

Sentencia T-331/07

PRESUNCION DE INOCENCIA-Consagración constitucional

DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y RELACION CON LA GARANTIA DE LIBERTAD DEL PROCESADO

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRESUNCION DE INOCENCIA-Relación

RESOLUCION DE ACUSACION-No es sanción ni tiene carácter definitivo/RESOLUCION DE ACUSACION EN MATERIA DE PRESUNCION DE INOCENCIA-No la restringe

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRESUNCION DE INOCENCIA

PRESUNCION DE INOCENCIA-Fundamental

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Juez de tutela debe analizar y valorar hechos y pruebas en cada caso

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Procedencia de tutela

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Alcance/ JUICIO DE NECESIDAD-Alcance

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-1525503

Acción de tutela instaurada por Roberto Jesús Osorio Beltrán contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil siete (2007).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9

de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvieron la acción de tutela promovida por Roberto Jesús Osorio Beltrán contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El señor Roberto Jesús Osorio Beltrán ingresó a la carrera judicial mediante concurso de méritos, siendo inscrito y escalafonado mediante el Decreto No. 0018 del 13 de Septiembre de 1991, del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Radicado de Barranquilla, por el cual fue nombrado en propiedad en el cargo de Oficial Mayor Grado 09, en el que se desempeñó hasta el día 30 de junio de 1992.
2. El día 1 de julio de 1992 el señor Osorio Beltrán fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución proferida por el Director Seccional de Fiscalías de Barranquilla, con los mismos derechos que traía como servidor público inscrito y escalafonado en carrera judicial, en el cargo de Auxiliar de Fiscal Grado 09.
3. Mediante Resolución del día 6 de febrero de 1998 proferida por el Fiscal General de la Nación, el señor Osorio Beltrán fue nombrado en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Córdoba.
4. Mediante Resolución del 24 de mayo de 1999 expedida por el Fiscal General de la Nación, el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán fue declarado insubsistente en el cargo.
5. Luego de haber demandado la nulidad de la Resolución que declaraba su insubsistencia en el cargo y de haber sido negada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba, al desatar el recurso de apelación, la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de

desvinculación y ordenó el reintegro del funcionario al cargo de Técnico Judicial II, cargo amparado por la carrera judicial.

6. En cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación reintegró al señor Roberto Jesús Osorio Beltrán en el cargo de Técnico Judicial II, en su condición de inscrito y escalafonado en carrera administrativa, en la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería.

7. A finales del año 2003 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla ordenó, mediante fallo de tutela, el traslado del Técnico Judicial II Roberto Jesús Osorio Beltrán de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería a la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla.

8. A mediados del mes de enero de 2004, el Técnico Judicial II Roberto Jesús Osorio Beltrán fue encargado de las funciones de Fiscal Segundo Seccional de Sabanalarga, durante el término de las vacaciones del titular del despacho.

10. De la denuncia conoció el Fiscal Séptimo Delegado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, quien inició el proceso mediante la resolución de apertura de instrucción el día 15 de abril de 2004.

11. El día 17 de agosto de 2004 el funcionario instructor resolvió la situación jurídica del procesado disponiendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de prevaricato por acción. Igualmente ordenó sustituir la medida de detención preventiva por domiciliaria y solicitó la suspensión provisional del imputado en el cargo de Técnico Judicial II.

12. Atendiendo a lo dispuesto por el Fiscal Séptimo Delegado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Montería, mediante Resolución fechada el día 1 de octubre de 2004, suspendió en el ejercicio de su cargo al Técnico Judicial II, Roberto Osorio Beltrán, en aplicación de la previsión del artículo 147 de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual:

“Artículo 147. Suspensión en el empleo. La suspensión en el ejercicio del empleo se produce

como sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial.

El funcionario suspendido provisionalmente en un proceso penal o disciplinario que sea reintegrado a su empleo, tendrá derecho a reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante ese período y de ese tiempo se le computará para todos los efectos legales en los siguientes casos:

1. Cuando el proceso termine por cesación de procedimiento o por preclusión de la instrucción.
2. Cuando sea absuelto o exonerado.

Cuando la sanción disciplinaria sea suspensión o multa se tendrá en cuenta el tiempo que haya estado suspendido provisionalmente y se le reconocerá el pago de lo que exceda de la sanción impuesta. En caso de multa se le descontará del valor que haya que reintegrarle por el tiempo que estuvo suspendido.

Parágrafo. La suspensión en el empleo genera vacancia temporal del respectivo cargo. En consecuencia la autoridad nominadora procederá a efectuar el respectivo nombramiento provisional o el encargo que corresponda, para la atención de las respectivas funciones”.

13. Habiendo sido apelada por el apoderado del señor Roberto Osorio Beltrán la medida de aseguramiento adoptada por el Fiscal Séptimo Delegado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia expidió en el mes de octubre de 2004 una resolución mediante la cual confirmó la medida de detención preventiva domiciliaria, sin beneficio de excarcelación, impuesta al señor Roberto Osorio Beltrán.

14. Producida la confirmación de la medida en contra del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la Nación, mediante la Resolución No. 0-5623 del día 22 de noviembre de 2004, declaró insubsistente el nombramiento efectuado a Roberto Jesús Osorio Beltrán en el cargo de Técnico Judicial II, Resolución que fue confirmada mediante la Resolución No. 0-6614 del 28 de diciembre de 2004, que resolvió el recurso de reposición instaurado en su contra.

15. Tanto la Resolución que declara la insubsistencia como la de su confirmación se

fundamentan en la causal de inhabilidad sobreviviente contemplada en el artículo 79 del Decreto 261 de 2000, conforme al cual:

“Artículo 79. No podrá ser nombrado ni desempeñar cargo en la Fiscalía General de la Nación: (...)

