de la tutela para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación y para obtener el reintegro del servidor público

Siguiendo los lineamientos teóricos expuestos arriba, la jurisprudencia de la Corte es unívoca al señalar que, en principio, la acción de tutela es improcedente para impugnar la legalidad de un acto administrativo por el que se ha dispuesto la desvinculación de un funcionario del Estado, así como tampoco procede para obtener el reintegro del servidor público que ha sido desvinculado.

En primer lugar, al ser la acción de tutela una acción subsidiaria, sustituta frente a la inexistencia o inoperancia de los medios ordinarios de defensa, la Corte Constitucional ha sido enfática al advertir que aquella no puede utilizarse como mecanismo principal para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación, pues para tal fin el legislador ha dispuesto la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho -posterior además al agotamiento de los recursos de la vía gubernativa- acción en la que también se puede solicitar la suspensión provisional de la decisión. Sobre el particular, la Corte sostuvo que “la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc.) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”⁴

Sobre el mismo particular, en Sentencia SU-544 de 2001, la Corte manifestó:

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto (Sentencia SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario:

“la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo” (Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Ahora bien, en segundo lugar, además de que la tutela no es el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. Sobre este tópico la Corte sostuvo, por ejemplo, en la Sentencia SU-250 de 1998 que “la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”⁵. La misma tesis fue objeto de reiteración en la Sentencia T-756 de 1998, en donde el Tribunal preceptuó que la acción procedente para obtener el reintegro del servidor del Estado es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en el último fallo citado, la Corte Constitucional admitió que sólo por excepción procedería la tutela como mecanismo transitorio, si se comprobaba la existencia de un perjuicio irremediable.

Para reclamar reintegro, existe otro procedimiento, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable (Sentencia T-576 de 1998).

Así, para concluir, es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido.

5. Improcedencia de la tutela en el caso sometido a estudio por inexistencia del perjuicio irremediable

Al descender al caso concreto se evidencia que una de las pretensiones de la demanda busca que el juez de tutela ordene al Fiscal General de la Nación dejar sin efectos la Resolución 0-1625 del 26 de abril de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del peticionario, así como que se ordene al mismo funcionario reintegrar al tutelante al cargo que venía ejerciendo.

Tal como se desprende de las consideraciones anteriores, la tutela no es el mecanismo judicial adecuado para enervar la legalidad del acto administrativo de desvinculación, así como para ordenar el reintegro del funcionario al cargo de la Fiscalía que venía ejerciendo. En ese sentido, la tutela resulta improcedente. No obstante, como también se dijo, la jurisprudencia admite que el reintegro es posible si se logra demostrar la existencia de un perjuicio irremediable.

En el caso particular, el demandante no logra demostrar la existencia del perjuicio irremediable respecto del derecho al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, al trabajo y a la vivienda. En efecto, el actor sostiene que enfrenta un perjuicio irremediable porque se ha quedado sin ingresos laborales, porque no podrá seguir cancelando las cuotas de su vivienda, que ascendían al 30% de sus ingresos mensuales, porque perdió su desvinculación al plan de salud obligatorio y porque dejó de pagar cotizaciones al sistema de seguridad social. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que la pérdida de la vinculación laboral no constituye por sí misma un perjuicio irremediable, pues ello terminaría por suplantar la jurisdicción laboral al permitir que todo aquel que se considerara injustamente desvinculado recurriera a la acción de tutela para impugnar el retiro. Así, sólo en aquellos casos en que dicha desvinculación realmente pone en peligro derechos fundamentales, puede otorgarse el amparo solicitado. En el caso particular el actor no demostró que la declaración de insubsistencia del nombramiento produjera un efecto nocivo directo, grave e irremediable en sus derechos fundamentales, sobre todo desde la consideración de que aquél conserva la idoneidad profesional que le da el hecho de ser abogado para ejercerla públicamente y proveerse el sustento económico requerido.

La Sala no desconoce que el retiro de un puesto de trabajo produce consecuencias negativas

de tipo económico, pero no por ello puede aceptar que siempre que se produce uno se afectan de manera irremediable los derechos fundamentales. Para que así sea se requiere de una prueba contundente que demuestre que la agresión de un derecho fundamental está inescindiblemente ligada a la pérdida del empleo.

Así pues, dado que el actor no demostró la existencia de un perjuicio grave, que requiera de medidas urgentes e impostergables, la Sala no concederá la tutela para obtener la anulación del acto administrativo ni para ordenar el reintegro.

En este sentido, la Sala reitera la posición asumida en la Sentencia T-1011 de 2003, en donde la Sala Séptima de Revisión de tutelas decidió no conceder el amparo solicitado a un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que había sido desvinculado de un cargo de carrera administrativa que venía ejerciendo en provisionalidad. La Sala reconoció que la tutela no era procedente para obtener el reintegro, toda vez que el actor, además de contar con las vías judiciales ordinarias de defensa, no enfrentaba un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio, como sí ocurría en casos precedentes en donde las personas retiradas enfrentaban una verdadera consecuencia negativa, constatable y verificable en cuanto a su gravedad, para obtener la protección solicitada.

