

INSUBSISTENCIA EN CARGO EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-
Procedencia de tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de carrera administrativa/DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad cuando no se ha hecho concurso

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por no motivación de acto de retiro del servicio

REINTEGRO-Improcedencia por cuanto no se demostró afectación de derechos fundamentales ni perjuicio irremediable/REINTEGRO-Improcedencia por cuanto no es persona de especial protección, ni se encuentra en situación de debilidad manifiesta

En cuanto a su petición de reintegro, considera la Sala que la misma no es procedente. Como se indicó en líneas precedentes, el derecho a permanecer en un cargo determinado no es un derecho fundamental y en tal medida, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para obtener el reintegro laboral, menos aún cuando la Corte desconoce los motivos por los cuales el actor fue desvinculado de la entidad. No obstante, de manera excepcional procedería como mecanismo transitorio, independientemente de que se haya adelantado la acción judicial correspondiente, si se logra demostrar que la desvinculación de una persona afecta otros derechos fundamentales y que el peticionario se encuentre frente a un perjuicio irremediable. En el presente caso, la Sala considera que si bien es cierto que, con ocasión a la declaratoria de insubsistencia, el accionante podría ver afectado de alguna manera su situación económica y la de su familia, también lo es que en el trámite de la presente acción no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable como consecuencia de dicha afectación. A juicio de esta Corporación, los posibles perjuicios económicos que alega como derivados de su desvinculación pueden ser superados, en el corto plazo, si se tiene en cuenta que el accionante no es persona de especial protección, ni se encuentra en situación de debilidad manifiesta. En efecto, según informa le han cancelado las prestaciones sociales a las que tenía derecho, recursos de los cuales se puede valer, mientras encuentra otro empleo o decide ejercer su profesión de abogado de manera independiente.

Referencia: expediente T-980505

Acción de tutela instaurada por Antonio José Pérez Janica contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Antonio José Pérez Janica contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

El ciudadano Antonio José Pérez Janica, actuando mediante apoderado y en representación de sus hijos menores Luisa María Pérez Ramírez y Daniel Antonio Pérez Cantero presenta acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra la Fiscalía General de la Nación, por considerar que al proferir la Resolución No. 0-025 del 23 de febrero de 2004, mediante la cual lo declaró insubsistente, vulneró sus derechos al trabajo, debido proceso, mínimo vital e igualdad, así como los derechos fundamentales de sus hijos. Sustenta su demanda en los siguientes hechos:

1.- Por medio de la Resolución No. 0-3008 del 22 de diciembre de 1995, fue nombrado para el cargo de Fiscal Regional de la Dirección Regional de Fiscalías de Cali, en el cual se

posesionó el 12 de enero de 1996.

2.- Señala que la Ley 504 de junio de 1999, mediante la cual se crearon los Jueces Penales del Circuito Especializados, estableció en el artículo 40 transitorio que los funcionarios que se encontraban en la Justicia Regional pasarían en provisionalidad a los cargos correspondientes de los Jueces Penales del Circuito Especializados y de los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales de Circuito Especializados. En virtud de lo anterior y “gracias a su idoneidad y buen desempeño laboral”, fue nombrado por medio de la Resolución 0-1065 del 30 de junio de 1999, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, tomando posesión del mismo el 01 de julio de 1999.

3.- El 23 de noviembre de 1999 se le comunicó que por medio de la Resolución No. 2-2351, del 12 del mismo mes y año, fue trasladado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales de Circuito Especializados.

4.- Por medio de la Resolución No. 0084 del 15 de febrero de 2002, la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali dispuso su reubicación en el despacho Fiscal 19 Delegado ante el Gaula y Comando Especial Ejército (CEE), adscrito a la Unidad Especializada, cargo que desempeñó hasta la fecha en la que fue declarado insubsistente (febrero de 2004).

5.- Comenta que durante el tiempo que estuvo vinculado a la Fiscalía General de la Nación adelantó un “sin número de investigaciones complejas y delicadas que conllevaron al desmantelamiento de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, secuestro y extorsión. Además, le fueron asignadas investigaciones de manera especial por parte del nivel central y seccional, las cuales gestionó hasta su culminación en los Juzgados Penales del Circuito Especializado”. Manifiesta que, en desarrollo de tales investigaciones, se le concedió una Comisión de Servicios al Exterior.

6.- De igual forma, expresa que su labor fue exaltada por diversas personalidades y organismos del Estado y del Extranjero con los que trabajó. Asegura haber desempeñado sus labores en la institución de manera eficiente y responsable “y que no reportó nunca llamados de atención ni registra antecedentes disciplinarios, razón por la cual se muestra sorprendido ante la carencia de motivación del citado acto administrativo”.

7.- Indica que según el artículo 106 del Decreto 2699 de 1991, modificado por el Decreto 261

de 2000, “los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos, en de libre nombramiento y remoción y de carrera” y específicamente el numeral 7º dispone: “Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través del proceso de selección”. No obstante, aclara que durante el período que laboró al servicio de la entidad demandada, ésta no adelantó ninguna clase de concurso o proceso de selección para proveer los cargos, de acuerdo a las normas de carrera contenidas en el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

8.- En el mismo sentido señala que, a pesar de que el Consejo de Estado, con ocasión de una acción de cumplimiento ordenó al Fiscal General de la Nación cumplir de inmediato las normas sobre el sistema de carrera contenidas en el Título VI del Decreto 261 de 2000, dicha entidad se abstuvo de hacerlo, al punto que dejó vencer el plazo otorgado.