3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.

(...)

Parágrafo 1°. Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surge inhabilidad en forma sobreviviente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”.

16. El proceso penal adelantado contra el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán culminó con el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que mediante sentencia proferida el 16 de marzo de 2006 lo absolvió de los cargos de prevaricato por acción que se le imputaban. La citada providencia ordenó que una vez quedara ejecutoriada la misma se archivara el expediente, momento a partir del cual el procesado gozaría de libertad plena. La sentencia absolutoria cobró ejecutoria el día 30 de marzo de 2006.

17. Indica el abogado del accionante que en procura de lograr la nulidad de las Resoluciones Nos. 0-5623 del 22 de noviembre y 0-6614 del 28 de diciembre de 2004 se instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que actualmente cursa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba.

18. El señor Roberto Jesús Osorio Beltrán es cabeza de familia y tiene a su cargo a su hija menor Melissa Milena Osorio Galván, quien padece poliquistosis ovárica y, por la situación económica que atraviesa no puede tratársela ni afiliarla a una EPS, ni puede afiliarse al SISBEN debido a que el residir en estrato 3 no se lo permite.

19. Adicionalmente el señor Osorio Beltrán tiene a su cargo a su hermana Concepción Osorio Beltrán, quien fue declarada en interdicción definitiva por causa de incapacidad mental, mediante providencia del 14 de septiembre de 1998 del Juzgado Octavo de Familia de

Barranquilla.

20. Al señor Osorio Beltrán lo agobian numerosas deudas contraídas con prestamistas, con Juriscoop, e incluso adeuda los honorarios profesionales del abogado que lo defendió hasta su absolución en el proceso penal que se adelantó en su contra.

Acción de tutela interpuesta

21. El 6 de julio de 2006, mediante apoderado, el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán instauró acción de tutela, como mecanismo transitorio, invocando la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la presunción de inocencia, al buen nombre y a la honra, a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo y a la estabilidad laboral, a la salud, a la seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas, a la unidad familiar y a la dignidad humana.

22. El accionante afirma que la Resolución No. 0-5623 del día 22 de noviembre de 2004, proferida por el Fiscal General de la Nación y confirmada en la reposición, fue ilícita al haberse fundamentado en la consideración de que habría surgido una inhabilidad sobreviviente, cuya verificación era imposible ya que el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán no se encontraba desempeñando ningún cargo en la institución, como consecuencia de haber sido suspendido transitoriamente del cargo de Técnico Judicial II mientras se fallaba de fondo el proceso penal que afrontaba.

23. El accionante considera inadecuada la aplicación del numeral 79-3 del decreto 261 del 22 de febrero de 2000 en las resoluciones de desvinculación y de confirmación expedidas por la Fiscalía, debido a la inexistencia del supuesto de hecho contemplado por la norma invocada como fundamento de derecho y porque la norma tampoco menciona ni insinúa, en su parecer, que deba desvincularse definitivamente al servidor público que se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional que, en su criterio, sólo señalan que no puede desempeñar el cargo mientras esté sujeto a dicha medida, siendo suficiente para tales efectos la suspensión transitoria en el ejercicio del cargo, la cual en el presente caso ya se había producido.

24. Considera que la suspensión transitoria que se le había aplicado debió revocarse automáticamente como consecuencia de la sentencia absolutoria que conllevó el

levantamiento de la medida de aseguramiento y que, por lo tanto, el efecto obligado es el reintegro del funcionario, con la cancelación de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como resultado de la medida de aseguramiento.

Respuesta de la entidad accionada

1. La Fiscalía General de la Nación dio respuesta a la acción instaurada en su contra por intermedio de la Jefe de la Oficina Jurídica quien afirma que el acto administrativo de insubsistencia fue proferido por el surgimiento de una inhabilidad sobreviviente para el funcionario, como consecuencia de haberse dictado en su contra una medida de aseguramiento sin el derecho de libertad provisional, situación de hecho y de derecho que obligaba a la Fiscalía a dar cumplimiento a las disposiciones que regían la materia.

2. Afirma adicionalmente que la tutela invocada no llena el requisito de inmediatez de la acción pues debe tenerse en cuenta que los hechos puestos a consideración de la jurisdicción constitucional ocurrieron en el año 2004 y ésta solamente fue instaurada en el 2006, por lo que considera que no se instauró dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de la violación de los derechos cuya protección se invoca, sin que por otra parte el accionante justifique el largo transcurso del tiempo entre el hecho generador y la interposición de la tutela.

3. Igualmente señala que los actos administrativos contenidos en las resoluciones atacadas se encuentran amparados por la presunción de legalidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y que, por lo tanto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impide que se discutan a través de este procedimiento cuestiones que deben debatirse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde puede solicitarse su suspensión provisional, con lo que concluye que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial de sus derechos que es idóneo, suficiente y eficiente.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

1. Mediante decisión del 25 de julio de 2006, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo

Seccional de la Judicatura del Atlántico declaró improcedente, por inoportuna, la tutela invocada. Consideró que el incumplimiento del presupuesto de inmediatez en la solicitud de la tutela instaurada relevaba de la necesidad del estudio de fondo, principio de inmediatez que se expresa en la exigencia de que entre la ocurrencia del hecho generador de la violación o de la amenaza del derecho fundamental y la instauración de la acción de tutela no pueda transcurrir más del tiempo razonable. En el presente caso, consideró la Sala, que desde el 22 de noviembre de 2004 se le informó al peticionario que había sido declarado insubsistente en el cargo que venía ocupando en la Fiscalía General de la Nación y que no se evidencia en el expediente justa causa por la cual el actor no instauró la acción de tutela de manera oportuna.

