

## Sentencia T-982/04

Esta Corporación ha sostenido que la existencia de dicho derecho fundamental, se concreta, en cuanto a los mecanismos de protección de los administrados, en dos garantías mínimas, a saber: (i) En la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación. De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley. El debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122).

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas

Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello ocurre, por una parte, porque conocerán de antemano cuáles son los medios para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor.

ADMINISTRACION PUBLICA-Facultad discrecional

Este conjunto de limitaciones que regulan el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración, si bien no impiden por regla general la libre iniciativa en el desarrollo de las actuaciones administrativas de las autoridades públicas, sí consagran parámetros legales de

obligatorio cumplimiento que reglamentan los caminos a través de los cuales es jurídicamente viable el ejercicio de una atribución, con el propósito plausible de poder producir efectos jurídicos. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reconocido que toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que restrinja su ejercicio, siempre tendrá un mínimo grado de discreción, o en otras palabras, de buen juicio para su desarrollo. La necesidad de que se le reconozca a la Administración, en todos los casos, un mínimo grado de discrecionalidad o de libertad de acción, para asegurar su buen funcionamiento, independiente-mente del nivel o volumen de reglamentación que sobre una materia se profiera por el legislador (facultad más o menos reglada); que se torna imperioso por parte del ordenamiento jurídico, con sujeción al principio de legalidad, el señalamiento de un conjunto de parámetros legales y constitucionales que permitan salvaguardar el control jurisdiccional de su ejercicio, en aras de impedir que el desenvolvimiento de dicha potestad, se transforme en un actuar arbitrario, contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad.

#### ADMINISTRACION PUBLICA-Control frente a potestades discrecionales

Con el propósito de regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración se han ideado varias instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial en cuanto a su desarrollo. Al respecto, entre otras, se destacan las siguientes: (i) Los vicios en su formación; ii) el error en su apreciación; iii) la desviación de poder; iv) el principio de necesidad. v) El principio de proporcionalidad. En síntesis, solamente cuando un acto discrecional en aquello que la facultad reglada se lo permita, involucre un vicio de procedimiento en su formación, o sea constitutivo de error de apreciación o de desviación de poder, o suponga la falta de aprobación de los juicios de necesidad y proporcionalidad, puede considerarse que dicho acto administrativo es manifiestamente arbitrario, y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo. Obsérvese cómo el artículo 36 del Código Contencioso administrativo, reconoce los límites que regulan el ejercicio del poder discrecional de la Administración.

ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Control frente a facultad discrecional/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional frente a actos administrativos

Para controlar el ejercicio de toda facultad discrecional de la Administración, que obviamente se manifieste a través de actos administrativos, se prevé por regla general en el ordenamiento jurídico la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con la posibilidad de solicitar in situ la suspensión provisional de los efectos del acto demandando. Así las cosas, y conforme a lo prescrito en el artículo 86 de la Constitución Política, es indiscutible que la acción de tutela frente a dicha modalidad de actos administrativos, corresponde -en cuanto a su naturaleza jurídica- a un mecanismo subsidiario y excepcional de defensa judicial, el cual solamente puede llegar a prosperar bajo cualquiera de las siguientes hipótesis normativas reconocidas por esta Corporación, a saber: “La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”.

#### INSUBSISTENCIA POR DETENCION PREVENTIVA DE FUNCIONARIO DE LA RAMA JUDICIAL

La Corte concluye que la atribución reconocida al nominador para declarar insubsistente al funcionario que sea sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional, no desconoce el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 29 de la Carta Fundamental, pues su finalidad lejos de comprometer el derecho que les asiste a los acusados para trasladar la carga de la prueba acerca de su responsabilidad penal más allá de la duda razonable, lo que pretende es hacer efectivo uno de los fines esenciales del Estado, cual es, el de asegurar la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz administración de justicia. Ahora bien, conforme lo reconoce la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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. Dicha valoración tiene como fundamento la

posibilidad de decretar en relación con el mismo funcionario de la Rama Judicial y, en específico, de la Fiscalía 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. Esa posibilidad se encuentra reconocida en el artículo 84 del Decreto-Ley 261 de 2000 y regulada en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996

#### INSUBSISTENCIA O SUSPENSION TEMPORAL EN EL EMPLEO POR DETENCION PREVENTIVA DE FUNCIONARIO DE LA RAMA JUDICIAL-Criterios para determinar qué medida procede

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 pretenden 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.

#### DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN INSUBSISTENCIA-Vulneración

En el caso sub-examine, mediante la suspensión administrativa se garantizó por un espacio mayor de un (1) año, la transparencia y rectitud en la administración de justifica, mientras la demandante estuvo sometida a detención domiciliaria por el presunto delito de concusión. No existe razón alguna para modificar dicha situación, y proceder a la declaratoria de insubsistencia, cuando en términos constitucionales resulta menos gravoso continuar con la suspensión, en acatamiento del principio de proporcionalidad. No es constitucionalmente admisible a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, desconocer la prevalencia que a partir de un análisis sistemático detenta la suspensión administrativa, básicamente en consideración a la necesidad de preservar derechos fundamentales, tales como, el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna. La declaratoria de insubsistencia de un funcionario para poder ser considerada proporcional, debe operar con inmediatez al hecho que le sirve de

fundamento, de suerte que se logre establecer un nexo de conexidad entre dicha circunstancia y la orden que se profiera al respecto, con sujeción a un debido proceso administrativo que permita determinar su procedencia. En el presente caso, a pesar de haberse ordenado en contra de la peticionaria la detención preventiva sin beneficio de excarcelación desde el 31 de julio de 2002; tan sólo hasta el 9 de febrero de 2004, con fundamento en la citada detención, se declaró de plano a la accionante insubsistente en su empleo. No encuentra la Corte razón válida alguna para entender la demora en la orden proferida por la Fiscalía, más aún cuando su aplicación si bien se fundamenta en una atribución discrecional, resulta contraria al principio de proporcionalidad y, por ende, al debido proceso administrativo.

Referencia: expediente T-916680.

Peticionaria: Olga María Gutiérrez Marengo.

Demandado: Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en relación con la acción de amparo constitucional impetrada por Olga María Gutiérrez Marengo contra la Fiscalía General de la Nación.

### I. ANTECEDENTES.

## 1. Demanda y pretensiones.

La señora Olga María Gutiérrez Marengo interpuso acción de tutela el día 14 de abril de 2004, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

De conformidad con la accionante, la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No. 0-0366 del 9 de febrero de 2004, la declaró insubsistente en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, con fundamento en un concepto jurídico “amañado” efectuado a partir de la transcripción descontextualizada de precedentes judiciales, desconociendo -en su opinión- lo previsto en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996, 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”.

Relata la Fiscalía que la accionante se incorporó a la Dirección Seccional de Fiscalías del Distrito Judicial de Bogotá y Cundinamarca, en el cargo de Fiscal Seccional Grado 18, a través

de la Resolución No. 001 del 30 de junio de 1992. Que durante el desempeño de su cargo fue denunciada por la presunta comisión de la conducta punible de concusión<sup>1</sup>.

Afirma el demandando que durante el curso de la instrucción criminal, la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 31 de julio de 2002, le impuso a la accionante medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, decisión plenamente ejecutoriada mediante fallo del 19 de noviembre de 2003 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En apoyo de lo anterior, y conforme a lo previsto en el artículo 79 del Decreto-Ley 261 de 2000, a juicio de la Fiscalía, se presentó una inhabilidad sobreviviente que obliga mediante providencia motivada la declaratoria oficiosa de insubsistencia, aun cuando el funcionario se encuentre escalafonado en carrera judicial. Al respecto, dispone la norma en cita:

“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 surgiere inhabilidad en forma sobreviviente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”<sup>2</sup>.

Frente a la Resolución No. 0-0366 del 9 de febrero de 2004, que declaró insubsistente a la accionante, se interpuso en su debido momento recurso de reposición, siendo confirmada la decisión mediante Resolución No. 0-0711 del 26 de febrero de 2004.