9.- Indica que después haber permanecido por más de ocho años en la Fiscalía, mediante Resolución No. 0-0625 del 23 de febrero de 2004 fue declarado insubsistente sin que se mencionaran los motivos por los cuales el señor Fiscal General de la Nación en su calidad de nominador adoptó tal decisión.

10.- Manifiesta que en vista de que su salida de la institución, junto con la de otros funcionarios, “estuvo rodeada de declaraciones desobligantes por parte del Dr. Luis Camilo Osorio (Fiscal General), donde dio a entender a la opinión pública que éstos servidores habían sido retirados por corrupción”, envió dos escritos al Fiscal los días 23 de febrero y 4 de marzo de 2004, en los cuales “le pide reconsiderar su decisión y expresa además su asombro por la medida tomada por éste, pues se le hace muy difícil entender como después de su brillante labor se dispone declararlo insubsistente de manera injustificada, y sin mediar ningún tipo de motivación por parte del Nominador.”

11.- Explica que, en respuesta de los anteriores escritos, la entidad accionada le informó que por haber sido “nombrado en provisionalidad”, su situación jurídico laboral no le otorgaba fuero alguno de estabilidad y en esa medida, el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente no requería ser motivado.

12.- Considera que con la expedición del acto administrativo, la Fiscalía General de la Nación

ha violado sus derechos fundamentales, “pues ha utilizado una facultad discrecional para retirar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad, asimilando de manera arbitraria y sin sentido un empleo de carrera en provisionalidad con uno de libre nombramiento y remoción, bajo el supuesto de que éstos no poseen fuero de carrera”. Al respecto, argumenta que si bien la modalidad de empleo provisional no genera per se inamovilidad, su vinculación laboral goza de una estabilidad restringida supeditada a la condición de que surta el proceso de selección y se nombra a quien ha superado el respectivo concurso de méritos, mas no a la discrecionalidad aplicable a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Así pues, manifiesta que el acto administrativo debe ser motivado para garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción.

13.- De otra parte, aduce que como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia, se ha visto afectado el mínimo vital de él y sus hijos menores. En el mismo sentido, afirma que se encuentra frente a un perjuicio irremediable, pues se afectarían los demás derechos fundamentales de los niños, ya que estos depende de él económicamente.

14.- Finalmente informa que el 22 de junio de 2004 presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual a su parecer, “no impide la procedencia de la Tutela, puesto que el art. 8 inc. 5 del Decreto 2591, establece que ‘cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’.”

Por todo lo anterior, solicita que se deje sin efecto o se inaplique la Resolución No. 0-625 del 23 de febrero, mediante la cual se decidió declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales del circuito especializados de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, mientras que la jurisdicción contencioso administrativo decida definitivamente acerca de la legalidad del acto. Así mismo, que se ordene a la entidad accionada a que lo reintegre en un cargo de igual o superior jerarquía, mientras se convoca el respectivo concurso.

2. Respuesta de la entidad demandada

La señora Magnolia Valencia González, Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, en respuesta allegada al juez de primera instancia, manifiesta que la presente acción

de tutela es improcedente, toda vez que, por una parte, en su sentir, la entidad que representa no ha vulnerado derecho fundamental alguno y, por otra, por cuanto el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial.

Adicionalmente, argumenta que teniendo en cuenta que el actor se encontraba 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”. Con fundamento en algunas sentencias del Consejo de Estado, afirma que en la medida en que el actor no había participado en ningún concurso para ejercer su cargo, su situación de provisionalidad se asemeja a la de los cargos de libre nombramiento y remoción y por tal razón su declaratoria de insubsistencia no tenía que motivarse.

Así pues, respecto a las afirmaciones que hace el accionante de su intachable conducta laboral, la representante de la entidad demandada advierte que ello “no interfiere con la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia de un servidor en provisionalidad, que como vimos tiene la condición de libre nombramiento y remoción...”.

En tal sentido considera que la declaratoria de insubsistencia de un cargo está inspirada en razones de buen servicio y el acto administrativo por medio de la cual se adopta goza de presunción de legalidad, la cual debe ser desvirtuada ante la jurisdicción competente. A su juicio, nada impide al actor para que demande su legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y solicitar a su vez la suspensión provisional de dicha resolución. Aduce que 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 porqué se tomaba esa determinación, por lo cual no es dable afirmar que la entidad le vulneró al accionante el debido proceso”.

Así mismo, indica que en virtud del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, en el presente caso no es procedente para obtener el reintegro a su cargo, ni siquiera como mecanismo transitorio por cuanto, a su juicio, no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

Así mismo aduce que no existe violación al mínimo vital por cuanto por una parte, cuenta con

sus cesantías y por lo que se trata de una persona que “goza de toda la capacidad física, productiva acudiendo a otras actividades independientes o subordinadas, como sería el ejercicio de su profesión de abogado, para satisfacer sus necesidades básicas a fin de garantizar el mínimo vital indispensable para su subsistencia, el cual es definido como aquella suma estrictamente necesaria para cubrir las necesidades básicas.”

