

Sentencia T-284/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

El defecto sustantivo se presenta cuando un juez (i) aplica al caso una disposición que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas en la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce, realiza una interpretación contraevidente – interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –vertical u horizontal- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL-Diferencias

El desconocimiento del precedente judicial es una de las modalidades del defecto sustantivo y se desconoce cuando, por ejemplo, el operador jurídico omite dar aplicación a sus propias sentencias o a las fijadas por autoridades de la misma jerarquía; hipótesis que la jurisprudencia ha llamado precedente horizontal. De otro lado, también se presenta cuando se desconocen los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la misma jurisdicción, evento en el cual se habla de precedente vertical.

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha desarrollado una amplia y sólida línea jurisprudencial frente al tema del deber de motivar los actos administrativos por parte de la administración cuando quiera que esta declare insubsistentes a personas nombradas en provisionalidad que ocupan cargos de carrera.

REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Deber de motivar actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad en cargos de carrera

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Orden a Tribunal proferir nuevo fallo donde se tenga en cuenta precedente constitucional sobre la necesidad de motivar el acto de desvinculación

Referencia: expediente T-3.653.879

Acción de tutela presentada por César Augusto Martínez Mendoza en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena y el Juzgado 2º Administrativo de Santa Marta.

Derechos fundamentales invocados: Debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, igualdad y trabajo.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil trece (2013)

## SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la sentencia proferida por Sección Segunda, Subsección A de la misma Corporación, dentro de la acción de tutela incoada por el señor César Augusto Martínez Mendoza, en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena.

### 1. ANTECEDENTES

El señor César Augusto Martínez Mendoza interpuso acción de tutela en contra del Tribunal

Administrativo del Magdalena y el Juzgado 2º Administrativo de Santa Marta, al considerar que vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, a la igualdad y el derecho al trabajo. La solicitud de amparo la sustentó en los siguientes:

## 1.1. HECHOS

1.1.1. Narra el peticionario que fue vinculado en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No- 0-1279 del 7 de julio de 1994, en el cargo de Fiscal Seccional de Santa Marta, cuya posesión se efectuó el 3 de agosto del mismo año.

1.1.2. Sostiene que a lo largo de su vida laboral en dicha institución, ha ocupado los siguientes cargos: “como Fiscal Treinta y Tres de la Unidad Segunda Especializada de Santa Marta, según se me asignó por la Directora Seccional de Fiscalías en la resolución No 048 del 9 de mayo de 1997; Fiscal Once Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, asignado por resolución 017 del 28 de enero de 1998; Fiscal de la Unidad Seccional de Fiscalías de Ciénaga, de acuerdo con la resolución No 102 del 9 de marzo de 1998; Fiscal Dieciocho Seccional en la Unidad de Reacción Inmediata de Santa Marta, por resolución No 192 del 18 de diciembre de 1998; Fiscal Doce Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Santa Marta, según resolución No 158 del 30 de mayo de 2003”.

1.1.3. En tal sentido, afirma que ha ejercido su cargo ininterrumpidamente por un lapso de nueve años, diez meses y veintiséis días, sin anotaciones en su hoja de vida, sin sanciones disciplinarias y con responsabilidad.

1.1.4. Señala que mediante Resolución No. 0-1227 del 24 de junio de 2003, el Fiscal General de la Nación lo declaró insubsistente en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta, notificándose de tal decisión el 27 de junio de ese año.

1.1.5. Narra que como consecuencia de lo anterior, presentó demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, pretendiendo la nulidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente y que se ordenara su reintegro en el cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, disponiendo además que se le reconocieran los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías,

aumentos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su insubsistencia.

1.1.6. Relata que de la demanda conoció en primera instancia el Juzgado 2º Administrativo de Santa Marta, que en sentencia del 7 de abril de 2010, negó sus pretensiones, por lo que impugnó tal decisión.

1.1.7. En segunda instancia, conoció el Tribunal Administrativo del Magdalena, que mediante fallo del 24 de agosto de 2011, confirmó la decisión del a quo.

1.1.8. El accionante interpuso acción de tutela contra los fallos proferidos al interior del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Consideró que los jueces de instancia se han equivocado en la apreciación referente a la motivación de los actos administrativos, pues fundaron sus decisiones en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y consideraron que cuando se trata de cargos de carrera administrativa que no hayan sido provistos por el sistema de concurso de méritos, el empleado se encuentra en una situación transitoria, por lo que no se puede admitir un fuero de estabilidad para los nombramientos provisionales, casos en los cuales, los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y, si no se indicó la motivación, se debe entender que tal proceder obedeció a los fines del buen servicio.

1.1.9. Por lo anterior, el señor Martínez Mendoza sostiene que los jueces administrativos dieron preferencia al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, ignorando las decisiones de la Corte Constitucional sobre la nulidad de los actos inmotivados de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación, vinculados en provisionalidad.