Adicionalmente el juzgador de primera instancia fundó la improcedencia de la tutela en el carácter subsidiario de esta acción cuando existen otros medios judiciales de defensa y en particular para someter al trámite de este procedimiento constitucional de protección de derechos las controversias laborales.

Segunda instancia

2. Como consecuencia de la impugnación presentada por el apoderado judicial del accionante, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2006, confirmó el fallo de primera instancia que declaró improcedente la tutela interpuesta.

La decisión de segunda instancia se sustentó en la consideración de que el accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial para hacer valer los derechos que reclamaba mediante la acción de tutela, asumiendo que en estos casos el cuestionamiento de la posible arbitrariedad, desviación de poder o falsa motivación del acto, así como la reparación del daño eventualmente producido es competencia del juez de lo contencioso administrativo y no del juez constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala es competente para resolver el asunto objeto de revisión de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 241, numeral 9º de la Constitución y en los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Fiscalía General de la Nación incurrió en una vía de hecho que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, al haber vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del accionante cuando dispuso su insubsistencia en el cargo de Técnico Judicial II por la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente al amparo del numeral 3º del artículo 79 del Decreto-Ley 261 de 2000.

Para efectos de determinar la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de insubsistencia decretada en contra del accionante y por lo tanto la procedencia de la medida tutelar, la Sala de Revisión hará, en primer lugar, una referencia a la presunción de inocencia como una de las expresiones medulares del derecho fundamental al debido proceso, luego se ocupará del problema de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela en este caso, cuestión que fue planteada tanto por la accionada como por los jueces de tutela y, en tercer lugar, reiterando los parámetros establecidos en la sentencia T-982 de 20041, examinará la procedencia excepcional de la acción de tutela por violación al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

3. Derecho fundamental al debido proceso y presunción de inocencia

1. El derecho fundamental al debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución y comprende numerosos elementos que han sido desarrollados de manera extensa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de los cuales, para el caso que nos ocupa, es de particular relevancia la disposición encaminada a prescribir que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, contenida en el referido artículo constitucional.

En relación con esta disposición constitucional que consagra la presunción de inocencia como expresión del derecho al debido proceso, ha afirmado la Corte que es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y es, de igual modo, uno de los pilares

fundamentales de las democracias modernas.² La presunción de inocencia expresa la garantía constitucional consistente en que aquel a quien se le acusa de haber cometido un delito deberá ser tenido por inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías, al final del cual se lo haya declarado judicialmente culpable mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

En este sentido la Corte en la sentencia T-827 de 2005 sostuvo que

“En relación con el tema de las medidas de aseguramiento no se puede dejar de lado el peso que le cabe al derecho a la presunción de inocencia. No se pueden perder de vista, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas que las medidas de aseguramiento implican cuando se proyectan sobre el derecho a la presunción de inocencia, sobre la garantía de libertad y sobre el derecho de defensa y contradicción. Bien sabido es que a la presunción de inocencia le subyace una valoración muy profunda que se conecta justamente con la necesidad de proteger la libertad del sindicado así como con su derecho de defensa y contradicción.⁴

En un sentido amplio, el derecho de defensa y contradicción exige que no exista culpa sin juicio. En un sentido estricto, tal derecho implica que solo hay juicio cuando la acusación ha sido sometida a prueba y a refutación. La presunción de inocencia del imputado se postula, por tanto, hasta cuando se pruebe su responsabilidad y esto se haga por medio de sentencia definitiva de condena.

Ahora bien, una parte de la doctrina considera la presunción de inocencia como un “principio fundamental de civilidad”, como “el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable⁵.” Desde esta perspectiva, la importancia que se deriva de la presunción de inocencia para el cuerpo social es incalculable pues sobre sus cimientos es factible configurar un equilibrio entre la libertad, la verdad y la seguridad de los ciudadanos.

Si bien es cierto que la seguridad de los ciudadanos se ve amenazada por las actuaciones delictivas que puedan realizar algunos de sus miembros, no menos cierto es que la seguridad de los ciudadanos también se amenaza de modo serio cuando se legitiman sanciones y procedimientos arbitrarios.”

No ha escapado por lo tanto a la reflexión jurisprudencial de la Corte Constitucional la compleja relación entre las medidas de aseguramiento y la presunción de inocencia, en medio de lo cual ha afirmado claramente que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y que, en consecuencia resolución de acusación no impone una sanción al imputado, ni define el proceso penal, sino que la definición del proceso penal apenas tiene lugar cuando se dicta sentencia y, más concretamente, cuando la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada, no antes.⁶ “De ahí el carácter provisional que le subyace a la resolución de acusación “y la vigencia que durante el lapso que ella esté vigente tiene la presunción de inocencia”⁷. En vista de que la resolución de acusación no es una sanción ni tiene carácter definitivo, el sindicado goza de todos los derechos fundamentales y puede hacerlos efectivos. La resolución de acusación no comporta, por tanto, “restricción alguna de las garantías constitucionales, entre ellas la presunción de inocencia que permanece incólume mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia judicial en firme.”⁸⁹

Es importante entonces resaltar que las medidas de aseguramiento dictadas como consecuencia de haberse proferido resolución de acusación en contra de una persona tienen como finalidad garantizar en los casos en los que las circunstancias lo ameriten la comparecencia de dicho individuo ante la administración de justicia, pero que esta situación es claramente distinguible de aquella que se presenta cuando una vez cumplidos todos los trámites propios del proceso, se la declara responsable penalmente y se le aplica la sanción prevista en la ley.¹⁰