De otra parte, en cuanto a lo ordenado por el Consejo de Estado, el 4 de octubre de 2001, con ocasión de una acción de cumplimiento presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, informó que si bien se expidieron unos actos administrativos estableciendo por una parte, el reglamento del proceso de selección de servidores, mediante concurso de méritos y por otra, convocando a concurso de méritos, no se ha podido implementar el sistema de carrera por situaciones ajenas a la entidad, “por cuanto primero obedeció a razones de índole presupuestal y hoy nos encontramos con la modificación de la estructura de la Fiscalía General de la Nación dada la expedición del acto legislativo No. 03 de 2002.”

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

1. Decisión de Primera Instancia

La Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali negó el amparo solicitado por considerar que la acción de tutela no es procedente.

Al respecto anotó que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el Código Contencioso Administrativo.

De igual forma indicó que no procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues en su sentir, “la tramitación del asunto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le brinda al accionante la oportunidad de pedir la suspensión del acto administrativo aquí cuestionado; caso en el cual el accionante obtendría la reparación de los derechos lesionados y amenazados, hasta tanto se decide de fondo el asunto, por lo que dicho procedimiento resultaría igual o más eficaz que la acción de tutela...”

Así mismo, en relación con la posible violación del mínimo vital del accionante, el juez de primera instancia consideró que su trayectoria y experiencia profesional le permiten, ya sea, acceder a otros cargos o trabajar de manera independiente, a fin de obtener los ingresos que le permitan suplir las necesidades básicas para llevar una vida en condiciones dignas.

Finalmente en cuanto a la eventual vulneración del derecho a la igualdad, el Tribunal advierte que la situación del accionante no puede ser comparada con la de otra persona que haya estado en similar situación laboral a la de él, y haya tenido un trato diferente, “aspecto que impide determinar la configuración de la violación del aludido derecho. Falta un requisito esencial como es la comparación de situaciones que merecerían el mismo trato”.

Impugnación

El accionante impugna el fallo de primera instancia, por considerar que no es cierto que cuente con otro mecanismo de defensa judicial igual de eficaz que la acción de tutela. Alega que la suspensión provisional no es una medida que fácilmente adopte la jurisdicción administrativa, pues está condicionada a la evidente violación de disposiciones constitucionales.

2. Decisión de Segunda Instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia. A su juicio, la acción de tutela es improcedente, al existir otros mecanismos de defensa judicial. En efecto advierte que se encuentra en trámite la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que contra la Fiscalía General de la Nación presentó el accionante ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Así las cosas, considera que la intervención del juez de tutela en asuntos propios de otras jurisdicciones, desnaturaliza el carácter subsidiario y residual de este recurso de amparo, al tiempo que desconoce los principios constitucionales independencia y autonomía judicial.

De igual forma, argumenta que no es procedente la tutela siquiera como mecanismo transitorio, por cuanto el procedimiento administrativo cuenta con instrumentos propios para garantizar los derechos de quienes acuden ante la jurisdicción contenciosa administrativa, tales como la suspensión provisional. Así pues, señala que “... si el demandante despreció la oportunidad de solicitar la suspensión provisional del acto cuya nulidad demandó, por estimar que no se hallaban reunidos los requisitos de ley, tales como la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas o la situación de perjuicio real o potencial derivado de la ejecución del acto atacado, claramente se avizora que el excepcional y urgente mecanismo constitucional no está llamado a brindar la solución del caso, pues en forma alguna puede suplir o desplazar los instrumentos ordinarios de defensa”.

Aunado a lo anterior, advierte que no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable. Indica que a pesar de que el actor ha alegado tener a su cargo gastos de subsistencia y educación de sus hijos, en el presente caso, se desconocen las condiciones objetivas que le impiden llevar una vida en condiciones dignas. Además de contar con sus cesantías, “no se encuentra demostrado que el actor padezca de alguna limitación física que le impida llevar a cabo otra labor productiva, siendo ésta otra razón para descartar la existencia de un perjuicio irremediable”.

En síntesis, considera que no es competencia del juez de tutela entrar a cuestionar la validez del acto administrativo atacado.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan las más relevantes que obran en el expediente:

- Copia de la Resolución No. 0-3008 del 22 de diciembre de 1995 “por la cual hacen unos nombramientos en provisionalidad”, en la cual el accionante fue nombrado provisionalmente en el cargo de Fiscal Regional de la Dirección Regional de Fiscalías de Cali. (folios 4 y 5 del expediente - cuaderno principal)

- Copia del Acta de posesión No. 015 de fecha 12 de enero de 1996, en la cual consta la vinculación del señor Antonio José Pérez Janica al cargo de Fiscal Regional. (folio 6 del expediente)

-Copia de la Resolución No. 1065 del 30 de junio de 1999, “Por la cual se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se integra en provisionalidad a unos servidores de la Fiscalía, por mandato legal”. Mediante este acto administrativo el accionante fue integrado en provisionalidad al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado.

- Copia del Acta de Posesión No. 272 del 1º de julio de 1999, en la cual consta la vinculación del señor Antonio José Pérez Janica al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado. (folio 10)

-Copia de la Resolución No. 0084 del 15 de febrero de 2001 “por medio de la cual se reubican unos Funcionarios de la Planta de Dirección Seccional de Fiscalías de Cali- Valle”. Se decidió entre otras cosas, “REUBICAR a partir del dieciocho (18) de febrero de 2002, a el Doctor ANTONIO JOSÉ PÉREZ JANICA Fiscal 07 Delegado ante los Jueces Especializados, en el Despacho Fiscal 19 Delegado ante el Gaula Ejército y el Comando Especial Ejército C.E.E. adscrito a la Unidad Especializada.