“Al cotejar la situación del ciudadano CARLOS ALFONSO RIVAS CABALLERO con la de GLORIA AMPARO GALLEGU ROMAN (sentencia T-800 de 1998) y con la de CLARA AURORA MAYA GOMEZ (sentencia T-884 de 2002), encuentra la Sala de Revisión que si bien es cierto en los tres casos se declaró insubsistente el nombramiento de los accionantes cuando ocupaban cargos de carrera habiendo sido nombrados en provisionalidad, el amparo fue concedido por la Corte Constitucional como mecanismo transitorio teniendo en cuenta la naturaleza del perjuicio al cual estaban avocadas las peticionarias.

19.- Así, en el caso de la señora GALLEGU ROMAN, la Corporación accedió a las pretensiones de la accionante teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas en que aquella se encontraba. Al respecto, en la providencia se lee:

“Pues bien, en el presente asunto, el derecho de la demandante a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no puede ser desvinculada del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos, sí

podría llegar a atentar contra derechos fundamentales como pasa a demostrarse.

En efecto, la peticionaria aseguró en su declaración que era madre soltera y que debía atender el cuidado de su hijo menor de dos años y medio, quien por una afección respiratoria debía estar sometido a un tratamiento médico constante. Además, aseguró no tener vivienda propia y estar sometida al pago de un arrendamiento de \$150.000 mensuales. Las afirmaciones anteriores no fueron desmentidas por la parte accionada y, en cambio, sí confirmadas por los empleados del Hospital a quienes se les recibió declaración en el proceso.

20.- Para decidir provisionalmente a favor de la ciudadana CLARA AURORA MAYA GOMEZ⁷, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que se trataba de una mujer cabeza de familia, madre de dos hijos menores de edad, además de que carecía de vivienda propia y pagaba arriendo. Es decir, la Corporación no limitó su análisis al aspecto jurídico, sino que agregó a sus consideraciones, como factor principal, la especial situación de la peticionaria.

21.- Después de examinar y valorar las pruebas que obran en el expediente, la Sala de Revisión concluye que el caso del ciudadano CARLOS ALFONSO RIVAS CABALLERO no es asimilable al de las madres cabeza de familia que obtuvieron la tutela transitoria de sus derechos, ya que el accionante está casado con la señora LENIS BEATRIZ SALAZAR GOMEZ, quien, según manifestó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta durante una diligencia de declaración, presta sus servicios como trabajadora social en el Centro de Rehabilitación y Diagnóstico Fernando Troconis, empleo por el cual devenga un salario mensual superior a un millón cien mil pesos (\$ 1'100.000.00).

Esta circunstancia hace que la situación del accionante varíe sustancialmente respecto de los casos de las señoras GALLEGO ROMAN y MAYA GOMEZ, ya que al lado de su cónyuge dispone de algunos recursos económicos que, a pesar de ser escasos, le permitirán sobrellevar la situación hasta cuando el Tribunal Administrativo del Magdalena resuelva sobre la demanda instaurada en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION.

(...)

Las circunstancias especiales del presente caso conducen a la Sala de Revisión a confirmar la sentencia mediante la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al

revocar lo resuelto por el a quo, decidió negar la tutela solicitada por el ciudadano CARLOS ALFONSO RIVAS CABALLERO, pues, además de contar con otro mecanismo de defensa judicial, no se vislumbra la posibilidad de que el actor esté avocado a sufrir un perjuicio irremediable. (Sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Y más recientemente, la Corte indicó:

Ahora bien, pese a lo anterior, debe aclararse que la jurisprudencia también tiene establecido que, de ordinario, la tutela no es la vía adecuada para que los empleados y funcionarios que padezcan esta situación reclamen sus derechos, puesto que para estos casos cuentan con la jurisdicción contenciosa administrativa; instancia, que se revela como la vía judicial idónea para debatir la ineficacia de los despidos y demandar el reintegro laboral, a menos, claro está, que se trate de una persona en particulares circunstancias de indefensión, cuya situación amerite la intervención del juez de tutela⁸ (Sentencia T-1206 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería)

No obstante lo anterior, esta Sala considera que la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación consistente en no motivar el acto de desvinculación sí constituye vulneración al debido proceso, tal como se explica en el siguiente capítulo.

6. Procedencia de la tutela para obtener la protección del derecho al debido proceso por falta de motivación del acto de desvinculación. Reiteración de Jurisprudencia.

De acuerdo con las pruebas de la demanda, el peticionario fue desvinculado por Resolución 0-1625 del 26 de abril de 2004 del Fiscal General de la Nación, sin motivación alguna. El actor ejercía en provisionalidad el cargo de carrera⁹ de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos de Interdicción Marítima, tal como lo reconoce el organismo investigativo (Resolución 0-0677 de 7 de junio de 2001, folio 25, cuaderno 2).

Pues bien, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha precisado que la desvinculación de los servidores públicos que ocupan provisionalmente cargos de carrera debe motivarse. Recientemente, mediante fallo T-951 de 2004, la Sala Sexta de Revisión de tutelas hizo un recuento de la línea jurisprudencial en la materia, de la cual es posible concluir que la motivación del acto de desvinculación de funcionarios en dichas condiciones

es necesaria como garantía de su derecho al debido proceso.