1.1.10. En tal sentido, solicitó al juez de tutela acoger las pretensiones expuestas ante los jueces de instancia en el proceso administrativo, para que así se protejan sus derechos fundamentales.

## 1.2. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obra en el expediente la siguiente prueba documental:

1.2.1. Copia de la totalidad del expediente del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por César Augusto Martínez Mendoza en contra de la Fiscalía General de la Nación.

### 1.3. ACTUACIONES PROCESALES

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, avocó el conocimiento de la acción de tutela y mediante auto calendado el 15 de diciembre de 2011, ordenó correr traslado de la misma a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena, al Juez 2º Administrativo del Circuito Judicial de Santa Marta y a la Fiscalía General de la Nación. En respuesta, dichas entidades manifestaron:

#### 1.3.1. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

1.3.1.1. La Fiscalía General de la Nación solicitó que se denegara el amparo solicitado por el accionante, en razón a la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1.3.1.2. Además señaló que conforme a la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo excepcional, por lo que cuando se intenta contra providencias judiciales sólo resulta procedente respecto de aquellas actuaciones donde la autoridad judicial carezca de fundamento objetivo, lo que trae como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de las personas. En sentido contrario, con fundamento en jurisprudencia constitucional, aclaró que las decisiones que estén sustentadas en un determinado criterio jurídico, admisible a la luz del ordenamiento, no pueden ser objeto del recurso de amparo, pues se estaría desconociendo el principio de autonomía judicial.

1.3.1.3. Luego de exponer varias precisiones acerca del principio de autonomía judicial, se refirió a los actos administrativos que ordenan el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, afirmando que no se requiere que estos sean motivados y que tal status no les otorga ningún tipo de estabilidad. Al respecto, se remitió in extenso a la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, posición con la que está de acuerdo y que reitera del siguiente modo:

- El hecho de que una persona ocupe provisionalmente un empleo de carrera no le otorga los derechos de carrera respecto de dicho cargo. Por tanto, así como fue designado en razón a la facultad discrecional del nominador, por este mismo modo es posible removerlo.

- Quien ocupa un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal en carrera, como el artículo 37 de la Ley 443 de 1998.
- El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, a pesar de que ejerce un empleo de carrera[1].
- El empleo en provisionalidad no otorga ningún fuero de estabilidad y, por tanto, quien lo ocupe puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece garantía suficiente de prestación del buen servicio.

1.3.1.4. Finalmente, sostuvo que de la sentencia sometida al juicio de amparo, no puede extraerse ninguna causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, teniendo en cuenta que su fundamento se encuentra en el artículo 125 de la Constitución Política, relacionado con el ingreso y desvinculación a la función pública por situaciones diferentes al mérito de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

#### 1.3.2. Respuesta del Juzgado 2º Administrativo de Santa Marta

1.3.2.1. El juzgado accionado solicitó al juez de tutela que se declarara improcedente el amparo solicitado por el actor.

1.3.2.2. Afirmó que la jurisdicción constitucional no es ni puede convertirse en una competencia paralela a la ordinaria, pues le restaría eficacia a la justicia y a la seguridad jurídica, desconociendo de paso el principio de la independencia judicial de que trata el artículo 128 de la Constitución Política.

1.3.2.3. De otro lado, se refirió brevemente a la sentencia C-543 de 1992, en donde la Corte Constitucional sentó las primeras bases sobre la acción de tutela contra providencias judiciales.

1.3.2.4. Ahora, respecto al fondo del asunto, manifestó que para la época en que se suscribió la sentencia que negó las pretensiones del acto, era otro juez quien fungía como titular del despacho. Sin embargo, adujo que dicho fallo respetó la jurisprudencia trazada

por el Consejo de Estado, pues por “tratarse de un acto de retiro de un funcionario que ocupaba un cargo en provisionalidad, no se exige motivación por tratarse (sic) del ejercicio de una facultad discrecional conferida al nominador”.

1.3.2.5. Por último, reiteró que el recurso de amparo no podía ser un mecanismo para violentar la seguridad jurídica, aseverando que la sentencia atacada, así como sus argumentos, no encajan en ninguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias.

### 1.3.3. Respuesta del Tribunal Administrativo del Magdalena

1.3.3.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena, solicitó que se negara por improcedente la acción de tutela impetrada por el señor César Augusto Martínez.

1.3.3.2. En primer lugar, expuso las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, aduciendo que en el caso de la referencia, el actor no explica con exactitud por qué razón considera que el asunto posee relevancia constitucional, “pues ningún tipo de argumentación se efectuó en este sentido, ni de los hechos narrados se infiere tal requisito”.

1.3.3.3. En segundo lugar, señaló que no se cumplió con el requisito de inmediatez, dado que entre la sentencia de segunda instancia y la presentación de la acción de tutela transcurrieron más de tres meses, “plazo que indiscutiblemente no resulta proporcional ni razonable para incoar la presente acción sumaria, máxime cuando la parte actora insiste en los argumentos que fueron objeto de examen en la providencia cuestionada mediante la acción de tutela”.