- Copia de la Resolución No. 1-0036 “Por medio de la cual se concede una Comisión de Servicios al Exterior” al señor Antonio José Pérez Janica. (folios 16 y 17 del expediente)

-Copia del documento suscrito por el Comandante del Comando Especial del Ejército en el cual certifica que el señor Antonio José Pérez Janica “se desempeñó hasta el día 23-FEB-2004 como Fiscal Delegado ante esta Unidad, demostrando un alto sentido de responsabilidad y compromiso dentro de las actividades que se relacionan con la judicialización de organizaciones del narcotráfico...”. (folio 21)

- Copia de la Resolución No. 0-0625 de fecha 23 de febrero de 2004, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Antonio José Pérez Janica, del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados. (folio 24)

- Comunicación del anterior acto administrativo. (folio 25)

- Copia del escrito del 27 de febrero de 2004, en el cual la Secretaria General de la Fiscalía le informa lo siguiente:

“Revisados los archivos de esta Secretaría en lo referente a la situación de vinculación se encontró que usted fue ‘nombrado en provisionalidad’, es decir que su situación jurídico laboral no le otorgaba fuero alguno de estabilidad, por lo tanto podía ser retirado mediante acto administrativo que no requiere motivación alguna, con base en la facultad discrecional que le asiste al Señor Fiscal General de la Nación, consagrado en el artículo 251 de la Constitución Política, que le permite nombrar y remover a los empleados bajo su dependencia. (...)

De acuerdo con lo anterior, le asiste al señor Fiscal General de la Nación en virtud de la facultad discrecional señalada en el numeral 2º del artículo 251 de la Constitución Política y

el numeral 2º del artículo 17 del Decreto 261 de 2000, la facultad de remover los empleados de libre nombramiento y remoción bajo su dependencia, mediante declaratorias de insubsistencia, providencias que no requieren motivación alguna.”

-Copia de los registros civiles de nacimiento de sus dos hijos, Luisa María Pérez Ramírez y Daniel Antonio Pérez Cantero. (folios 48 y 49 del expediente)

-Copia de los recibos de pago del Colegio Tacurí de Cali, en el cual estudia su hija y de la Pontificia Universidad Javeriana, en donde estudia su hijo. (folios 50 al 52)

- Copia de la Resolución No. 0-0052 del 14 de enero de 1994, por medio de la cual se delegan unas funciones administrativas al Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, entre las cuales está “Actuar en representación de la Fiscalía General de la Nación en los procesos contencioso administrativos, civiles y laborales, audiencias de conciliación judicial o prejudicial, acciones de inconstitucionalidad y de tutela, que se adelanten ante la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y los diferentes Tribunales y Juzgados del Territorio Nacional, en los cuales la Fiscalía General de la Nación deba actuar en calidad de demandante, demandada o interviniente, con facultades para conciliar total o parcialmente, sustituir, recibir, reasumir, desistir, aportar pruebas, alegar, interponer recursos, y en general, todas las contenidas en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil.

- Copia del acta individual de reparto del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en la cual consta la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

El señor Antonio José Pérez Janica presenta acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación por considerar que ha vulnerado sus derechos al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad, así como los derechos fundamentales de sus menores hijos, al haber proferido la Resolución No. 0625 del 23 de febrero, mediante la cual ha declarado insubsistente sin que a su juicio, existieran razones para ello. Por tal razón, solicita que el referido acto administrativo “se deje sin efecto o se inaplique, mientras que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decide definitivamente sobre la legalidad del Acto Administrativo” y en consecuencia, se ordene a la entidad demandada a reintegrarlo en un cargo de igual o superior jerarquía.

La entidad accionada afirma que la declaratoria de insubsistencia respondió a razones del servicio. Así mismo argumenta que por estar ocupando un cargo de manera provisional, el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente no tenía que motivarse. En tal sentido advierte que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la situación de quien ocupa un cargo de carrera de manera provisional se equipara a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Los jueces de instancia niegan el amparo solicitado por considerar que el peticionario cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, trámite dentro del cual puede pedir la suspensión provisional.

Con base en lo anterior, corresponde a la Sala analizar si la Fiscalía General de la Nación, al proferir la Resolución 0625 de 2003, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del accionante, vulneró los derechos fundamentales invocados. En caso afirmativo, si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reestablecerlos. Para tal efecto, la Corte hará referencia a la exigencia de motivar el acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa un cargo de carrera y a la procedencia de la acción de tutela en caso de que no se cumpla la misma.

3. El acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado.

En varias oportunidades la Corte se ha referido a la motivación de los actos administrativos, como una medida que garantiza el principio de legalidad y evita la arbitrariedad y los abusos

por parte de las autoridades.¹ La Corte en sentencia SU-250 de 1998 se pronunció sobre la importancia de la motivación de los actos administrativos y en tal sentido señaló:²

“(…) La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

(…) El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.”