En efecto, en la mencionada providencia, la Sala recordó que, mediante Sentencia SU-250 de 1998, la Corte sentó el primer precedente sobre el particular al advertir que “cuando un notario ocupa un cargo en interinidad, en puestos que son de carrera, el acto de desvinculación debe ser motivado, pues sólo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación”. Para ilustrar la posición de la Corte, la Sala transcribió el siguiente aparte de la sentencia:

Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. (Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Adicionalmente, en la Sentencia T-951 de 2004, la Sala advirtió que la jurisprudencia constitucional citada distinguía “entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo”¹⁰.

La misma tesis aparece reiterada en la Sentencia T-800 de 1998, en la que la Sala Novena de Revisión analizó la vulneración de los derechos de una enfermera que venía ocupando en provisionalidad un cargo de carrera en un hospital del Valle y que fue desvinculada sin motivación alguna por el ente nominador, y decidió conceder el amparo “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”¹¹

Del mismo modo, esta posición jurídica fue el fundamento de la Sentencia C-734 de 2000, mediante la cual la Sala Plena de la Corte recibió las consideraciones de la citada Sentencia SU-250 de 1998, al advertir, a propósito de la revisión de constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que “la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe”¹².

La Corte reiteró este criterio jurídico en la Sentencia T-884 de 2002 cuando, al igual que en caso sometido a estudio, una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación presentó demanda contra el organismo por haberla desvinculado sin motivación del cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. De conformidad con la reseña de la Sentencia T-951 de 2004, en aquella providencia la Corte precisó que “la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable”. A lo cual agregó, en la Sentencia T-884 de 2002, lo siguiente:

“Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Consejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad.

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin

motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental y, es en ese sentido y propósito que deben entenderse las afirmaciones de la Corte Constitucional consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998". (Sentencia T-884 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas)

Nuevamente, en la Sentencia T-610 de 2003, citada por la T-951 de 2004, la Corte reiteró la posición que aquí se defiende, al conceder la tutela a una funcionaria de una entidad pública hospitalaria, desvinculada sin motivación del cargo de carrera que ejercía en provisionalidad. La providencia advirtió que "la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado"¹³. Al reseñar la providencia, la Sentencia T-951 de 2004 indicó que, en aquella, "la Corte reiteró la posición según la cual los actos de remoción de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación -dado el carácter personalísimo del cargo-, pero que los de carrera sí lo requieren, incluso cuando están siendo ocupados por funcionarios en interinidad o provisionalidad"¹⁴. Y finalizó diciendo:

Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. (Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

La Corte volvió a pronunciarse al respecto en la Sentencia T-572 de 2003, en relación con la demanda de una empleada del Club Militar de Oficiales de Bogotá que había sido desvinculada sin motivación alguna del cargo que venía ocupando en dicho club. La Sentencia T-951 de 2004 hizo el recuento:

La autoridad nominadora sostenía que el cargo no era de carrera sino de libre nombramiento y remoción. Tras establecer que el cargo que la peticionaria ejercía sí era de carrera, pero

que lo venía ocupando en provisionalidad, la Corte reiteró la posición ya decantada por la jurisprudencia en relación con la necesidad de motivación del acto de desvinculación. Así se expresó sobre el particular:

Sin embargo, como quedó establecido, el cargo que venía ocupando provisionalmente la señora Gómez Figueredo era un cargo de carrera y no uno de libre nombramiento y remoción como lo sostiene la entidad demandada. En virtud de lo expuesto a lo largo de esta providencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. De hecho, la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.

Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión¹⁵, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa. (Sentencia T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas)”

Una vez más, la Corporación vertió la misma tesis en la Sentencia T-1011 de 2003, ya citada, cuando, a pesar de negar la tutela por inexistencia de perjuicio irremediable, reconoció que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen”¹⁶

De nuevo, en la Sentencia T-597 de 2004, la Corporación concedió la protección a una funcionaria de la CAR a la que desvincularon del cargo de carrera que ocupaba

provisionalmente. En dicha ocasión, la Corte dijo que “en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos”¹⁷

Por último, en la Sentencia más reciente, la T-1206 de 2004, la Sala Primera de Revisión concedió la tutela a otra Fiscal Delegada ante Juzgados Municipales, que fue desvinculada por resolución no motivada, pese a estar ocupando un cargo de carrera, aunque en provisionalidad.

Del análisis de la línea jurisprudencial precedente se evidencia que la posición de la Corte a este respecto es diáfana: el acto por el cual se declara la insubsistencia del nombramiento de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera debe motivarse. La razón está expresamente indicada en la primera de las sentencias que abordó el punto, la SU-250 de 1998, pues para la Corte, en dicha ocasión, la falta de motivación del acto administrativo es causal directa de violación del debido proceso.