En opinión de la demandante, la declaratoria de insubsistencia no es procedente, ya que el proceso penal que se adelanta en su contra no ha llegado a su fin, por consiguiente constitucional y legalmente se encuentra amparada por la presunción de inocencia. En el escrito de reposición, manifestó que:

“(...) No hay duda que la decisión adoptada mediante la Resolución No. 0366 de febrero 9 de 2004, viola estos principios constitucionales y legales de presunción de inocencia hasta tanto

no sea vencida en juicio. Igualmente puede predicarse del numeral 3° del art. 79 del Decreto 261 de 2000, cuando permite la desvinculación del funcionario de carrera administrativa por una simple medida de aseguramiento existente que sólo tiene un carácter eminentemente provisional y preventivo y cuyos soportes jurídicos probatorios distan enormemente de aquellos sobre los cuales se erige la sentencia condenatoria. // Confundir una y otra situación dentro de la acción penal es un yerro que genera gravísimas consecuencias como las que estoy a punto de padecer de no revisarse a fondo la decisión laboral adoptada, como quiera que en mi contra no existen sentencia condenatoria alguna y mal se pueden extraer conclusiones sobre mi responsabilidad penal". (Folios 28 y 29 del expediente de tutela).

Al resolver el recurso de reposición, en relación con las razones esgrimidas por la demandante, la Fiscalía sostuvo:

"(...) Si en gracia de discusión, aceptáramos que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento por el surgimiento de la inhabilidad sobreviniente, sólo procede en los eventos en que al servidor involucrado, se le condene, estaríamos incurriendo en un grave desconocimiento de los principios en los que se basa la función pública consagrados en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, más aún tratándose de una entidad como la Fiscalía General de la Nación que, por su especial función, requiere el máximo de transparencia y moralidad por parte de quienes integran el organismo. // Debe anotarse que el numeral 3° del artículo 79 del Decreto 261 de 2000, reprodujo en integridad al numeral 3° del artículo 150 de la Ley 279 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, norma esta que fue declarada exequible en su integridad por la Corte Constitucional, mediante pronunciamiento C-037 de 1996 (...)" (Folio 34 del expediente de tutela).

En el escrito de tutela, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) Que la figura administrativa aplicable para su caso era la suspensión provisional en el ejercicio del cargo, en desarrollo del principio de presunción de inocencia y que, adicionalmente; (ii) "no es posible que los demás empleados de la rama judicial inclusive algunos de la Fiscalía General, como en el caso de la asistente judicial señora Emma Bernal (actualmente se encuentra en conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. M.P. Juan Martín Suárez Quevedo con el radicado No. 342-02, pendiente de desatar recurso de apelación), se les aplique el artículo 147 de la Ley 270 de 1996, y en mi caso se pretenda con violación del

derecho fundamental a la igualdad, dar aplicación a una norma desfavorable cual sería el parágrafo 1° del artículo 79 del Decreto 261 de 2000”.

Estima que a pesar de existir otros medios de defensa judicial, en su caso la acción de tutela resulta procedente, pues se encuentra ante el perjuicio irremediable de perder su trabajo. En virtud de lo anterior, realiza las siguientes pretensiones:

“(…) Primero.- Ordenar la revocatoria de la Resolución No. 0-0366 del 9 de febrero de 2004, y su confirmatoria, expedidas por el Fiscal General de la Nación.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar mi reintegro al cargo de Fiscal Seccional ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, y para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, decretar la suspensión de las funciones del cargo entre tanto se decida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, mi responsabilidad”.  
(Folio 10 del expediente de tutela)

## 2. Oposición a la demanda de tutela<sup>3</sup>.

En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, la Fiscalía General de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, en primer lugar, reiterando los argumentos esgrimidos en las Resoluciones acusadas de vulnerar los derechos fundamentales de la accionante y, en segundo término, llamando la atención sobre la falta de prosperidad de la acción, toda vez que en el ordenamiento jurídico se consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde se puede solicitar la suspensión provisional del acto, para controvertir la legalidad de las Resoluciones proferidas por la Fiscalía como agente nominador de la demandante.