En virtud de lo anterior, esta Corporación ha considerado que, por regla general, los actos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben ser motivados. Así mismo, ha señalado que además de hacer valer el principio de legalidad, dicha motivación garantiza el principio de publicidad y el derecho al debido proceso. Al respecto, en la citada sentencia anotó: “Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso”.³

No obstante lo anterior, la Corte ha aclarado que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto a desvinculación del servicio se refiere, tiene sus excepciones. Tal es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, pues por tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.⁴ La jurisprudencia constitucional ha definido estos cargos como “aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su

desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.⁵

Así pues, por la naturaleza de estos cargos, los actos que desvinculan a quienes desempeñan un empleo de libre nombramiento y remoción no requieren motivación.

A juicio de esta Corporación, la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución. Al respecto, en la sentencia T-610 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte explicó lo siguiente: “Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.”

Contrario sucede con los cargos de carrera, en los cuales el mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción en el servicio. La provisión de estos cargos de carrera está sujeta a la realización de los procesos de selección y concursos públicos que determine la ley. Por tal razón, el retiro de las personas que los ocupan sólo puede fundamentarse en razones objetivas. La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley.⁶ Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.

De lo anterior se deduce que las personas que ocupan un cargo de carrera gozan de mayor estabilidad laboral que las de un cargo de libre nombramiento y remoción, en la medida en que para los primeros se exige la motivación del acto administrativo que los desvincula, en tanto que para los segundos, por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.

Ahora bien, la ley ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales, “mientras éstos se proveen en

propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”.⁷

Respecto a esta particularidad la Corte ha considerado que, pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción.⁸ En tal sentido esta Corporación ha reiterado que “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”.⁹

Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

En tal sentido la falta de motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que esté ocupando un cargo de carrera de manera provisional constituye una violación al debido proceso. En la ya citada sentencia SU-250 de 1998, la Sala Plena de esta Corporación manifestó que se había vulnerado el derecho al debido proceso de una señora que ocupaba el cargo de notaria en provisionalidad, justamente al haber sido desvinculada sin fundamento alguno. Y al respecto anotó:

“La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et*

altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para “actuaciones judiciales y administrativas”, porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P..

De lo anterior se infiere que la motivación del acto administrativo es necesaria a fin de que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación. Sólo de esta manera se le garantiza el debido proceso y se posibilita el acceso efectivo a la administración de justicia.

4. Procedencia de la acción de tutela en los casos en que quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad es desvinculada mediante un acto administrativo sin motivación.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es el mecanismo judicial con el que cuenta toda persona para obtener la protección de los derechos fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. En todo caso, según la mencionada disposición

constitucional, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio.

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha establecido que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona de su cargo, ni para obtener el reintegro al mismo, pues para ello existen otras vías judiciales.¹⁰ En tal sentido, esta Corporación, en la sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló lo siguiente: “no se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permita continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable”.

No obstante, como se infiere de la citada providencia, de manera excepcional, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para ordenar el reintegro en los casos en que es evidente la existencia de un perjuicio irremediable¹¹ o en los casos en que la desvinculación vulnera gravemente derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la vida en condiciones dignas de una persona sujeto de especial protección o que se encuentre en una condición de debilidad manifiesta, “por ejemplo cuando se trata de madres cabeza de familia carentes de otra fuente de ingreso que no sea su salario, como también de madres solteras de las cuales depende el sustento económico de hijos menores de edad, más aún cuando no disponen de vivienda propia y con su salario pagan el canon del arrendamiento correspondiente”.¹²

Así pues, si bien se ha reconocido la existencia de otros mecanismos judiciales para ordenar el reintegro, también se ha advertido que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio en casos especiales. Así por ejemplo, en la sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidiera sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso la desvinculación de una

mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, cual era de carrera. En aquella oportunidad, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable. En lo concerniente, se hizo el siguiente análisis:

“(...) 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.

Los hechos que arriba se mencionan permiten vislumbrar que la pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo. En estas condiciones, la acción de tutela se erige como el mecanismo provisional idóneo para preservar, por un lado, el derecho al trabajo de la tutelante, y por el otro, el derecho a la salud y a la vida de su hijo, en virtud de la protección especial que la Carta Política reserva para los niños (art.44), para las madres cabeza de familia (art.43) y para aquellos individuos que por razones económicas, entre otras, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (art.13).

Por lo expuesto, la Sala Novena de Revisión considera procedente otorgar esta tutela como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción contencioso-administrativa resuelve sobre la legalidad del acto administrativo y los posibles perjuicios ocasionados, para lo cual la demandante deberá iniciar el correspondiente proceso dentro de los cuatro meses siguientes al fallo de tutela, tal como lo ordena el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991.”

También puede traerse a colación la sentencia T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual esta Sala concedió el amparo de tutela a una funcionaria de la Fiscalía

General de la Nación, quien ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad y que había sido declarada insubsistente, sin que el acto administrativo por medio del cual se adoptó la decisión hubiera sido motivado. En aquella oportunidad, esta Corporación reiteró que la estabilidad del funcionario que ocupa un cargo de carrera no se reduce por el hecho de que haya sido nombrado en provisionalidad. Consideró que en el caso que se estudiaba no se habían presentado las razones que permitían la desvinculación de una persona que ocupaba un cargo de carrera de manera provisional, esto es, incurrir en faltas disciplinarias, obtener baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva con quien obtenga el primer lugar.¹³ Constatada la vulneración a su derecho al mínimo vital, la Corte ordenó el reintegro hasta que la jurisdicción de lo contencioso decidiera sobre el fondo del asunto.