1.3.3.4. Como punto final, adujo que pretender por vía de tutela desconocer el juicioso análisis efectuado al interior del proceso, “sería tanto como desnaturalizar las funciones del juez natural, más aún cuando los argumentos planteados en el escrito de tutela resultan insuficientes para romper la presunción de acierto y legalidad de la sentencia” que se pretende cuestionar.

## 2. DECISIONES JUDICIALES

### 2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA

2.1.1. En fallo proferido el 2 de febrero de 2012, la Sección Segunda del Consejo de Estado, decidió rechazar por improcedente la acción de tutela presentada por el acto.

2.1.2. El Alto Tribunal Administrativo indicó que tratándose de tutela contra providencia judicial, la línea trazada por esa Corporación “viene afirmando su improcedencia fundada tanto en la declaratoria de la inexequibilidad que de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 hiciera la Corte Constitucional en sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, como en el hecho de que la existencia de una providencia, presupone que quien intenta la acción, ya hizo uso del otro medio de defensa judicial ordinario o especial con el que contaba y en el cual dispuso de recursos e incidentes a través de los cuales pudo hacer valer sus derechos”. En tal sentido, sostuvo que de aceptarse la procedencia, se atentaría contra los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho tales como la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

2.1.3. Así, luego de citar textualmente una extensa parte de los argumentos proferidos por el juez administrativo en segunda instancia, señaló que dicho fallo fue proferido conforme a los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios obrantes en el proceso de conformidad con las normas aplicables al asunto.

2.1.4. Concluyó resaltando que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo a los medios de defensa consagrados en la ley, ni puede convertirse en una instancia más a la que pueda recurrir con el fin de controvertir argumentos que debieron ser materia de estudio por el juez ordinario, pues de permitirse tal posibilidad, se desnaturalizaría su carácter de mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales.

## 2.2. IMPUGNACIÓN

2.2.1. Inconforme con la decisión anterior, el accionante adujo que la Corte Constitucional ha sido uniforme al señalar que cuando a través de la acción de tutela se busca controvertir actos administrativos que declaran la insubsistencia de funcionarios que ocupan cargos de carrera de manera provisional, por considerar que tales actos debieron ser motivados, dicho mecanismo es admisible. En sustento tal afirmación, citó in extenso apartes de la sentencia SU-917 de 2010, donde la Corte se refirió al tema.



2.2.2. En síntesis, concluyó que “el acto de desvinculación de un empleado designado en provisionalidad, no puede obedecer al albedrío del nominador, a su capricho o veleidad, sino que ha de sustentarse en razones atendibles que consúltenla eficiencia y buena marcha de la administración”. Por tanto, señaló que como no hay una específica circunstancia referenciada en la resolución para soportar la insubsistencia, lo procedente sería dejar sin efecto alguno las providencias judiciales y disponer la orden de reintegro.

### 2.3 SEGUNDA INSTANCIA – CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA

2.3.1. En sentencia del 7 de mayo de 2012, el juez se decidió confirmar la decisión adoptada en primera instancia.

2.3.2. Precisó que al momento de dictarse la resolución que declaró insubsistente al actor, “no había sido expedida la Ley 938 de 2004, ‘por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación’, y mucho menos la sentencia de constitucionalidad C-279 de 2007[2], de 18 de abril de 2007 y, por lo tanto, no existía ninguna obligación de motivar el acto de desvinculación del señor CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ MENDOZA, pues se expidió en ejercicio de la facultad discrecional del Fiscal General de la Nación”.

2.3.3. En estos términos, aclaró que si bien la Corte Constitucional tiene la posición, según la cual, deben motivarse esta clase de actos administrativos, el Consejo de Estado se inclina a su propia jurisprudencia, según la cual una persona nombrada en provisionalidad no goza de ninguna clase de estabilidad, por lo que los actos administrativos que ordenen su desvinculación no necesitan motivación alguna en virtud de la facultad discrecional del nominador.

2.3.4. Así las cosas, determinó que no existía ninguna clase de defecto en las sentencias atacadas y por tanto debía confirmar la decisión del a quo.

### 3. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

3.1. Mediante auto proferido el dos (2) de abril de 2013, el Magistrado sustanciador decretó las siguientes pruebas:

“PRIMERO.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR a la Fiscalía

General de la Nación (Diagonal 22B No. 52-01, Ciudad Salitre, Bogotá) que, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe a esta Corporación lo siguiente:

- a. Si el señor César Augusto Martínez se presentó al concurso de méritos organizado por la Fiscalía General de la Nación.
- b. De ser afirmativo lo anterior, ¿Cuál es el estado actual de su postulación?

SEGUNDO.- COMUNICAR y suministrar copia completa de esta providencia al señor César Augusto Martínez (Avenida Tamaca No. 14-17, Apto. 601, Rodadero, Santa Marta-Magdalena)."