En este sentido, la Corte ha admitido en algunas oportunidades que la presunción de inocencia no riñe con la posibilidad de aplicar medidas de orden preventivo para asegurar la comparecencia ante los jueces de las personas frente a las cuales se tienen motivos serios y debidamente fundados para considerar que han cometido un ilícito. Cuando se dicta como medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la persona sigue gozando de la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad.¹¹

Considera por lo tanto la Sala que de la imposición de una medida de aseguramiento dentro de un proceso penal no puede derivarse automáticamente otra medida con consecuencias sancionatorias dentro de un proceso disciplinario, sino que, en todo caso, la decisión administrativa debe ser resultado de un proceso adelantado con la observancia de todas las

garantías para el sujeto disciplinado, en particular, respetando su derecho fundamental a la presunción de inocencia que tiene primacía, conforme a claras normas constitucionales, sobre otras disposiciones o principios encaminados a garantizar la marcha normal de las instituciones.

4. Inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela

4. Teniendo en cuenta que tanto la entidad accionada como la decisión de tutela de primera instancia, confirmada posteriormente por el Consejo Superior de la Judicatura, afirman que en el presente caso se incumple el presupuesto de inmediatez en la solicitud de la tutela, lo que condujo a obviar el estudio de fondo de la acción instaurada y a su declaración de improcedencia, debe la Sala de Revisión abordar el tema antes de entrar en el examen de fondo.

Consideró la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico que transcurrió más del tiempo razonable entre la fecha en la que se le informó al peticionario que había sido declarado insubsistente en el cargo que venía desempeñando en la Fiscalía General de la Nación, esto es, el 22 de noviembre de 2004, y el 6 de julio de 2006, fecha en la que se instauró la tutela, sin que por otra parte se observase justa causa por la cual el afectado no instauró la acción de tutela de manera oportuna.

En relación con el principio de inmediatez, la Corte ha señalado que a pesar de que la acción de tutela no tiene término de caducidad, esto no constituye razón para que no deba instaurarse dentro de un término razonable y proporcionado, de tal manera que no lesionen derechos, bienes o intereses de terceros.¹²

Efectivamente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del principio de inmediatez, de tal manera que existe importante jurisprudencia aplicable al caso que nos ocupa. En la sentencia de unificación SU 961 de 1999, sobre la existencia de un término razonable para interponer la acción de tutela, dijo la Corte:

“5. Alcances del Artículo 86 de la Constitución en cuanto al término para interponer la tutela.

(...)

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su “inmediatez”:

“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.¹³ Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. (...) La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, (...).

Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión”.

Sin embargo, igualmente ha sostenido la Corte que el juez de tutela debe evaluar las razones que pudo haber tenido la parte actora que puedan justificar su demora en instaurar la acción de tutela, las cuales pueden ser atendibles cuando se refieren, por ejemplo, a la existencia

de sucesos de fuerza mayor o caso fortuito, a la imposibilidad absoluta de la parte afectada de ejercer sus propios derechos –por ejemplo, por tratarse de una persona mentalmente discapacitada y en situación de indigencia – o con la ocurrencia de un hecho nuevo que justifique la acción o, finalmente, con la urgencia de satisfacer de inmediato las necesidades vitales mínimas de la parte actora amenazadas directamente por un fallo judicial evidentemente injusto y arbitrario, razones que podrían, según la Corte, justificar la interposición de la tutela fuera de un plazo razonable.¹⁴

Ilustrados de esta manera los alcances del principio de inmediatez, son varias las consideraciones que llevan a la Sala a concluir que en el presente caso no se desconoció por parte del accionante y que, por lo tanto, la acción instaurada cumple este requisito de procedibilidad.

En primer lugar debe anotarse que si bien el actor fue retirado del servicio el 22 de noviembre de 2004, solamente el 16 de marzo de 2006 se profirió el fallo dentro del proceso penal que se le siguió, en el que se lo absolvió de los cargos imputados, providencia que cobró ejecutoria el día 30 de marzo de 2006.

La referida absolución del actor de los cargos que se le imputaban constituye en el presente caso un hecho de máxima relevancia si se tiene en cuenta que la cuestión fundamental en la que se basó el acto de desvinculación del servicio fue precisamente la investigación penal y la medida de aseguramiento dictada contra el funcionario, por lo que no parecería acertado obviar, con fundamento en el principio de oportunidad, el estudio de fondo de la acción de tutela que instaura, sin tener en cuenta las circunstancias particulares que, lejos de demostrar una conducta desidiosa del actor o de su representante, demuestran diligencia en el reclamo judicial de los derechos mediante la demostración de las circunstancias constitutivas de la vulneración.

En efecto, a través de apoderado, el accionante instauró la correspondiente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Nación-Rama Judicial, que cursa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba, en la que se discute la legalidad de las providencias que determinaron su desvinculación y, por otra parte, anuncia en el escrito de tutela que en los próximos días iniciará acción de reparación directa por error jurisdiccional en contra de la Fiscalía General de la Nación –

Rama Judicial, a raíz de haber sido privado de la libertad a través de medida de detención domiciliaria.

Lo anterior constituye una relevante razón para considerar que en lo que se refiere a la acción contencioso administrativa contra las resoluciones atacadas por vía de tutela, aquella ha sido ineficaz para hacer prevalecer el derecho al debido proceso del accionante en la medida en la que las circunstancias particulares de aquel lo ameritan y, por lo tanto, que la existencia del otro medio de defensa judicial no fue apreciada en el marco de las circunstancias constitutivas de perjuicio irremediable en los términos del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este punto.