Así mismo, en la sentencia T-752 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales de una empleada del Club Militar de Oficiales de Bogotá que había sido desvinculada sin motivación alguna del cargo que venía ocupando en provisionalidad. En aquella oportunidad la Corte consideró que procedía ordenar el reintegro para evitar un perjuicio irremediable por cuanto se trataba de una madre cabeza de familia que dependía de su salario para satisfacer las necesidades básicas de ella y su hijo. Al respecto señaló:

“En este orden de ideas, no cabe duda que la desvinculación de la accionante si bien no constituye una afectación directa a su derecho al trabajo, está afectando notablemente el mínimo vital de ella y de su hijo, pues el salario que devengaba (\$515.106), que escasamente le alcanzaba, era el único medio de subsistencia y único recurso económico con el que contaba para garantizar la educación, alimentación, vestuario, vivienda, entre otros derechos fundamentales de su menor hijo (artículo 44 de la Constitución).

Así las cosas, si bien para atacar la resolución que declaró insubsistente su nombramiento la accionante cuenta con otro mecanismo judicial, la Sala considera que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no la exime de la obligación de acudir oportunamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea allí donde se dirima, en últimas, la controversia.”

Así pues es claro que sólo en estos casos especiales o en los cuales se acredita la existencia

de un perjuicio irremediable es procedente ordenar el reintegro por vía de tutela. Con todo, la Corte ha considerado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para ordenar al nominador la motivación del acto, en aras de garantizar el derecho al debido proceso del ciudadano que, por medio de un acto administrativo sin motivación, es desvinculado de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad.¹⁴ En lo concerniente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que en estos casos la protección al debido proceso está encaminada a lograr la motivación de dicho acto administrativo de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales, a fin de que el afectado pueda defenderse y controvertir las razones que conllevaron a su desvinculación ante la jurisdicción competente. En virtud de lo anterior, ha concedido el amparo del derecho al debido proceso y ha ordenado dicha motivación.¹⁵

En la citada sentencia SU-250 de 1998, la Corte consideró que la acción de tutela era el mecanismo idóneo para proteger el debido proceso de la notaria interina, desvinculada de su cargo, por medio de un decreto en el cual simplemente se citaban algunas normas. Al respecto anotó: “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.”

Del mismo modo, en la sentencia T-1206 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte estudió el caso de un ciudadano que ocupaba en provisionalidad el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales municipales y que había sido declarado insubsistente. En aquella oportunidad el ciudadano acudió a la acción de tutela con el único fin de que se le ordenara a la Fiscalía General de la Nación que expidiera un nuevo acto administrativo con las razones de su desvinculación y se anexaran los soportes documentales del caso. En relación con la procedencia de la acción de tutela, esta Corporación aclaró una vez más 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 tutela¹⁶.

“Las consideraciones anteriores, aunque se refieren a la desvinculación de los notarios en interinidad, son plenamente aplicables al caso que aquí se debate, pues, conforme a lo dicho inicialmente, el hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido.

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.

Por consiguiente, la Corte tutelaré el derecho al debido proceso del actor y declarará la nulidad de la Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, a fin de que la autoridad accionada expida un nuevo acto administrativo en el cual se motive la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Segura Quiñónez y, así, éste último tenga la posibilidad de controvertirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

De lo anterior, se deduce que a fin de garantizar el debido proceso, el juez de tutela puede ordenar la motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que fue nombrada en provisionalidad para un cargo de carrera.

5. Caso concreto

En el presente caso el accionante considera que la decisión de la Fiscalía General de la Nación de declararlo insubsistente en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado desconoció sus derechos fundamentales. Señala que si bien ya

presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de controvertir la legalidad del acto administrativo, ello no es óbice para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En tal sentido, alega que al ser retirado del cargo de Fiscal Delegado, el derecho al mínimo vital de él y sus dos hijos menores se ha visto afectado, toda vez que dependía del salario para subsistir. En tal sentido afirma que “se vislumbra con la expedición del mencionado acto administrativo un perjuicio irremediable para él y sus hijos...”. A fin de sustentar su afirmación aporta los recibos del colegio y la universidad de sus hijos, el contrato de arrendamiento y algunos recibos de servicios públicos. Además, trae a colación unos fallos de tutela en los cuales, esta Corporación consideró que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio y en los cuales se ordenó el reintegro (T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-597 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Por su parte, la entidad demandada considera que el referido acto administrativo fue proferido en ejercicio de las facultades discrecionales que tiene el Fiscal General de la Nación para nombrar y remover los empleados bajo su dependencia. En tal sentido, manifiesta que por tratarse de un cargo de libre nombramiento y no uno de carrera, el acto administrativo que declaró la insubsistencia del accionante no tenía que ser motivado.

En primer término, advierte la Sala que al no haber motivado la resolución por medio de la cual declaró la insubsistencia del peticionario, la Fiscalía General vulneró el derecho al debido proceso. El hecho de que el señor Pérez Janica haya sido nombrado en provisionalidad no convierte el cargo que desempeñaba en uno de libre nombramiento y remoción.