De conformidad con esta providencia, la falta de motivación del acto es un atentado contra la publicidad del mismo, en tanto se le impide al perjudicado conocer las verdaderas razones de la desvinculación –las cuales no pueden provenir de la simple discrecionalidad del nominador, dada la situación particular de los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera- y, por consiguiente, dificultan el despliegue de una eficiente oposición jurídica en contra del acto administrativo, tanto en vía gubernativa como en sede jurisdiccional. Por ello la Corte dijo que la vulneración del debido procedimiento administrativo que se verifica mediante la ausencia de la motivación del acto de desvinculación del servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad justifica la procedencia de la protección tutelar. Sobre este particular, se dijo:

En cuanto al debido proceso administrativo:

El Estado le debe a la persona, como derecho prestacional, el derecho a un proceso justo y adecuado, es decir, que antes de privar a alguien de un bien jurídico debe haber una actuación del Estado que nunca puede implicar restricciones a los derechos fundamentales. Esto significa una muralla a los abusos que puede cometer la administración. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para

impedir que se obstaculice la defensa en el proceso.

(...)

En primer lugar, el decreto por medio del cual se retiró del servicio a la doctora DUQUE DE VALENCIA, no tiene las características de publicidad, dentro del criterio que a tal principio se le ha venido dando, es decir, que la publicidad no se identifica con la publicación sino que va más allá de ésta, exigiéndose motivación, no solamente formal sino material, como eso no se hizo, en el presente caso, se violó el debido proceso.

(...)

Se torna injustificado un retiro que no responda al interés general, de ahí la necesidad de que en la motivación se exprese cuáles fueron los hechos que afectaron ese interés general. Este aspecto es muy importante porque el hecho de tener en cuenta el interés general no es otra cosa que la aplicación de los principios de imparcialidad y publicidad reseñados en el art- 209 de la Constitución.

(...)

En conclusión, la cita de las normas no equivale a motivación; para una desvinculación, el nominador debe enumerar con claridad las causas y hechos que motivaron el retiro. Mientras no lo haga está violando el debido proceso. En el presente caso se incurrió en tal omisión, luego la tutela prospera por este aspecto, de lo cual se infiere que debe dársele al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y el Derecho la orden de que profieran el acto administrativo para que la doctora Duque, pueda nuevamente controvertir el asunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si es que esa sería su determinación.

La posición precedente fue confirmada por la Sentencia T-1206 de 2004, en donde se adoptó una solución similar. Allí se dijo:

En este orden de ideas, considera la Sala que el Fiscal General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso del señor Pablo Andrés Segura Quiñónez al no motivar la Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, ya que, al no estar vinculada esta persona a un cargo de libre nombramiento y remoción, y como quiera que la sola condición de empleado en provisionalidad no es suficiente para predicar dicha calidad, la autoridad accionada debió

sustentar las razones por las cuales decidió prescindir de sus servicios. (Sentencia T-1206/04 M.P. Jaime Araújo Rentarías)

Por último, en la más reciente sentencia sobre la materia, la T-1240 de 2004, la Sala () de Revisión de tutela de la Corte concedió el amparo solicitado por una funcionaria de la Alcaldía Municipal de Riosucio -Caldas-, que fue desvinculada por acto administrativo no motivado. De acuerdo con la providencia, la jurisprudencia constitucional “ha señalado que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro, sino la motivación del acto de desvinculación del servicio”. A lo anterior agregó

“...no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aún cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio.

A partir de la anterior premisa, la Corte ha señalado que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “... el acto administrativo de desvinculación de un funcionario que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe justificar la justa causa por la cual se lo separa del mismo, pues los motivos de protección del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos.”¹⁸(Sentencia T-1240 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil) (Subrayas fuera del original)

En el caso concreto, de las pruebas recaudadas se tiene que la Fiscalía General de la Nación no motivó el acto administrativo de desvinculación, por lo que, tratándose de un funcionario que ocupa un cargo de carrera, aunque en provisionalidad, se entiende que su derecho al debido proceso ha sido vulnerado. Por tal razón, tal como se hizo en la Sentencia SU-250 de

1998, esta Sala concederá la tutela, ordenándole al señor Fiscal General de la Nación que, mediante acto administrativo motivado, manifieste las razones expresas y concretas que condujeron a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de Carlos Ibán Mejía Abello de su cargo como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados.

El demandante advierte, además, como cargo principal de su libelo, que el Fiscal General de la Nación vulneró sus derechos al buen nombre y a la honra al admitir públicamente, el 27 de abril de 2004 en el Senado de la República, que las insubsistencias ordenadas el día anterior –es decir el 26- hacían parte de un programa de purga anticorrupción en la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima.

El actor sostiene que tales declaraciones afectan sus derechos fundamentales por cuanto que contra él no se adelantó ni se adelanta proceso penal ni disciplinario alguno, lo cual deja sin soporte jurídico el nexo de su retiro con el programa anticorrupción en la entidad. El demandante señala que la respuesta dada al derecho de petición que elevó el 3 de mayo de 2004 para que se aclarara la situación no remedia en nada su condición de afectación pues dicha respuesta, aunque no lo sindicaba directamente, tampoco desmiente que las acusaciones del fiscal se hayan referido a él.