En resumen, debe tenerse en cuenta que el actor estuvo privado de su libertad durante 20 meses, que durante este tiempo ejerció la actividad judicial necesaria para desvirtuar las imputaciones que se le hacían y recuperar su libertad y que, una vez declarada judicialmente su inocencia, ante la ineficacia de la acción contencioso administrativa para resolver su situación, instauró la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Lo anterior lleva a la Sala a considerar que en el caso bajo estudio no se desconoció por parte del accionante el principio de inmediatez para el reclamo de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección invoca.

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela por violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo – reiteración de jurisprudencia

5. La Corte Constitucional se ha ocupado en anteriores oportunidades¹⁵ de la potestad de la Fiscalía General de la Nación para declarar la insubsistencia de sus funcionarios cuando se dicta en su contra una medida de aseguramiento sin derecho a la libertad provisional, abordando el problema de la ponderación que debería ejercer el ente nominador frente a estas circunstancias en las que, de una parte, se encuentran las razones de continuidad y buena marcha de la administración que sustentan las normas que lo permiten y, de otra parte, el derecho constitucional fundamental al debido proceso, que se expresaría en la necesidad de adelantar un proceso disciplinario con la observancia de todas las garantías y la expedición de una decisión motivada que pusiera fin a dicho proceso y, en segundo lugar, el respeto específico al derecho constitucional fundamental a la presunción de inocencia del

funcionario, cuyo acatamiento resulta ineludible para el ente nominador cuando se lo confronta con necesidades constitucionales de menor rango.

Partiendo de la prescripción del artículo 29 constitucional en el sentido de que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, la Corte reafirmó su carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 83), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados.¹⁶

Agregó la Corte que a pesar de que no existe una reglamentación exhaustiva que limite el ejercicio de las facultades discrecionales en cada caso, el Consejo de Estado en búsqueda de consolidar el control judicial de los actos de la administración y evitar el abuso de poder ha consolidado una doctrina mediante la cual señala parámetros y límites dentro de los cuales debe operar la administración cuando ejerce dichas facultades:

“Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará la opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios. Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma. En el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición.”¹⁷

En tal sentido, la Corte abordó el examen de las instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la

administración, entre las cuales se encuentran el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad que se expresan de la siguiente manera:

“El principio de necesidad supone confrontar los efectos que en relación con los valores, principios y derechos constitucionales se producirían a partir del ejercicio de una facultad discrecional reconocida en la ley. De suerte que si demuestra que no existe ninguna otra medida que, de manera clara y contundente, produzca en términos constitucionales, igual resultado a un menor costo, la decisión adoptada por la Administración resulta acorde con el ordenamiento jurídico.”

“El principio de proporcionalidad hace relación a la comprobación de que la adopción de una medida en ejercicio de una potestad administrativa, no sacrifique valores, principios y derechos que tengan un mayor valor constitucional que aquéllos que se quiere satisfacer mediante el ejercicio de las atribuciones discrecionales reconocidas en la ley. Así ha dicho esta Corporación:

“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. ‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional’¹⁸”¹⁹.

6. El caso sujeto a revisión

6. La decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación al decretar la insubsistencia del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán en el cargo de Técnico Judicial II, en principio parece intachable a la luz de las atribuciones otorgadas a la entidad por los artículos 79 y 102-2 del Decreto-Ley 261 de 2000, que prescriben la declaratoria de insubsistencia y, como consecuencia de ésta, el retiro definitivo del servicio, cuando de manera sobreviviente un

funcionario resulte sujeto a una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho al beneficio de libertad provisional.

La Corte Constitucional, al abordar el estudio de constitucionalidad del literal c) del artículo 136 del decreto 2699 de 1991, norma que como se observa tenía un contenido normativo similar al del artículo 79 del Decreto 261 de 2000, al disponer que “No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la Fiscalía General de la Nación: (...) c) Quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso aunque gocen del beneficio de excarcelación (...)”, afirmó que lo que pretende esta disposición es garantizar la finalidad del Estado de asegurar la vigencia de un orden justo y la aplicación recta y eficaz de la justicia, que se vería comprometida con la falta de prestación del servicio por parte de una persona privada de la libertad.²¹

Para la Corte existen razones constitucionales que soportan este tipo de atribuciones, como la potestad reconocida al nominador de declarar insubsistente a un funcionario de la Fiscalía cuando éste se encuentre sujeto a detención preventiva sin beneficio de excarcelación, en atención a la necesidad de preservar el orden justo y la eficacia en la administración de justicia.²² Estas atribuciones, sin embargo, deben ejercerse dentro del marco constitucional de respeto a los derechos fundamentales y atendiendo a los principios que rigen las actuaciones de la administración pública.

En efecto, en el caso bajo estudio, al encontrarnos ante la contundencia de una decisión judicial absolutoria dentro del proceso en el cual se dictó la medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación, que a su vez constituyó el fundamento del acto que declaró la insubsistencia en el cargo del accionante, la actuación administrativa pudo resultar lesiva de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y al debido proceso administrativo del señor Osorio Beltrán, razón por la cual la Sala deberá confrontar los principios que buscan la buena marcha de la administración y su transparencia con los principios y normas constitucionales que consagran la presunción de inocencia.

Examinados de manera integral los principios y normas relevantes en relación con la situación planteada, en particular los referidos al debido proceso administrativo y a la presunción de inocencia, la decisión adoptada por la Fiscalía, es decir, la declaratoria de insubsistencia, no se aprecia que la entidad accionada se haya encontrado ante una decisión

de forzosa adopción sino que, por el contrario, existía otra opción que, consultando el respeto de normas y valores constitucionales, habría implicado un menor nivel de compromiso a los derechos del afectado, compatible a su vez con los principios que informan y buscan garantizar la buena marcha de la administración de justicia y el bien público.