El artículo 130 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia-, para el caso específico de la Fiscalía General de la Nación, dispuso que es de período individual, el cargo de Fiscal General de la Nación; de libre nombramiento y remoción, el del “Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia...”; y, de carrera, los cargos de los demás fiscales.¹⁷

En desarrollo de la anterior disposición estatutaria, el artículo 106 del Decreto 261 de 2000

“por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones” establece lo siguiente:

“Artículo 106. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos, en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción:

1. Vicefiscal General de la Nación.
2. Secretario General.
3. Directores Nacionales.
4. Directores Seccionales.
5. Los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General.
6. Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.
7. Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través del proceso de selección.”

De lo anterior se infiere que en el caso de la Fiscalía General de la Nación los cargos de libre nombramiento y remoción, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 Superior¹⁸, son la excepción, pues, salvo el del Fiscal que es de período individual y los contemplados en el citado artículo, los demás cargos son de carrera, es decir están sujetos a los principios que rigen el concurso de méritos y la calificación de servicios. ¹⁹

El cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales del circuito especializado, que desempeñaba el accionante en provisionalidad es de carrera, pues no está contemplado dentro de los cargos de libre nombramiento y remoción que taxativamente enuncia el artículo 106 del Decreto 261 de 2000, y en tal medida la desvinculación del mismo no depende de la facultad discrecional que tiene el Fiscal General de la Nación para nombrar y remover a sus empleados. En efecto, de acuerdo con el artículo 129 del Decreto 261 de 2000, la exclusión del mismo puede darse cuando se presenten algunas de las causales

genéricas del retiro del servicio o no se obtenga una calificación satisfactoria. En todo caso, de acuerdo con este mismo artículo: “la exclusión de la carrera de la Fiscalía General de la Nación, que lleve consigo el retiro del servicio, se efectuará mediante acto motivado susceptible de recursos de la vía gubernativa”. (subrayado fuera del texto)

De conformidad con el artículo 115 del Decreto 261 de 2000, la provisión de los cargos de carrera debe hacerse mediante el sistema de concurso de méritos. No obstante, el artículo 117 de la misma norma, prevé los nombramientos provisionales, “en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección”.²⁰

Cabe recordar que quien ocupa un cargo de carrera de manera provisional no goza de la misma estabilidad laboral de quien es nombrado en propiedad, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios. Sin embargo, no por ello puede decirse que quien es nombrado en provisionalidad se encuentra en la misma situación de aquél que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción.

La Corte, con fundamento en los lineamientos planteado en las consideraciones generales de esta providencia, en casos como el presente, ha hecho extensiva la exigencia de motivar el acto que declara la insubsistencia de quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad para el caso de la Fiscalía General de la Nación, a fin de garantizarles el debido proceso.

Así pues, según lo analizado en las sentencias T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1206, M.P. Jaime Araújo Rentería, es claro que independientemente del régimen especial que tiene la Fiscalía General de la Nación, las personas que ocupen en esta entidad un cargo de carrera de manera provisional, gozan de cierta estabilidad laboral pues, como se indicó, no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso. A fin de garantizarles el debido proceso, la decisión de desvincular un empleado o funcionario provisional debe ser adoptada mediante acto motivado.

En el presente caso, la Resolución No. 0625 del 23 de febrero de 2004, por medio de la cual

se declaró la insubsistencia del actor, no contiene consideración alguna. Así pues, para la Sala es claro que al no motivar la Resolución No. 0625 del 23 de febrero de 2004, la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso del accionante.

En líneas precedentes se explicó que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para exigir la motivación de un acto administrativo, pues esta constituye una petición autónoma. Por tal razón, esta Sala protegerá el derecho al debido proceso del accionante y en consecuencia ordenará a la Fiscalía General de la Nación que profiera un acto administrativo en el cual indique las razones -ajustadas a los parámetros legales y jurisprudenciales - que fundamentaron la declaratoria de insubsistencia, a fin de que el accionante pueda controvertirlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, en cuanto a su petición de reintegro, considera la Sala que la misma no es procedente. Como se indicó en líneas precedentes, el derecho a permanecer en un cargo determinado no es un derecho fundamental y en tal medida, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para obtener el reintegro laboral, menos aún cuando la Corte desconoce los motivos por los cuales el actor fue desvinculado de la entidad.

No obstante, de manera excepcional procedería como mecanismo transitorio, independientemente de que se haya adelantado la acción judicial correspondiente, si se logra demostrar que la desvinculación de una persona afecta otros derechos fundamentales y que el peticionario se encuentre frente a un perjuicio irremediable.

En el presente caso, la Sala considera que si bien es cierto que, con ocasión a la declaratoria de insubsistencia, el accionante podría ver afectado de alguna manera su situación económica y la de su familia, también lo es que en el trámite de la presente acción no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable como consecuencia de dicha afectación.

En efecto, los posibles inconvenientes que alega y que a su juicio podrían presentarse como consecuencia de su desvinculación no cumplen con la característica de irremediabilidad, pues no son inminentes ni graves y de igual forma no ameritan la intervención urgente del juez de tutela. Tales perjuicios representan la carga propia que cualquier persona sufre como consecuencia de la cesación en un empleo remunerado. Al respecto cabe recordar, tal y como se indicó en las consideraciones generales de esta providencia, que para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, es necesario que la lesión y amenaza de los

derechos fundamentales invocados sea real, “no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la posibilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere de un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral”.²¹ En el presente caso no se advierte que los derechos a la vida, salud, seguridad social y educación de sus hijos estén siendo afectados ni que estén expuestos a un riesgo inminente.