3.2. En escrito allegado a través de al Secretaría General de la Corte Constitucional, a través del Secretario Técnico de la Comisión de Administración de la Carrera Administrativa, la Fiscalía General de la Nación manifestó que ha adelantado dos concursos para ocupar cargos en la entidad de la siguiente manera:

"- En septiembre de 2007 se convocó a concurso de méritos para proveer los cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito, Fiscal Delegado ante Jueces Especializados, Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito, Asistente de Fiscal I-II-III-IV y Asistente Judicial IV, a través de las convocatorias públicas y abiertas Nos. 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006-2007 respectivamente.

- Para el año 2008 a través de las convocatorias 01 a 015, la Fiscalía General de la Nación inició el concurso para proveer 1716 cargos del Área Administrativa y Financiera".

Manifestado lo anterior, informa que una vez revisadas las bases de datos de las dos convocatorias reseñadas, no se obtuvo resultados que validaran la participación del señor César Augusto Martínez Mendoza en las mismas.

#### 4. CONSIDERACIONES

##### 4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

#### 4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

4.2.1. En el presente asunto, la Sala debe determinar si las sentencias atacadas por vía de tutela vulneraron algún derecho fundamental del accionante, teniendo en cuenta que las mismas definieron la demanda de acción y nulidad y restablecimiento del derecho, con la que se pretendía desvirtuar la legalidad del acto administrativo proferido por la Fiscalía General de la Nación en el año 2003, mediante el cual se declaró insubsistente al actor.

4.2.2. En dicho proceso, el tutelante alegaba que el acto administrativo se expidió sin motivación alguna, desconociendo el deber que tiene la administración de motivar los mismos, incluso cuando se trate de personas que ocupen cargos de carrera en provisionalidad.

4.2.3. Para resolver lo anterior, la Sala reiterará, en primer lugar, la jurisprudencia acerca de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; en segundo lugar, analizará la posición sentada por esta Corporación sobre la motivación de los actos administrativos que declaran insubsistente a un empleado en provisionalidad en cargo de carrera y, finalmente, resolverá el caso concreto.

4.3. Los requisitos de procedencia y los motivos de procedibilidad de la acción de tutela intentada contra providencias judiciales.

4.3.1. Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, contentiva del Código de Procedimiento Penal, revisión surtida mediante Sentencia C-590 de 2005[3], esta Corporación tuvo oportunidad de sistematizar y unificar la jurisprudencia relativa a los requisitos de procedencia y a las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

4.3.2. En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela intentada contra providencias judiciales, es decir a aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir una acción de tutela contra providencias judiciales, dijo entonces la Corte:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un

efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.” (Subrayas fuera del original)

4.3.3. Distintos de los anteriores requisitos de procedencia son los motivos de procedibilidad, es decir las razones que ameritarían conceder la acción de tutela que ha sido intentada en contra de una providencia judicial acusada de constituir vías de hecho. Sobre este asunto, en el mismo fallo en cita se vertieron estos conceptos:

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

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

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la

aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[11].

“i. Violación directa de la Constitución.” (Subrayas fuera del original.)

4.3.4. La sentencia en comento también explicó que los anteriores vicios, que determinan la procedencia la acción de tutela contra decisiones judiciales, “involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” Añadió que esta evolución de la doctrina constitucional había sido reseñada de la siguiente manera por la Corte:

“(E)n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una “violación flagrante y grosera de la Constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de

“causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de “vía de hecho.” En la sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(…) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(…) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.’[12] En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.’

“Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a reemplazar ‘(…) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’ Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos...

“...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”[13]”[14]” [15]

#### 4.4. CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

4.4.1. Esta causal específica de procedibilidad es originalmente denominada por la sentencia C-590 de 2005 como “Defecto por desconocimiento del precedente”. A juicio de la Sala, y para lo que tiene que ver con el caso concreto, resulta necesario aclarar, en primer término, a qué se refiere la jurisprudencia con dicha expresión, teniendo en cuenta que puede tratarse del precedente judicial o constitucional.

4.4.2. Para el efecto, esta misma Sala Séptima en la sentencia T-830 de 2012[16], diferenció los dos conceptos. Así, señaló que el precedente judicial es una modalidad del defecto sustantivo como causal particular de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, tal como se explicará a continuación y, el precedente constitucional, está referido estrictamente a la causal arriba señalada, la cual se configura de manera autónoma.

4.4.3. En aquella ocasión, la Corte especificó cuáles eran las subreglas a partir de las cuales podía configurarse un defecto sustantivo. En tal sentido, se indicó que este se presenta cuando un juez (i) aplica al caso una disposición que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas en la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce, realiza una interpretación contraevidente – interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –vertical u horizontal- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

4.4.4. Como se observa, el desconocimiento del precedente judicial es una de las modalidades del defecto sustantivo y se desconoce cuando, por ejemplo, el operador jurídico omite dar aplicación a sus propias sentencias o a las fijadas por autoridades de la misma jerarquía; hipótesis que la jurisprudencia ha llamado precedente horizontal. De otro lado, también se presenta cuando se desconocen los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la misma jurisdicción, evento en el cual se habla de precedente vertical.