Finalmente, el demandante indica que, gracias a las declaraciones del Fiscal General, los medios de comunicación han incluido su nombre en múltiples artículos alusivos a hechos ilícitos cometidos en la Unidad Nacional Antinarcóticos.

En relación con el caso planteado, la Jurisprudencia de la Corte reconoce que la acción de tutela es un mecanismo adecuado para obtener la protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Efectivamente, la Corte ha dicho que la acción de tutela procede para defenderlos pues, frente a la amenaza de una vulneración inminente, no existe mecanismo judicial que permita su protección, ya que las acciones penales únicamente persiguen la sanción de quien incurre en delitos que atentan contra dichas garantías, no el amparo cautelar de los mismos frente amenazas que, incluso, pueden no constituir conductas típicamente delictuales. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en la materia, uno de cuyos fallos se cita:

“Resta entonces determinar si el actor cuenta con un mecanismo judicial ordinario de defensa que, en forma idónea, permita la protección de los derechos fundamentales cuya

efectividad invoca. Dado que lo que el demandante endilga al demandado son una serie de imputaciones que éste considera vulneran sus derechos a la honra y al buen nombre, podría sostenerse que la vía adecuada para debatir estos asuntos estaría constituida por el proceso penal...

“Sin embargo, a juicio de la Sala, dos razones militan en contra de la eficacia del proceso penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en este caso. En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina nacionales han sido reiterativas al señalar que el elemento central del delito de injuria está constituido por el animus injuriandi, es decir, por el hecho de que la persona que hace la imputación tenga conocimiento (1) del carácter deshonroso de sus afirmaciones y, (2) que tales afirmaciones tengan la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto contra quien se dirigen.¹⁹ Empero, con independencia de que exista o no animus injuriandi, en materia constitucional se puede producir una lesión....La vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En todo caso, al margen de la procedencia eventual de la acción penal, la tutela no puede descartarse como medio apto para brindar protección a la persona que enfrenta amenazas contra su propia vida.”²⁰ (T-263/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Subrayas fuera del original)

En otra de sus providencias, la Corte recordó que la protección constitucional de los derechos a la honra y al buen nombre admite la procedencia de la tutela incluso por encima de los mecanismos sancionatorios del derecho penal, ello, como se dijo, porque el espectro de protección del sistema punitivo es reducido frente a las exigencias de amparo que pueden ser requeridas por estas garantías constitucionales:

Se tiene entonces que la intimidad, el buen nombre y la honra, son derechos constitucionalmente garantizados, de carácter fundamental, lo cual comporta, no sólo que para su protección se puede actuar directamente con base en la Constitución cuando a ello

haya lugar, a través de la acción de tutela, sino que, además, de las propias normas constitucionales, se desprende la obligación para las autoridades de proveer a su protección frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto.

(...)

Dado su carácter de derechos fundamentales, tal como se acaba de expresar, el buen nombre y la honra cuentan con un mecanismo de protección de rango constitucional, como la acción de tutela. Tal protección, ha señalado la Corte, es la más amplia y comprensiva, y pese a su carácter subsidiario, no se ve desplazada por otros medios de defensa judicial, particularmente el penal, cuando no obstante que una determinada conducta no constituya delito si implique una lesión de los bienes jurídicos protegidos. Así, en Sentencia T-263 de 1998, la Corte expresó que “[l]a vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”

También tienen origen constitucional la rectificación y la réplica como medios de defensa a través de los cuales una persona puede tratar de reparar o atenuar el daño que para su honra o a su buen nombre se infiera de la difusión de informaciones inexactas o de manifestaciones injuriosas o calumniosas. (Sentencia C-489 de 2002 Rodrigo Escobar Gil)

Además, en Sentencia C-392 de 2002, la Corte dijo:

En este sentido tomando en cuenta su carácter de derechos fundamentales, esta Corporación ha señalado que independientemente de la existencia mecanismos de protección en materia penal²¹, cuando se presenten violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, afecten estos derechos, será posible invocar la acción de tutela, cuando ello sea necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable²².

Establecido así que la tutela es un mecanismo jurisdiccional idóneo para verificar la vulneración de los derechos a la honra y al buen nombre, pasa la Corte a verificar si, en el

caso particular, la autoridad demandada –el Fiscal General de la Nación- ha incurrido en dicha violación.

De acuerdo con el demandante, el Fiscal General de la Nación quebrantó sus derechos a la honra y al buen nombre al admitir públicamente –ante la Plenaria del Senado de la República- que las insubsistencias decretadas el 26 de abril de 2004 eran “parte de un programa de lucha contra la corrupción al interior de la entidad y por ello habló de una ‘purga’”. No obstante, del análisis de las pruebas aportadas al proceso, esta Sala concluye que la vinculación de la declaratoria de insubsistencia del demandante con el programa anticorrupción proviene, antes que de las declaraciones del Fiscal General de Nación, de los medios de comunicación que analizaron ambos hechos.