A juicio de esta Corporación, los posibles perjuicios económicos que alega como derivados de su desvinculación pueden ser superados, en el corto plazo, si se tiene en cuenta que el accionante no es persona de especial protección, ni se encuentra en situación de debilidad manifiesta. En efecto, según informa le han cancelado las prestaciones sociales a las que tenía derecho, recursos de los cuales se puede valer, mientras encuentra otro empleo o decide ejercer su profesión de abogado de manera independiente.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que los casos resueltos en las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002 y T-597 de 2004, se trataban de madres cabeza de familia que por razones económicas se encontraban en circunstancias de debilidad manifiesta. Así mismo, que en el trámite de esos tres procesos se pudo acreditar la afectación del mínimo vital o la existencia de un perjuicio irremediable como consecuencia de su desvinculación laboral. Razón por la cual, la Corte, en virtud de la especial protección que se les debe a las madres cabeza de familia (artículo 43 Superior) y la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores (artículo 44), consideró que era procedente la tutela como mecanismo transitorio. Cabe aclarar que además en el caso resuelto en la sentencia T-800 de 1998, el hijo de la accionante sufría una afección respiratoria. Así pues, se advierte que en los casos que ha procedido ordenar el reintegro de una persona desvinculada del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, ha sido porque se trata de madres cabeza de familia en circunstancia de debilidad manifiesta por razones económicas, circunstancias diferentes a las que rodean el presente caso.²²

En consecuencia, en relación con la solicitud de reintegro, considera la Sala que en el presente caso, la acción de tutela no es procedente. Para tal efecto, existe otro mecanismo judicial, al cual el peticionario acudió y no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que justifique el amparo de forma transitoria.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. **REVOCAR PARCIALMENTE** los fallos proferidos por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales se negó por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Antonio José Pérez Janica. En su lugar **CONCEDER** la protección del derecho al debido proceso del accionante.

Segundo. **ORDENAR** a la Fiscalía General de la Nación que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a dictar el acto administrativo motivado, mediante el cual se desvincula del servicio al señor Antonio José Pérez Jánica.

Tercero. **ADVERTIR** al señor Antonio José Pérez Janica que contra el acto administrativo que, en cumplimiento de esta providencia, profiera la Fiscalía General de la Nación, podrá ejercer las acciones contenciosas administrativas pertinentes. Para tales efectos, los términos comenzarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

Cuarto. **ORDENAR** que por Secretaría General se de cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Al respecto, en la sentencia C-371 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte manifestó lo siguiente: “Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada.”

2 Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro. (...)”

3 Idem.

4 En la sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte reiteró lo expuesto en la sentencia C-514 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, en relación con los cargos

de libre nombramiento y remoción así: “Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”. También en la ya mencionada sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre los cargos de libre nombramiento y remoción se dijo: “...como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador.”

5 Ver Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

6 Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004

7 Sentencia T- 1206 de 2004.

8 Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

9 Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

10 Al respecto se refirió en la Sentencia SU-250 de 1998, cuando dijo 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”.

11 Constantemente en la jurisprudencia constitucional se ha reiterado que para que un perjuicio se considere irremediable, debe constatarse la inminencia del mismo, la gravedad de los hecho y la urgencia que hace “evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”(Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En la sentencia

T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, tales características fueron explicadas en los siguientes términos: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad”. (Subrayado fuera del texto)

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

13 En relación con los motivos por los cuales se puede desvincular una persona que esté ocupando un cargo de carrera, se pueden consultar las sentencias de unificación SU-250 de 1998 y SU-086 de 1999 y las sentencias T-800 de 1998 y T-884 de 2002.

14 Sentencia T-1240 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 Ver Sentencias SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-610 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1206 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería. En estos tres casos la Corte tuteló el derecho al debido proceso y ordenó a las entidades públicas demandadas que a través de un acto administrativo motivado explicaran las razones por las cuales habían desvinculado a los respectivos accionantes que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, a fin de que, si lo consideraran, pudieran controvertir las mismas ante la jurisdicción

de lo contencioso administrativo.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2003.

17 ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los Juzgados Regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados, jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales.

18 Artículo 125 de la Constitución Política - “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se excetúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la

Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”

19 Artículo 159 de la Ley 270 de 1996 – RÉGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALÍA. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Lo relativo a la administración de la carrera, la provisión de cargos, la vigencia de la lista de elegibles, la calificación de servicios y el retiro de la misma se encuentra regulado en este último decreto (artículos 107 al 129).

Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley.

Con el objeto de homologar los cargos de la Fiscalía con los restantes de la Rama Judicial, aquélla observará la nomenclatura y grados previstos para éstos.

20 Artículo 117 del Decreto 261 de 2000. La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria.

Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes.

21 Sentencia C-531 de 1993, -348 de 1997, T-823 de 1999 y T-1211 de 2000..

22 Además de las citadas por el accionante, pueden analizarse las sentencias T- 610, T-752, T-885 y T-1011 de 2003, T- 597 y T-951 de 2004 en las cuales se ha tratado el tema de la procedencia de la tutela para obtener el reintegro, en estos casos.