## II. TRÁMITE PROCESAL.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante sentencia proferida el veintiocho (28) de abril de 2004, negó la tutela interpuesta por considerar que no se probó el perjuicio irremediable de que trata el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y, de otra parte, porque la accionante tiene a su disposición otro medio de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del

Código Contencioso Administrativo.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Competencia.

1. A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Derechos constitucionales violados o amenazados.

2. La accionante solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Problema jurídico.

3. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada en la respectiva instancia judicial, esta Sala de Revisión debe determinar, si la Fiscalía General de la Nación, incurrió en una vía de hecho en la Resolución No. 0-0366 de febrero nueve (9) de 2004, al declarar la insubsistencia de la accionante en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, por la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente al amparo del numeral 3º del artículo 79 del Decreto-Ley 261 de 2000, que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

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

4. La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Se trata de un 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<sup>4</sup>.

Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello ocurre, por una parte, porque conocerán de antemano cuáles son los medios para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor.

“(…) Es en principio el legislador quien posee el poder de decisión sobre los asuntos públicos y así viene a sancionarse en las Constituciones democráticas, que además imponen límites a ese poder. Pero la ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad, de cuya existencia no creo que pueda dudarse, y que originariamente (en virtud de la Constitución o de la ley) corresponde ejercer a los gobiernos y administraciones públicas, poderes activos y permanentes que tienen a su cargo la gestión de los intereses públicos en el marco de la legalidad. (...) Esta conclusión que podrá ser aplicada a cualquier modelo histórico de Estado de derecho, es todavía más evidente en el modelo actual del Estado social y democrático de derecho, cualquier que sea la orientación política dominante en un momento dado. Un Estado con tal volumen de tareas como las que en esta etapa histórica tiene atribuidas, prestador de servicios con un enorme grado de complejidad funcional y técnica (piénsese en la sanidad, en la ordenación del territorio, o en la gestión de los recursos hidráulicos), obligados a adaptarse cotidianamente a las exigencias de un mundo que cambia vertiginosamente (piénsese en los vaivenes de la política monetaria), descentralizado territorial y funcionalmente ....., no puede funcionar si carece de la flexibilidad necesaria para adoptar la decisión más adecuada en cada instante y en cada lugar. Pero esta necesidad presupone la discrecionalidad administrativa, pues la ley, por sus propias características formales y sus exigencias procedimentales, es incapaz de prever la respuesta que en cada caso requiere la satisfacción del interés general. Por eso, lo normal hoy en día es que las potestades administrativas reguladas por la ley contemplen algún o algunos elementos de discrecionalidad, ya sea en el an, en el quid, en el quammodo o al

menos en el cuando. La discrecionalidad administrativa no es sólo un hecho con el que el derecho tiene que contar necesariamente. No es un mal inevitable que haya que reducir a la mínima expresión. Es más bien una necesidad institucional, una premisa del buen funcionamiento de la Administración cada vez en mayores áreas.”<sup>6</sup>

7. Es precisamente en dicha necesidad de que se le reconozca a la Administración, en todos los casos, un mínimo grado de discrecionalidad o de libertad de acción, para asegurar su buen funcionamiento, independiente-mente del nivel o volumen de reglamentación que sobre una materia se profiera por el legislador (facultad más o menos reglada); que se torna imperioso por parte del ordenamiento jurídico, con sujeción al principio de legalidad, el señalamiento de un conjunto de parámetros legales y constitucionales que permitan salvaguardar el control jurisdiccional de su ejercicio, en aras de impedir que el desenvolvimiento de dicha potestad, se transforme en un actuar arbitrario, contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Esta tesis ha sido reconocida en diversas oportunidades por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. A modo de ejemplo, en sentencia C-802 de 20027, al adelantar de oficio el control sobre un decreto mediante el cual se decretó la existencia de un estado de excepción, esta Corporación manifestó:

“En torno de este argumento hay que decir que en la formulación originaria del Estado de derecho el control del poder difícilmente encontraba asiento. Bastaba con afirmar la tridivisión del poder y su sometimiento a la ley pues la sola referencia a ésta bastaba para legitimar la actuación del poder público; el derecho se reducía a la ley y la jurisdicción se limitaba a aplicarla a través de una metodología ligada a la silogización. De ese modo, era comprensible que el proceso de producción del derecho no estuviese sometido a mayores controles jurídicos pues la ley, dado el carácter representativo del órgano que la emitía, tenía la capacidad de legitimarse por sí misma. Fue así como se concibieron ámbitos del poder público sustraídos a control jurídico y como se afirmó la tesis de la auto limitación del poder.