El siguiente es el material probatorio pertinente que obra al expediente y que sirve de fundamento a lo dicho:

1. Carta del 8 de junio de 2004 dirigida por el tutelante a la Defensora del Lector del diario El Tiempo en la que rechaza la reiterada mención que venía haciéndose de su nombre, en varias ediciones del periódico, relacionándolo con presuntos hechos de corrupción acaecidos en la Fiscalía General de la Nación.
2. Copia –sin fecha- de la columna periodística de la Defensora del Lector del diario El Tiempo, Cecilia Orozco, en la que la funcionaria admite que, leídas las noticias publicadas en el periódico, relativas a las declaraciones de insubsistencia y a la purga anticorrupción en la Fiscalía, “en el más estricto sentido, es verdad que no se dijo que el afectado estuviera involucrado en las investigaciones; pero no es menos cierto que del contexto de los artículos se podía deducir que rondaban sospechas sobre la conducta de los que fueron removidos de sus puestos. No en vano se mezcló, en la Fiscalía y en los medios, el tema del descubrimiento de los escándalos con el de los despidos”.
3. Copia de la nota periodística del diario El Tiempo del 29 de mayo de 2004 titulada “La oscura oferta de un fiscal antimafia”, en la que se denuncian actos de corrupción en la Unidad Nacional Antinarcóticos de Interdicción Marítima (Unaim). En un recuadro de la franja derecha de la página, junto a la fotografía, se menciona el nombre del tutelante, Carlos Iván

(sic) Mejía, como uno de los fiscales afectados por el “remezón” que ha hecho la Fiscalía General en la Unaim.

4. Extracto de la página 1-2 de la edición del 2 de mayo de 2004 del diario El Tiempo en la que se publica la nota periodística titulada “Del Bunker se iban a llevar 5 expedientes de la mafia”, por la cual se informa sobre el hurto de cinco cuadernos del expediente correspondiente a la investigación contra Leonidas Vargas, custodiado en la Unaim. El informe señala que “Hasta ahora, tres ex funcionarios de la Fiscalía (sus nombres son mantenidos en reserva) están siendo investigados por el hurto que precipitó el relevo del director de la Unaim, Luis Fernando Torres, y del veterano fiscal Álvaro Bayona, a cargo de la investigación contra Vargas, sus enlaces ‘paras’ y traficantes en Honduras”. En otro recuadro, en la parte inferior derecha, se menciona nuevamente el nombre de Carlos Iván (sic) Mejía como uno de los 7 fiscales de la Unaim que fueron desvinculados de la unidad.

5. Copia del editorial del 2 de junio del diario El Tiempo –obtenido de la página web- en el que, bajo el subtítulo de “Fiscalía: depuración en marcha”, el periódico dice: “Con cuatro remezones internos y una redada de funcionarios acusados de hechos de corrupción, la Fiscalía General de la Nación ha emprendido un proceso de depuración que hacía falta en esa institución neurálgica del Estado Colombiano. Una docena de fiscales, la mayoría de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima (Unaim), y un número semejante de ex fiscales, incluyendo a dos ex directores regionales, han quedado cesantes o han sido cubiertos por órdenes de captura en una inusual acción de limpieza iniciada el 12 de abril pasado.(...) Aquel día fueron declarados insubsistentes el jefe de la Unaim, Luis Fernando Torres, y el fiscal Álvaro Bayona, tras la desaparición de un expediente contra el narcotraficante Leonidas Vargas. El remezón continuó con el retiro de los fiscales Omaira Gómez y Efred García, y el 26 de abril les correspondió el turno a los fiscales Albeiro Yepes –quien tenía a su cargo el caso de la devolución de la coca a la mafia por policías de Barranquilla-, Carlos Iván (sic) Mejía, Gladys Sofía Bautista y Luz Marina Gutiérrez. Y el 28 de mayo fueron declarados insubsistentes...Hace dos meses, enfrentado a sucesivas críticas, el fiscal general Luis Camilo Osorio, admitió que en la institución había problemas y que no le temblaría la mano para depurarla. Hay que reconocer que está cumpliendo su palabra al iniciar esta limpieza, indispensable para preservar la confianza pública en la Fiscalía, en una coyuntura crucial, en la que se pondrá a prueba su capacidad para liderar la transformación del sistema judicial del país”.

6. Oficio STGR04841 del 19 de mayo de 2004 (folio 18, cuaderno 2) mediante el cual la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, Judith Morante García, responde el derecho de petición elevado el 3 de mayo de 2004, por el tutelante y le indica –en lo pertinente- que “las aseveraciones públicas que ha realizado el señor Fiscal General de la Nación, acerca de la administración de personal de la entidad, son parte de la dinámica que en esta materia debe asumir, como regente de la institución. Así mismo, regularmente se producen retiros de la planta de personal, actividades que en algunas ocasiones han sido de público conocimiento, sin que ello signifique que se esté haciendo alusión a una determinada persona”. En la misma respuesta, la Secretaria General agrega que “es necesario manifestarle que según información suministrada por la Jefe de la Oficina de Veeduría, Quejas y Reclamos, no se adelantan averiguaciones de índole disciplinaria a nombre de Carlos Ibán Mejía Abello. Igual manifestación realizó el Director Nacional de Fiscalías, en cuanto a la realización de pesquisas de carácter penal....Ahora bien, según manifestación expresa de la Oficina de Personal en su hoja de vida no aparece anotación o llamado de atención alguno.”.