4.4.5. Ahora bien, tal como lo indica la sentencia C-590 de 2005, se entiende como defecto por desconocimiento del precedente, aquel en el cual la autoridad judicial omite dar aplicación a las reglas jurisprudenciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto[17]; reglas que se predicen exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Situación esta a la que nos referimos como precedente constitucional.

4.4.6. Al respecto, la Corte ha sostenido que su jurisprudencia puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de las ratio decidendi de sus sentencias de tutela.[18]

4.4.7. En relación con la aplicación del precedente, esta Corporación en sentencia T-158 de 2006[19] señaló:

“Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

4.4.8. La sentencia T-351 de 2011[20], explica el sentido, alcance y fundamento normativo de la obligatoriedad del precedente constitucional, de acuerdo al tipo de sentencia a que se haga alusión, ya sea de tutela o de constitucionalidad:

“3.2. En lo que toca a los fallos de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En cuanto a la parte motiva de estas sentencias, en la medida en que

la ratio decidendi contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas”

(...)

“9.3.3. En relación con las sentencias de revisión de tutela, el respeto por la ratio decidendi de estos fallos es necesario para lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes, constituye una exigencia del principio de confianza legítima que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles, y un presupuesto para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico”.

4.4.9. La Corte ha encontrado que en algunas ocasiones la causal específica de desconocimiento del precedente también puede ser avalada como una hipótesis de defecto sustantivo, teniendo en cuenta que entre ellas se presentan varias relaciones, y, en un caso bajo estudio, pueden converger varios defectos. De modo que, tanto la jurisprudencia[21] como la doctrina[22] han coincidido en identificar el desconocimiento del precedente constitucional, tanto como una modalidad de defecto sustantivo y como causal autónoma de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Al respecto, esta Corporación expresó:

“(...) el desconocimiento del precedente puede derivar en un defecto sustantivo cuando se irrespete la cosa juzgada constitucional establecida en sentencias con efectos erga omnes, o en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (entre otros) cuando el juez se aparta de la doctrina constitucional contenida en la ratio decidendi de los fallos de revisión de tutela”[23]

4.4.10. En suma, el precedente se sustenta en la dinámica de aplicar a un caso nuevo, los elementos de juicio que sirvieron para solucionar casos del pasado. Esta modalidad decisoria puede variar de acuerdo a cada caso particular, ya que, o bien puede resolverse un caso actual con los mismos fundamentos de otros anteriores, o, estos últimos servir de inspiración para dar solución a un caso nuevo. Por supuesto, estas hipótesis dependen de si los supuestos fácticos del caso pasado y el caso presente son similares o no.[24]

4.4.11. Así, ya se trate de una modalidad de defecto sustantivo o de la causal específica autónoma, el desconocimiento del precedente constitucional quebranta el derecho fundamental a la igualdad, el principio constitucional de confianza legítima, y de unidad y coherencia del ordenamiento.

#### 4.5. DEBER DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA DENTRO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

4.5.1. La Corte Constitucional ha desarrollado una amplia y sólida línea jurisprudencial frente al tema del deber de motivar los actos administrativos por parte de la administración cuando quiera que esta declare insubsistentes a personas nombradas en provisionalidad que ocupan cargos de carrera. Pero antes de entrar en materia, es necesario hacer un breve marco normativo sobre el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

4.5.2. En primer lugar, el artículo 253 Constitucional señala que es deber del legislador determinar “lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio”. Igualmente, el artículo 5º Superior facultó al Presidente de la República para “expedir las normas que organicen la Fiscalía General de la Nación”, lo cual se efectuó mediante el Decreto-Ley 2699 de 1991, en virtud del cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

4.5.3. El Decreto-Ley 2699 de 1991 reguló todo lo relacionado con el régimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación. En lo que al caso concreto respecta, la norma en su artículo 73 autoriza la vinculación excepcional mediante provisionalidad[25] y en su artículo 100.5 establece el retiro por insubsistencia discrecional en los cargos de libre nombramiento y remoción.

4.5.4. Posteriormente, la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), contempló que la Fiscalía General de la Nación tendría su propio régimen de carrera, fundado en los principios de concurso de méritos calificación de servicios y orientada a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio, de los funcionarios y empleados que la conforman.

4.5.5. Más adelante, se profiere la Ley 938 de 2004, en virtud de la cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Dicha norma regula lo relacionado con la administración de personal y el régimen especial de carrera, y en su artículo 70 permitió el nombramiento excepcional en provisionalidad, mientras que el artículo 73 estableció el retiro de la carrera mediante acto motivado[26].