No obstante, esta tesis fue rápidamente revaluada pues la jurisprudencia primero negó que los móviles políticos de un acto bastaran para excluirlo de control y luego no vaciló en someter esos actos a control judicial. De allí que el actual modelo estatal se caracterice por

la desaparición de los otrora ámbitos absolutos de poder, por la concepción de un sistema de restricciones efectivas que lo limitan y por el papel fundamental que en su estructura y funcionalidad se le reconoce al control pues éste es una manifestación del principio democrático en cuanto afirma la sujeción de los gobernantes a las reglas de juego básicas concebidas por los gobernados.

El derecho colombiano no fue ajeno a esa situación. Así, en un primer momento se aceptó que el Presidente, cuando hacía uso de sus funciones como Jefe de Estado, profería actos que, aunque tenían consecuencias jurídicas, poseían una motivación esencialmente política, por lo que no podían ser controlados judicialmente al no ser expresiones de la actividad administrativa del ejecutivo, sino actos de gobierno fundados en el estudio de conveniencia y oportunidad que hacía el funcionario que los profería.

Luego, a partir de 1975, el Consejo de Estado planteó que la totalidad de los actos del ejecutivo son susceptibles de control judicial, incluidos los conocidos como actos de gobierno o actos políticos. Se afirmó que si bien algunos fundamentos de tales actos quedaban supeditados a la discrecionalidad de la administración, tal discrecionalidad no era ilimitada pues estaba supeditada al ordenamiento jurídico”<sup>8</sup>.

En cuanto al carácter relativo de la discrecionalidad, con fundamento en los parámetros legales y constitucionales que regulan su ejercicio, a pesar de no existir una reglamentación exhaustiva que limite su desarrollo en cada caso, el Consejo de Estado, en aras de consolidar el control judicial y evitar el abuso de poder, ha sostenido que:

“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”<sup>9</sup>.

Con el propósito de regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración se han ideado varias instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial en cuanto a su desarrollo. Al respecto, entre otras, se destacan las siguientes:

(i) Los vicios en su formación, es decir, el control a las solemnidades que el ordenamiento jurídico exige para la manifestación unilateral de voluntad de la Administración. Esto significa que si los actos que se profieren en desarrollo de un procedimiento administrativo no se han hecho constar a través de las ritualidades que se exigen para su debida formación, el acto administrativo que se profiere no puede producir efectos jurídicos, es lo que se conoce en la doctrina procesal con el nombre del “respeto a las formas propias de cada juicio” y que permite prevenir el actuar arbitrario de las autoridades públicas. Sobre la materia, esta Corporación textualmente manifestó:

“La Constitución consagró el derecho fundamental al debido proceso, entendido éste como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos”<sup>10</sup>.

(ii) El error en su apreciación, o en otras palabras, el hecho de confundir la existencia de una facultad discrecional con la posibilidad de enfrentarse en un caso concreto frente a un concepto jurídico indeterminado. En esta última hipótesis, las autoridades públicas lejos de poder escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, como sería lo propio del ejercicio de su poder discrecional, se encuentran sujetos a una única

solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, les impone dicha decisión.

Al respecto, en sentencia C-371 de 2002, esta Corporación al pronunciarse acerca de la constitucionalidad condicionada de la expresión “buena conducta”, prevista en el Código de Procedimiento Penal, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, manifestó:

“Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.” 11

Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales. 12 Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental.” 13

Es claro, entonces, que el concepto de “buena conducta”, no obstante su indeterminación,

cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado”<sup>14</sup>.