7. Informe de la diligencia de inspección judicial realizada el 19 de julio de 2004 por la Abogada Asistente del magistrado sustanciador del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca –Tribunal de primera instancia-, en el que consta que, tras adelantarse una revisión de los casetes de video remitidos por RCN Televisión, correspondientes al noticiero del 20 de marzo de 2004, no aparece intervención del Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio, en la que hiciera referencia al retiro de algunos de los funcionarios de la Fiscalía. Según el informe, quien hizo mención de las declaraciones de insubsistencia “fue la presentadora de dicho canal quien se refirió en ese sentido informando que se habían declarado ‘insubsistentes a 5 fiscales de la Unidad Antimafia’, entre los que se encontraban los que habían ordenado la captura de Gilberto Rodríguez Orejuela y de los que habían adelantado la investigación por la devolución de cocaína en Barranquilla. La periodista no hizo referencia a un fiscal o fiscales en particular, menos se refirió al accionante Dr. Carlos Iván (sic) Mejía Abello. Revisado el otro video remitido por la Oficina de Prensa y Divulgación de la Fiscalía resultó imposible entender su contenido por encontrarse con fallas de carácter técnico; en consecuencia tampoco se capta referencia alguna al accionante Dr. Mejía Abello.”

8. Oficio No 071 de 2004 del Secretario General del Senado de la República en el que se

informa que por certificación del Jefe de la Sección de Grabación del Senado de la República, el 27 de abril de 2004, en la Sesión Plenaria, no intervino el Fiscal General de la Nación (Folio 51, cuaderno 2).

9. Certificado del Jefe de Grabación del Senado de la República en el que manifiesta que, revisadas las grabaciones magnetofónicas y las transcripciones originales de la Plenaria del Senado el día 27 de abril de 2004 no se encontró ninguna intervención del señor Fiscal General de la Nación doctor Luis Camilo Osorio Isaza, ante esa Corporación (Folio 52, cuaderno 2).

10. Grabación magnetofónica -casete VHS- de una edición del Noticiero RCN de fecha indeterminada. La presentadora del informativo indica que fueron declarados insubsistentes 5 fiscales de la Unidad Antimafia, dentro de los que se encuentran los fiscales que recapturaron a Gilberto Rodríguez Orejuela y los que estudiaban el caso de la devolución de la coca en Barranquilla (anexo 1).

11. Grabación magnetofónica -casete VHS- de la edición de un noticiero televisivo no especificado (la cinta no tiene imagen, únicamente sonido) en la que la presentadora asegura que 2 fiscales de la unidad de antinarcóticos lograron su reintegro a la Fiscalía tras demostrarle al Fiscal que su desvinculación carecía de argumentos. Acto seguido, la voz indica que el Fiscal ordenó el retiro de 4 fiscales y una técnica al servicio de la Unidad Nacional Antinarcóticos, entre los funcionarios removidos en los últimos días (Anexo 3).

12. Grabación magnetofónica -casete VHS- de una edición del Noticiero CARACOL de fecha indeterminada. En la cinta, la presentadora indica que el Fiscal General de la Nación se presentó ante el Congreso para hacer una enérgica defensa de su gestión y que, a pesar de las críticas, seguirá con la purga en la institución, en la Unidad Antinarcóticos. El reportero presenta el informe sobre el debate en la comisión de seguimiento a los organismos de control y anuncia que el Fiscal se defiende de las Críticas. En un aparte de la intervención del Fiscal ante el Senado, éste asegura: “yo quiero más Fiscalía que Fiscal, pero Fiscal también hay y hay que estar presente para responder al país y a la justicia”. Posteriormente, en una declaración fuera del recinto, el Fiscal señala: “la purga necesariamente tiene que seguir si hay alguna situación de carácter excepcional que lo amerite” (Anexo 2).

Ahora bien, analizado el material probatorio que acaba de reseñarse, esta Sala llega a la

conclusión de que las acusaciones del peticionario carecen de sustento suficiente para revelar una violación de sus derechos fundamentales por parte del Fiscal General de la Nación.

En efecto, del material probatorio que obra al expediente se deduce que la acusación central de la demanda, según la cual el Fiscal General habría incurrido en conducta violatoria de la honra y del buen nombre del peticionario no tiene fundamento documental, pues ni de los escritos remitidos por la Fiscalía ni de las grabaciones aportadas al proceso se desprende que el funcionario haya indicado, de manera explícita, que la desvinculación del peticionario se dio como consecuencia de la imputación de una conducta disciplinaria, penal o moralmente reprochable. Del material probatorio no se deriva que la autoridad contra la cual se ejerce la acción -el Fiscal General- haya proferido acusación directa por la que se identifique al tutelante como sujeto de investigación, ni se concluye que se haya tendido un nexo entre la declaratoria de insubsistencia y el proceso de purga en la institución. Y es que de los documentos analizados no es posible extraer que el Fiscal haya dicho que las declaraciones de insubsistencia ordenadas en la Unidad Antinarcóticos sean necesariamente producto del programa de purga anticorrupción en la entidad. Es cierto que manifiesta que hay un proceso de saneamiento en dicha dependencia, pero no existe alusión alguna, de su parte, con su propia voz, a las declaraciones de insubsistencia.