4.5.6. Los nombramientos en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación

4.5.6.1. El caso materia de tutela plantea un asunto que ha sido objeto de una profusa y reiterada jurisprudencia por parte de esta Corporación, más específicamente en lo que tiene que ver con los actos administrativos proferidos por la Fiscalía General de la Nación, mediante los cuales han declarado insubsistentes a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Allí, la persona afectada, luego de haber acudido a la jurisdicción ordinaria, se ha visto forzada a instaurar el recurso de amparo contra la sentencia de la autoridad judicial que avaló dicho acto administrativo, porque en su sentir, ha debido ser declarado nulo dada su falta de motivación.

4.5.6.2. Así por ejemplo, en la sentencia T-341 de 2008[27], el Tribunal Administrativo del Meta se negó a declarar la nulidad de una resolución[28] inmotivada de la Fiscalía General de la Nación, que declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de un funcionario que ocupaba un cargo en carrera administrativa. En tal situación, la Corte señaló que la entidad accionada había incumplido con el deber de motivar el acto administrativo y el Tribunal el de atender esta circunstancia a la hora de fallar, habiendo incurrido en una causal de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial.

4.5.6.3. En esa ocasión, la Corte anotó que “el desconocimiento del precedente se dio sin que se hiciese mención siquiera sumaria a las numerosas providencias de la Corte Constitucional en la materia que decidían en sentido opuesto y, por tanto, sin que se argumentara las razones por las cuales no se seguía el precedente jurisprudencial”. En consecuencia, decidió dejar sin efectos la sentencia del Tribunal y le ordenó proferir un nuevo fallo con fundamento en los parámetros constitucionales.

4.5.6.4. Igualmente, en la sentencia T-186-2009[29], la Corte conoció en sede de revisión la acción de tutela interpuesta por una persona que, en el año 2005 fue declarada insubsistente en un cargo de carrera administrativa por parte de la Fiscalía General de la

Nación. En la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda al concluir que los empleados provisionales son de libre nombramiento y remoción y, en tal medida, no es necesario motivar el acto administrativo.

4.5.6.5. La Corte encontró que el Tribunal Administrativo del Tolima desconoció el precedente constitucional en la materia, el cual señala que es necesario motivar el acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en cargo de carrera. De este modo, dejó sin efecto dicha sentencia y le ordenó proferir una nueva decisión teniendo en cuenta los parámetros señalados por esta Corporación sobre el asunto.

4.5.6.6. Más adelante, en razón a la multiplicidad de casos similares a los ya referenciados, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-917 de 2010[30], consolidó y unificó toda la jurisprudencia que a lo largo de los años se ha venido profiriendo acerca de temas como (i) la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; (ii) la discrecionalidad relativa y la excepción de motivación de los actos administrativos; (iii) el vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos de provisionalidad; (iv) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que desconocen el inexcusable deber de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad; (v) la jurisprudencia del Consejo de Estado y su abierta incompatibilidad con la Constitución y jurisprudencia de la Corte en materia de ausencia de motivación de los mencionados actos administrativos; y (vi) los diversos mecanismos de protección judicial.

4.5.6.7. La sentencia SU-917 de 2010, centró su decisión en citar lo que jurisprudencialmente se ha sostenido sobre el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad; y la consecuente nulidad que acarrea faltar a dicho deber.

4.5.6.8. En cuanto al primer aspecto, citó in extenso lo sostenido por la sentencia C-279 de 2007[31], la cual en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, declaró la exequibilidad condicionada de dichas normas, “en

el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”. En general, se indicó:

“En múltiples oportunidades (entre otras, las sentencias T-1206 de 2004, T-031 de 2005, T-161 de 2005, T-222 de 2005, T-267 de 2005, T-392 de 2005, T-648 de 2005, T-660 de 2005, T-804 de 2005, T-1159 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-156 de 2006, T-653 de 2006), la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna.

- El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (T-522/02)”.

- La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso (SU-250/98).

(...)

Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005). ”

4.5.6.9. Como puede observarse, desde la sentencia SU-250 de 1998, citada en la SU-917 de 2010, la Corte Constitucional ha protegido el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la igualdad de personas que se desempeñaban en provisionalidad en cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación -y otras entidades-, que habían sido desvinculados mediante un acto administrativo sin motivación, con base en la discrecionalidad del nominador.

4.5.6.10. Frente al segundo aspecto, la sentencia de unificación[32] señaló que la ausencia de motivación de los actos de retiro de cargos de provisionalidad, genera un vicio de nulidad:

“La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la jurisprudencia específica sobre el asunto que ahora es objeto de análisis, esta Corporación ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad[33]. Por ello ha señalado que en estos casos “basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular[34].

En la reciente sentencia T-736 de 2009, siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia constitucional, esta Corporación sostuvo de manera categórica lo siguiente:

“La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación”. (Resaltado fuera de texto).