En efecto, el ya citado artículo 147 de la Ley 270 de 1996 nos muestra la existencia de una consecuencia normativa alternativa a la declaratoria de insubsistencia, ante la hipótesis de la presencia de una medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación dictada en contra de un funcionario de la Fiscalía. La opción entre una de las dos consecuencias legales implica un juicio de valor, de conveniencia y de oportunidad que debe reflejarse en la motivación de la decisión del acto que declara la insubsistencia el cual, a su turno, debe estar precedido por el procedimiento respectivo, en este caso disciplinario, de tal manera que se le permita mediante la controversia de los motivos de la decisión, ejercer el derecho de defensa al afectado con la medida. Al respecto, en anterior oportunidad la Corte dijo:

“En sentencia T 982 de 2004 la Corte Constitucional examinó un asunto en el que se demandaba la tutela del derecho al debido proceso y la protección al derecho de igualdad. En aquella oportunidad la Corte reflexionó de manera detenida al respecto de las limitaciones a las que han de ajustarse los funcionarios al adoptar medidas tales como la insubsistencia y la suspensión tomadas como resultado de haberse dictado frente a un funcionario medida de aseguramiento que, en el caso bajo examen en aquel momento, era sin beneficio de libertad provisional. La Corte reiteró allí su jurisprudencia al respecto de la aplicación del debido proceso también en relación con las actuaciones administrativas. Destacó, ante todo, que las medidas de aseguramiento deben ser adoptadas bajo el respeto al principio de proporcionalidad. En aquella ocasión la Corte afirmó lo siguiente con respecto a las consecuencias que puede traer consigo el apresurarse a ordenar el retiro de funcionarios sin observar el principio de proporcionalidad:

“podrá eventualmente sacrificar derechos fundamentales como el trabajo, el acceso y permanencia en el ejercicio de funciones y cargos públicos, el mínimo vital y la vida digna, que gozan de un mayor valor constitucional, desconociendo por contera el principio de proporcionalidad como parámetro que determina la eficacia jurídica en el ejercicio de las facultades discrecionales.”

Tal y como fue expuesto en los párrafos anteriores, lo que está en juego cada vez que se dictan medidas de aseguramiento es la manera como tales medidas se proyectan sobre uno de los bienes jurídicos más valiosos de todos los que sustentan y legitiman el Estado de Derecho: la presunción de inocencia. No existe ni puede existir discrecionalidad al respecto. La autoridad pública, cualquiera que ella sea, judicial o administrativa, debe respetar el derecho a la presunción de inocencia. (Subrayas dentro del texto). Cuando en un caso se dicta medida de aseguramiento, no se está poniendo en duda la inocencia del sindicado, por cuanto esta se presume. Más bien, lo que se debe procurar es que se cumpla con las garantías de un juicio justo con fundamento en el cual se le otorgue al imputado la posibilidad de defenderse. La restricción de la libertad solo se justifica cuando la acusación se hace por los delitos más graves y únicamente a partir de cumplirse los requisitos exigidos para el efecto y sobre la base de decisiones debidamente motivadas y justificadas.”²³

La Corte Constitucional, recogiendo jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado que no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria.²⁴

En términos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia :

“La relación que la Ley Estatutaria establece entre la imposición de la medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional y la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del asegurado que se halla en desempeño del cargo, es directa y objetiva. Pero esas características de objetividad e inmediatez no significan que la declaratoria de esa inhabilidad sobreviniente pueda hacerse de plano. Como el parágrafo de la norma citada exige que sea mediante providencia motivada y se trata de una decisión que afecta los derechos del funcionario o empleado, debe adoptarse con las garantías del debido proceso que la Constitución garantiza para cualquier actuación administrativa y dentro de los parámetros de las de tal naturaleza de acuerdo a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

Esa relación de inmediatez y de objetividad entre el supuesto fáctico del aseguramiento sin derecho a la libertad provisional del funcionario o empleado y la declaratoria de la inhabilidad sobreviniente que a partir de ella se genera, es la que impone el deber legal a los nominadores de la Rama Judicial de asumir de oficio el procedimiento general administrativo para estudiar si hay o no lugar a la declaratoria de la inhabilidad sobreviniente.

Tal actuación debe ser inmediata al conocimiento que deben tener esas autoridades nominadoras en el sentido de que se ha hecho efectiva la medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad, ya sea porque la autoridad judicial haya solicitado la suspensión, o, porque esta se haya producido como consecuencia de la captura inmediata del servidor. (...)”²⁵.

La valoración tendría como fundamento la posibilidad de disponer en relación con el mismo funcionario a quien se le dicta medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación una situación administrativa distinta al retiro del servicio, consistente en ordenar su suspensión provisional con fundamento en la orden de una autoridad judicial o disciplinaria, posibilidad que se encuentra reconocida en el artículo 84 del Decreto-Ley 261 de 2000²⁶ y regulada en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996.

Como ya lo sostuvo la Corte Constitucional, frente al desarrollo de un proceso penal que se adelanta contra un funcionario de la Rama Judicial, es evidente entonces que conforme a las disposiciones transcritas de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se producen distintas consecuencias jurídicas de tipo laboral administrativo.