Así las cosas, la acusación de la demanda carece del elemento de causalidad que se exige para desplegar el amparo de la acción de tutela. En reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional señaló que para que la protección de tutela pueda concederse, es indispensable que se pruebe, entre otras cosas, que la autoridad pública contra la que se presenta la demanda sea, efectivamente, el sujeto que emite la información atentatoria del derecho fundamental.

Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente.²³ (Sentencia T-1191 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Al mismo tiempo, se necesita que el contenido de la información afrentosa permita la identificación de quien se considera vulnerado por la misma. En efecto, en la Sentencia

T-1191 de 2004, esta misma Sala de Revisión negó el amparo solicitado por un grupo de organizaciones no gubernamentales que consideraron vulnerados, entre otros, sus derechos - y los de sus miembros- a la honra y al buen nombre, como consecuencia de unas declaraciones emitidas en público por el señor Presidente de la República, en la que se sindicaba a algunas de ellas de tener vínculos con grupos subversivos.

La Sentencia en cita precisó que "...la configuración de cualquiera de las hipótesis de vulneración del derecho al buen nombre y la honra requiere que exista una mínima identificación de los individuos contra quienes se dirigen las afirmaciones que se debaten, pues, de lo contrario, no podría verificarse si los conceptos y valoraciones que la sociedad se ha formado sobre ellos fueron distorsionados injustificadamente", con lo cual quiso significar que la precisión de las acusaciones, en cuanto a la identidad del sujeto que se dice afectado, es requisito indispensable para verificar la vulneración del derecho en juego.

En el caso concreto, la Sala extraña tal identificación en las declaraciones del Fiscal General, pues es claro que sus afirmaciones -las que él directamente profirió- no contienen acusación alguna contra el actor de la acción de la referencia.

Ahora bien, si el demandante considera que su desvinculación de la entidad ha sido vinculada con los procesos de purga por corrupción en la Fiscalía, concretamente en la Unaim, es lo cierto que dicha conclusión no proviene de las solas declaraciones del Fiscal General: eventualmente, porque ello sería objeto de debate en el foro adecuado, aquella provendría del nexo que los medios de comunicación han hecho entre ambos extremos de esta realidad. Propiciada por una correcta o incorrecta interpretación de las declaraciones del Fiscal, son los medios de comunicación los que han presentado de manera simultánea, aunque no explícitamente acusatoria, el hecho de que las desvinculaciones de los fiscales de la Unaim coinciden con el proceso de purga de la institución.

Sin embargo, la tutela de esta referencia no ha sido dirigida contra ellos, sino contra el Fiscal General de la Nación. Así las cosas, la Corte no puede oficiosamente asumir la protección de los derechos fundamentales del demandante en contra de quienes públicamente divulgaron una información que podría conducir a equívocos, pues ni estos fueron vinculados al proceso ni la demanda se dirige a cuestionar su comportamiento.

En estas condiciones, la Sala procederá a confirmar la decisión de instancia en cuanto a la no

afectación de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra del peticionario.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia del 18 de agosto de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura por medio de la cual, en segunda instancia, se declaró improcedente la tutela de la referencia, pero exclusivamente en cuanto se negó la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, al mínimo vital, al trabajo, a la vivienda, a la salud y a la seguridad social.

Segundo.- REVOCAR la Sentencia del 18 de agosto de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se declaró improcedente la tutela de la referencia, en cuanto a la protección del debido proceso. En consecuencia, la Sala resuelve DEJAR SIN EFECTOS la Resolución STGR 03839 del 26 de abril de 2004 mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Carlos Ibán Mejía Abello en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima y, en su lugar, ORDENAR al Fiscal General de la Nación que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia, expida una nueva resolución motivada.

Tercero.- Por Secretaria General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-340 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

2 Sentencia T-1190 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

3 Ibídem

5 Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Sentencia T-800 de 1998.

7 Cfr. Sentencia T-884 de 2002.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2003.

9 Folio 56, cuaderno 2

10 Sentencia T-951 de 2004

11 Cfr. Sentencia T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

12 Sentencia T-951 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

13 Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

14 Sentencia T-951 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

15 Ver folio 8 del cuaderno 2 del expediente.

16 Sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

17 Sentencia T-597 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

18 Sentencia T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esa Sentencia la Corte hace un completo recuento de la jurisprudencia constitucional en torno al carácter no discrecional del acto de desvinculación de los empleados que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera administrativa y de la necesidad constitucional de motivar el acto de desvinculación.

19 Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 29 de 1983.

20 Sentencia T- 263 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 Título V del Código Penal (ley 599 de 2000).

22 Ver Sentencia T-263/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Cf. Sentencia T-278 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.