(iii) La desviación de poder, o lo que es lo mismo, el ejercicio de una facultad reconocida a las autoridades públicas contrario al fin o móvil que fundamenta la existencia legal o constitucional de dicha atribución. Se trata en esencia del desconocimiento de la finalidad legal o de interés público que subyace en una potestad administrativa, por ejemplo, favoreciendo o perjudicando a un tercero, o acudiendo a motivos estrictamente particulares, políticos, confesionales o cualquier otro que no se ajuste al objeto de la atribución ejercida. Sobre la materia, el Consejo de Estado, ha sostenido que:

“Sobre el concepto de ‘desviación de poder’ esta Corporación ha manifestado que la causal de nulidad se presenta cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero, al proferirlo, se han tenido en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se confirió el poder. En síntesis, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley”<sup>15</sup>.

En este orden de ideas, la desviación no debe confundirse con el abuso de poder, pues en esta última hipótesis se trata del ejercicio de una atribución por fuera de las competencias legales que le han sido reconocidas a un servidor público en la ley; mientras que en la figura de la desviación, la autoridad administrativa profiere el acto con la competencia suficiente para hacerlo, conforme a las ritualidades de forma prescritas en la ley, pero el fin que conduce a su ejecución es manifiestamente distinto de aquel reconocido en el ordenamiento jurídico para su ejercicio, aún cuando el mismo, en cierto casos, resulte ajustado a un interés general o social.

(iv) 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.

(v) 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’<sup>16</sup><sup>17</sup>.

En síntesis, solamente cuando un acto discrecional en aquello que la facultad reglada se lo permita, involucre un vicio de procedimiento en su formación, o sea constitutivo de error de apreciación o de desviación de poder, o suponga la falta de aprobación de los juicios de necesidad y proporcionalidad, puede considerarse que dicho acto administrativo es manifiestamente arbitrario, y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo. Obsérvese cómo el artículo 36 del Código Contencioso administrativo, reconoce los límites que regulan el ejercicio del poder discrecional de la Administración, 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”

8. Ahora bien, para controlar el ejercicio de toda facultad discrecional de la Administración, que obviamente se manifieste a través de actos administrativos, se prevé por regla general en el ordenamiento jurídico la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso<sup>18</sup>, con la posibilidad de solicitar in situ la suspensión provisional de los efectos del acto demandando<sup>19</sup>. Así las cosas, y conforme a lo prescrito en el artículo 86 de la Constitución Política, es indiscutible que la acción de tutela frente a dicha modalidad de actos administrativos, corresponde -en cuanto a su naturaleza jurídica- a un mecanismo subsidiario y excepcional de defensa judicial, el cual solamente puede llegar a prosperar bajo cualquiera de las siguientes hipótesis normativas reconocidas por esta Corporación, a saber: “La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”<sup>20</sup>.

Con relación a esta última hipótesis de procedencia de la acción de tutela, la Corte ha señalado que:

“...no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela...”<sup>21</sup>.

9. Finalmente, a juicio de esta Corporación, la posibilidad de anular un acto administrativo, de declararlo sin valor ni efectos jurídicos<sup>22</sup>, de suspenderlo provisionalmente o de inaplicarlo de forma temporal<sup>23</sup>, en razón a la procedencia de cualquiera de los citados instrumentos de control judicial al acto discrecional, corresponde a una consecuencia jurídica

de naturaleza eminentemente excepcional, pues en el fondo el principio de separación de poderes implica la obligación correlativa del juez de conocimiento de obrar con suma diligencia y cuidado, en aras de preservar el poder discrecional como necesidad institucional, para el buen funcionamiento de la Administración Pública.

De donde resulta que la presunción de legalidad que acompaña al acto discrecional, tan sólo puede ser desvirtuada a través de las acciones ordinarias previstas en la ley, o eventualmente, por intermedio de la acción de tutela, siempre y cuando prospere la demostración evidente y notoria de un vicio de procedimiento en su formación, de un error de apreciación, de una desviación de poder, o por el desconocimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad que limitan su ejercicio. De no ser así se correría el riesgo de suplantar a la Administración Pública, en los juicios de conveniencia, eficacia y oportunidad que a ella prudentemente le corresponde realizar.