En efecto, los artículos 147 y 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia le atribuyen al nominador la posibilidad de decretar en relación con el funcionario afectado por una medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, como primera alternativa, la suspensión temporal en el cargo mientras se resuelve el proceso o, como segunda alternativa, la insubsistencia de su nombramiento y, por ende, el retiro del servicio. Estas alternativas implican la realización de un juicio u operación intelectual consistente en comparar el alcance, procedencia y justificación para cada caso en concreto de los citados instrumentos administrativos.²⁷

Se trata -en tales casos- de atribuirle a la Administración el ejercicio de una facultad discrecional, por virtud de la cual le corresponde en principio decidir a su libre arbitrio, dentro

de un proceso disciplinario, si hay lugar o no a la declaratoria de insubsistencia o, por el contrario, a la suspensión temporal en el empleo.²⁸

La Corte se planteó entonces el siguiente interrogante: ¿Qué determina que frente a un caso concreto sea procedente la declaratoria de insubsistencia y en otras hipótesis resulte viable la suspensión temporal en el empleo?

“La respuesta al citado problema jurídico se encuentra en los parámetros legales y constitucionales que regulan el ejercicio de una atribución discrecional, y especialmente, en el principio de proporcionalidad. De modo tal que en un asunto en concreto, si se demuestra que la adopción de una medida produce un menor sacrificio para otros valores, principios y derechos que tengan un mayor valor constitucional que aquéllos que se pretende satisfacer a través de su desarrollo, es obligación de la autoridades administrativas preferirla, conforme lo ordena categóricamente el contenido normativo del citado principio de proporcionalidad. Dicho parámetro de control judicial al ejercicio de las atribuciones discrecionales se encuentra reconocido, entre otras, como previamente se expuso, en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”²⁹.

(...)³⁰

Resulta evidente en estos casos que si la decisión judicial que ordena la detención del funcionario es revocada, como en el caso que nos ocupa, el apresurarse a retirarlo del servicio podría eventualmente sacrificar derechos fundamentales como el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, el mínimo vital y la vida digna, que gozan de un mayor valor constitucional, desconociendo como consecuencia el principio de proporcionalidad como parámetro que determina la eficacia jurídica en el ejercicio de las facultades discrecionales.

La decisión de la Fiscalía de decretar la insubsistencia en el cargo del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán, aún cuando resulta acorde con el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, se encuentra debidamente fundamentada y razonada en soportes legales, incumple con la

carga de proporcionalidad que se exige en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, ello por cuanto el mismo efecto jurídico que se pretendía a través de la declaratoria de insubsistencia puede obtenerse a través de la suspensión administrativa en el ejercicio del empleo, resultando esta última alternativa menos lesiva frente a derechos que gozan de un mayor valor constitucional, tales como los derechos al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna.

“Sin lugar a dudas para asegurar la vigencia de un orden justo y la recta y eficaz administración de justicia, no es indispensable en términos constitucionales retirar de plano a todas los funcionarios que por diversas razones pueden estar sometidos a un juicio criminal, pues para el efecto basta con separar temporalmente del servicio a la persona enjuiciada, mientras se decide conforme al principio de presunción de inocencia su responsabilidad penal, finalidad para la cual es más que suficiente la suspensión administrativa.

En efecto, la detención preventiva como medida de aseguramiento es una simple medida cautelar destinada a precaver el *periculum in mora* mientras se profiere el fallo definitivo de las instancias judiciales correspondientes y que no implica, bajo ninguna circunstancia, la existencia de responsabilidad penal en el sindicado³¹. Así las cosas, en cualquier momento, y conforme a los requisitos de ley, puede ordenarse su revocatoria y concederse la libertad provisional del enjuiciado (C.P.P. arts. 363 y 365). Luego, es innegable que la posibilidad que aquello ocurra torna en preferente la aplicación de la suspensión en el empleo, en aras de salvaguardar derechos constitucionales de mayor valor jurídico.

Ello no significa que se entienda derogada o resulte inoperante la posibilidad de declarar la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial cuando se profiera en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, pues existen casos en los cuales lo más acorde para la recta administración de justicia, en atención a la gravedad de los hechos y a la valoración que realice el nominador, es la adopción de aquella medida. Así ocurre, entre otros, con los delitos de terrorismo, desaparición forzada y secuestro extorsivo³².”³³

Como fundamento para decretar la insubsistencia del señor Osorio Beltrán conforme a lo previsto en la Resolución No. 0-5623 del 22 de noviembre de 2004, la Fiscalía General de la Nación acude a la simple confirmación de la medida de aseguramiento de detención

preventiva ordenada por la Fiscalía Séptima Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y confirmada por la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, como lo ha sostenido esta Corporación, no constituye en dichos casos una razón suficiente para entender que la declaratoria de insubsistencia opera de plano, pues se trata de una situación susceptible de variación no sólo porque la persona sindicada puede ser declarada inocente, sino también porque pueden presentarse nuevas pruebas que conduzcan a revocar la medida y, por ende, a deslegitimar la ocurrencia de cualquiera de los fines que soportan la detención preventiva, o porque eventualmente puede operar alguna causal legal que torne en imperativo el reconocimiento de la libertad provisional.

Por lo anterior, ante la existencia de una medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación en contra de un funcionario, la declaración de insubsistencia no se impone como una consecuencia forzosa o necesaria si se tienen en cuenta, por una parte, otros elementos normativos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y del Decreto-Ley 261, así como los principios que rigen la potestad discrecional del nominador y, por otra, de normas y principios constitucionales que protegen los derechos fundamentales, que son el fundamento mismo del Estado social de derecho.

Por consiguiente, en desarrollo de claras disposiciones constitucionales y del principio de proporcionalidad existe para el nominador, en circunstancias ordinarias, el deber de preferir la suspensión administrativa a la declaración de insubsistencia, básicamente en consideración a la necesidad de preservar derechos tales como al debido proceso y la presunción de inocencia, el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna.