En suma, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación.”[35]

## 5. CASO CONCRETO

### 5.1. BREVE RESEÑA FÁCTICA

5.1.1. El señor César Augusto Martínez Mendoza fue nombrado en provisionalidad en el



cargo de Fiscal Seccional de Santa Marta, cargo de carrera administrativa en el cual se posesionó el 7 de julio de 1994.

5.1.2. Mediante Resolución 0-1227 del 24 de junio de 2003, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del accionante, sin que en dicho acto se expresara el fundamento de la decisión tomada. Frente a ello el afectado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, para que se declarara nula la resolución que lo había declarado insubsistente.

5.1.3. De este proceso conoció en primera instancia el Juzgado 2º Administrativo de Santa Marta, que mediante sentencia del 7 de abril de 2010 negó las pretensiones, lo que fue objeto de recurso de apelación, siendo confirmada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en fallo del 24 de agosto de 2011.

5.1.4. Como consecuencia de lo anterior, el 16 de diciembre de 2011 interpuso acción de tutela, ya que considera que el Tribunal Administrativo del Magdalena incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente constitucional.

5.2. Análisis de las causales generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

5.2.1. Al respecto, la Sala considera que el caso bajo revisión cumple con dichos requisitos, teniendo en cuenta que:

i) El asunto objeto de discusión presenta una evidente relevancia constitucional, en la medida que abarca la protección del derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad del accionante.

ii) Examinado el expediente, la Sala pudo constatar que el actor agotó todos los mecanismos de protección judicial a su alcance. Así, una vez notificado del acto de desvinculación, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en su contra, proceso del cual conoció en primera instancia el Juzgado 2 Administrativo de Cundinamarca y, en segunda, el Tribunal Administrativo del Magdalena. De esta forma, agotó los mecanismos idóneos señalados por el legislador para lograr la efectiva protección de sus

derechos fundamentales, acudiendo en últimas a la acción de tutela.

iii) Con relación a la inmediatez, dicho requisito se encuentra cumplido, ya que la acción de tutela fue instaurada el 16 de diciembre de 2011 y la sentencia que se pretende revocar se profirió el 24 de agosto del mismo año, de modo que para la Sala, la acción se interpuso en un término proporcional y razonable.

iv) Con respecto a los demás requisitos, el accionante identifica con claridad los derechos que considera afectados y los hechos que a su parecer los vulneraron y es evidente que el fallo que se ataca no es una sentencia de tutela.

### 5.3. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

5.3.1. Verificados los requisitos generales de procedibilidad, la Sala entrará a analizar si en el presente caso, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en alguno de los defectos contemplados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como requisito específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Para ello, la Sala expondrá brevemente los fundamentos del fallo acusado.

5.3.2. El Tribunal Administrativo del Magdalena sostuvo en su fallo, que el criterio del Consejo de Estado sobre el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad ha sido constante bajo la premisa que no es deber de la administración motivar dichos actos. Al respecto, precisó que “el servidor público nombrado en provisionalidad, a pesar de ocupar un cargo de carrera, no tiene ninguna estabilidad, porque al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser retirado del servicio de manera discrecional por el nominador. De suerte que el nombramiento provisional en un empleo de carrera, lo es en forma discrecional por el nominador, por cuanto no es necesario procedimiento alguno, no motivación del acto, y de igual manera, su desvinculación puede seguir la misma suerte (...) [36]”. En tal sentido, siguiendo el precedente vertical, el Tribunal expone la jurisprudencia de su superior jerárquico a efectos de sustentar la negativa a las pretensiones del accionante.

5.3.3. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y la jurisprudencia constitucional expuesta en el acápite considerativo de esta providencia, la Sala llega a la conclusión de que sí se

incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

5.3.4. Acorde con la jurisprudencia constitucional y los considerandos de la presente providencia, la Corte encuentra que el Tribunal Administrativo del Magdalena desconoció el uniforme y reiterado precedente jurisprudencial sobre la necesidad de motivar los actos administrativos para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera. Así, siendo la Corte el intérprete de la Carta Política y tras establecer que para el respeto del derecho fundamental al debido proceso administrativo, la motivación se hace imprescindible, concluye que la posición asumida por el juez de segunda instancia se torna en un evidente desconocimiento de la Constitución.

5.3.5. De modo que se desatiende abiertamente la ratio decidendi de un precedente sólido, reiterado y uniforme, que ha venido delineando esta Corporación desde hace más de 12 años. Por ende, la decisión adoptada en el curso del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo resulta violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia del peticionario y, en esa medida, la acción de tutela es procedente para asegurar su protección efectiva.

5.3.6. Así las cosas, la Sala revocará las sentencias de tutela proferidas tanto por la Sección Segunda como la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia respectivamente. En consecuencia, dejará sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 24 de agosto de 2011, al conocer en segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el accionante en contra de la Fiscalía General de la Nación. Igualmente, ordenará a esta autoridad judicial que dicte sentencia de reemplazo observando los parámetros y criterios anotados en la parte considerativa de esta sentencia, en la cual se establecerá el reintegro del señor Martínez al cargo que desempeñaba cuando fue retirado del mismo, siempre y cuando este no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos.