En consecuencia, y ante la necesidad de proteger los derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia, al trabajo, al mínimo vital y a la vida digna del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán, esta Corporación procederá a conferir el amparo tutelar de manera transitoria, mientras se decide la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el actor, en atención al perjuicio irremediable que sobre los mismos ha venido presentándose por haberse decretado su insubsistencia en el cargo de Técnico Judicial II sin que se lo hubiese declarado judicialmente culpable del delito que se le imputaba y sin que se

hubiese adelantado el necesario proceso disciplinario en el que se hubiesen garantizado sus derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia en particular.

Se ordenará en consecuencia la inaplicación temporal de las Resoluciones No. 0-5623 del 22 de noviembre de 2004 y 0-6614 del 28 de diciembre de 2004, proferidas por la Fiscalía General de la Nación, y en su lugar, se ordenará el reintegro del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior rango, mientras se define por la Justicia Administrativa la legalidad definitiva de los citados actos.

Además de las razones expuestas en relación con la afectación que ha venido padeciendo el señor Osorio Beltrán en sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna, la Sala encuentra que igualmente es necesario atender a la necesidad de evitar un perjuicio irremediable al actor en relación con la situación de las personas que tiene a su cargo, cuyas pruebas en torno a su situación se allegaron al expediente. En efecto el señor Roberto Osorio Beltrán tiene a cargo a su hija menor Melisa Milena Osorio Galván, quien depende totalmente de su padre en materia económica. La menor sufre de Poliquistosis Ovárica y su padre no cuenta con recursos para afiliarla nuevamente, como cuando era funcionario de la Fiscalía. Igualmente, el señor Osorio Beltrán es curador definitivo de su hermana Marlene Concepción Osorio Beltrán, a quien se le declaró en interdicción definitiva por incapacidad mental mediante la providencia expedida el 14 de septiembre de 1998 por el Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla.

Con fundamento en las razones expuestas esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional tutelaré de manera transitoria los derechos fundamentales del señor Roberto Osorio Beltrán

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR los fallos de Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico del día veinticinco (25) de julio de 2006 y de la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del día trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006), mediante los cuales se declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán.

Segundo.- TUTELAR de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia, al trabajo, al mínimo vital y a la vida digna del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán y en consecuencia dejar sin efecto la Resolución No. 0-5623 del día 22 de noviembre de 2004 de la Fiscalía General de la Nación, que declaró insubsistente el nombramiento efectuado a Roberto Jesús Osorio Beltrán en el cargo de Técnico Judicial II, y la Resolución No. 0-6614 del 28 de diciembre de 2004 que confirmó la anterior

Cuarto.- Esta orden permanecerá vigente hasta cuando se decida de manera definitiva el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Roberto Jesús Osorio Beltrán en contra de la Fiscalía General de la Nación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba.

Quinto. El desacato a lo ordenado en esta providencia, se sancionará de conformidad con lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

2 Sentencia T-827 de 2005 Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto.

3 Ibídem.

4 Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 2000, p. 549, citado en la Sentencia T-827 de 2005.

5 Luigi Ferrajoli, ob. cit. p. 549.

7 Sentencia C-416 de 2002.

8 Ibídem.

9 En la ya citada sentencia T-827 de 2005.

10 Sentencias C-106 de 1994 y Sentencia T-827 de 2005, Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Sentencias C - 689 de 1996 y Sentencia T-827 de 2005, Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Al respecto Cfr. T-315 de 2005, T-01 de 1992, SU-961 de 1999, T- 461 de 2001, T-105 2002, T-173 de 2002, T-728 de 2003, T-728 de 2003, T-764 de 2003 y T-802 de 2004, entre otras.

13 Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia N° T-1. Abril 3 de mil novecientos noventa y dos (1992).

14 Sentencia T-315 de 2005, Mo. Po. Jaime Córdoba Triviño.

15 Sentencias T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil T-827 de 2005 Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

17 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de octubre de 1975. Subrayado por fuera del texto original, citado en la sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

18 Sentencia C-448 de 1997, Mo. Po. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

19 Sentencia C-648 de 2001, Mo. Po. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Cfr. Sentencia T-982 de 2004.

21 Cfr. sentencias C-558 de 1994, Mo. Po. Carlos Gaviria Díaz y T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil. La Corte Constitucional en la sentencia T-827 de 2005 aclaró que, sin embargo, en ningún momento se ha pronunciado sobre el contenido del artículo 150 numeral 3º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ni sobre el artículo 79 numeral 3º del Estatuto Orgánico de la Fiscalía. (Subrayas dentro del texto). En sentencia C-037 de 1996 por medio de la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, esta Corporación, al abordar el análisis de fondo del artículo 150, no hizo referencia expresa y directa al numeral 3º del artículo 150. Tampoco la sentencia C-1335 de 2000, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, interpreta tales disposiciones. En la sentencia C-1335 de 2000 la Corte no pretendió decir que las personas que tengan medida de aseguramiento vigente y que gocen del beneficio de libertad provisional estén inhabilitadas para ocupar cargos en la Rama Judicial o en la Fiscalía.

22 Sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

23 Sentencia T-827 de 2005, Mo. Po. Humberto Antonio Sierra Porto

24 Sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

25 Ibídem. Subrayado por fuera del texto original.

26 Dispone la norma en cita: “Los servidores de la Fiscalía General de la Nación pueden hallarse en una de las siguientes situaciones administrativas: (...) 10. Suspendidos por orden de autoridad judicial o disciplinaria”. (Subrayado por fuera del texto original).

27 Sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

28 Ibídem.

29 Subrayado por fuera del texto original.

30 Sentencia T- 982 de 2004. Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil

31 Véase, sentencia C-774 de 2001, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

32 Véase, sentencia C-762 de 2002, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia T-982 de 2004, Mo. Po. Rodrigo Escobar Gil.