5.3.7. Esta fórmula decisoria se sustenta en la misma sentencia SU-917 de 2010, oportunidad en la cual, además de dejar sentados los parámetros jurisprudenciales para resolver casos como el presente, la Sala Plena de la Corte Constitucional analizó varias hipótesis frente a las ordenes que debía tomar para proteger los derechos fundamentales invocados. Una de ellas consistió en determinar cuál era la orden que el juez de tutela debía

impartir cuando en virtud del proceso administrativo ninguno de los jueces ordinarios (tanto de primera como segunda instancia) obedecieron el precedente constitucional. Para resolver dicho planteamiento, sostuvo que aquél debía dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dictara uno nuevo conforme al precedente constitucional.

5.3.8. Así, la sentencia de unificación se remitió a ejemplos como la T-1112 de 2008, donde se “dejó sin efecto la sentencia dictada por un tribunal administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación ante la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad sin la motivación del acto. En su lugar ordenó proferir un nuevo fallo en el que se tuvieran en cuenta las reglas fijadas por la Corte Constitucional”.

5.3.9. En el mismo sentido existen otros fallos como las sentencias T-410 de 2007[37], T-887 de 2007[38], T-1092 de 2007[39], T-437 de 2008[40], T-341 de 2008[41], T-580 de 2008[42], T-109 de 2009[43] y T-186 de 2009[44], donde el común denominador fue ordenar que se proferiera una nueva sentencia con base en los parámetros sentados por la Corte Constitucional sobre la motivación de actos administrativos.

## 6. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

### RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso de la referencia

SEGUNDO.- REVOCAR las sentencias de tutela proferidas en el asunto de la referencia por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, en primera instancia, el 2 de febrero de 2012, y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 7 de mayo de 2012, en segunda instancia, en tanto denegaron el amparo del derecho al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia del señor César Augusto Martínez Mendoza. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al accionante.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 24 de agosto de 2011 por el

Tribunal Administrativo del Magdalena, al conocer en segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación; y ORDENAR a la citada autoridad judicial que, en su lugar, dicte sentencia de reemplazo observando los parámetros y criterios sentados en la parte motiva de esta providencia. Para el cumplimiento del fallo de tutela se concede el término previsto para dictar sentencia en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, contado a partir de la notificación de la presente sentencia al mencionado Tribunal.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de marzo de 2003, Rad: 4972-01, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

[2] “Declaró exequible el artículo 70 de la ley 938 de 2004, que señala que la provisión de un cargo en carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, o en su defecto, en encargo. Excepcionalmente, cuando no fuere proveer el cargo en dicha forma, se procede al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso genera derechos de carrera”

[3] M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Sentencia C-590/05 encontró contraria a la Constitución la expresión “ni acción” incluida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, pues implicaba la exclusión de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

[4] Sentencia 173/93.

[5] Sentencia T-504/00.

[6] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

[7] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

[8] Sentencia T-658-98

[9] Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

[10] Sentencia T-522/01

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

[12] Sentencia T-1031 de 2001. En este caso se decidió que “(...) el pretermitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (CP. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa.”

[13] Sentencia T-949 de 2003. En este caso la Corte decidió que “(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de

la acción de tutela contra providencias judiciales.”

[14] “Sentencia T-453/05.”

[15] Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[16] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

[17] Auto A-208 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[18] Sentencia T-1092 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[20] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] Ver, entre otras, sentencias SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[22] Ver por ejemplo Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Ed. Ibáñez (2012). Véase cómo, incluso, el doctrinante al explicar el “desconocimiento del precedente”, lo señala tanto en el defecto sustantivo como en una causal autónoma posteriormente, páginas 224, 138 y 254.

[23] Cfr. Sentencia T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[25] Decreto-Ley 2699 de 1991. Artículo 73. Al iniciar el período de prueba, la Fiscalía General deberá adelantar programas de inducción que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la Institución y de la Rama del Poder Público a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantías que adquiere. (...) Por excepción, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente cargos vacantes temporal o definitivamente, con personal no seleccionado mediante concurso.

[26] Ley 938 de 2004. Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo,

atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo. Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

Ley 938 de 2004. Artículo 73. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto(...) El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa.

[27] M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[28] Resolución No. 0-2140 del 16 de diciembre de 1999.

[29] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[30] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[31] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[32] SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[33] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.”

[34] “Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.”

[35] Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[36] “Sentencia CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda-Subsección B, Consejera Ponente: Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ, 3 de abril de 2008, Rad. No. 05001-23-31-000-02342-01, expediente No. 6155-2005, actor ROSMERY VELASQUEZ HERRERA contra Fiscalía General de la Nación”.

[37] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[38] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



[39] Ibíd.

[40] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[41] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[42] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

[44] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.