10. Visto lo anterior, esta Corporación procederá a determinar si, en el caso concreto, la Fiscalía General de la Nación incurrió en la violación al derecho fundamental al debido proceso administrativo que se le imputa o, por el contrario, su actuación se ajustó a los lineamientos constitucionales y legales vigentes al momento de adoptar su decisión.

Caso concreto.

11. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos en los fundamentos 4 a 9 de esta providencia, encuentra la Corte que la acción de tutela está llamada a prosperar, por las consideraciones que a continuación se exponen:

a. En primer lugar, el artículo 79 del Decreto-Ley 261 de 2000, en armonía con lo previsto en el artículo 100-2 del mismo estatuto, permite la declaratoria de insubsistencia en la Fiscalía General de la Nación y, por ende, el retiro del servicio, cuando de manera sobreviniente un funcionario se encuentra “bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”<sup>24</sup>.

Al respecto, el parágrafo 1° del citado artículo 79, dispone que: “Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre

escalafonado en la carrera judicial”<sup>25</sup>. Dicha declaratoria de conformidad con lo previsto en el artículo 100-2 del Decreto reseñado, produce el retiro definitivo del servicio.

Dice la norma en cita: “Se producirá [el] retiro definitivo del servicio en los siguientes casos: (...) 2. Insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente”.

Del contenido literal de las citadas disposiciones se puede concluir que en principio la decisión de la Fiscalía General de la Nación, se ajusta a una interpretación razonada del ordenamiento jurídico actualmente vigente. En efecto, la declaratoria de insubsistencia del cargo ocupado por la accionante, señora Olga María Gutiérrez Marengo, se fundamenta en el desarrollo de la atribución reconocida al nominador para retirar del servicio a los funcionarios que sean sometidos a medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación.

Sin embargo, en la medida en que el ejercicio de dicha atribución puede resultar lesiva del derecho fundamental al debido proceso administrativo y, como lo afirma la demandante, del principio de presunción de inocencia, es indispensable analizar previamente, entre otros, los siguientes problemas jurídicos, a saber:

\* Si es contraria a la presunción de inocencia, la declaratoria de insubsistencia con fundamento en la procedencia de una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.

\* Si para el nominador la declaratoria de insubsistencia se convierte en un imperativo legal o, por el contrario, corresponde a una facultad discrecional que concurre en su ejecución con la posibilidad de decretar la suspensión administrativa.

\* En caso de corresponder a una manifestación del poder discrecional de la Administración, es necesario establecer en qué medida su ejercicio, en el caso sub-judice, se ajusta a los parámetros legales y constitucionales que regulan el desarrollo de una atribución discrecional, y especialmente, si resulta acorde con el principio de proporcionalidad.

b. A juicio de la accionante, como previamente se reseñó, es contrario al principio de presunción de inocencia, que una persona que no ha sido condenada sea retirada definitivamente del servicio, bajo la simple procedencia legal de una medida de aseguramiento privativa de la libertad personal (detención preventiva), cuando no se otorga el beneficio de la libertad provisional<sup>26</sup>.

Esta Corporación en sentencia C-558 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), al adelantar el juicio de constitucionalidad de una disposición con idéntico contenido normativo al consagrado en el artículo 79 del Decreto-Ley 210 de 2000, prevista en el anterior Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, concluyó que lo que pretende dicha 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.

En dicha oportunidad, la norma prevista en el literal c) del artículo 136 del Decreto 2699 de 1991, determinaba 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 (...)”. En esencia, el accionante en aquella ocasión esgrimió contra la citada norma, el mismo reproche propuesto en la presente demanda de tutela. En efecto, se estimó que era injusto consagrar una inhabilidad para continuar ocupando un cargo por haber sido objeto de un auto de detención, “pues éste ‘no se le niega a nadie’, además, (...) se debe presumir su inocencia hasta que se profiera sentencia en firme, ya que prevalece la dignidad de la persona sobre la del cargo”.

Para la Corte, como se dijo, se ajusta a la Carta Fundamental, la potestad reconocida en el 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.

En sus propias palabras, esta Corporación expresó:

“[Q]ue esas mismas causales se apliquen al personal que ya se encuentra vinculado a la Fiscalía, es lógico, pues en esta situación son predicables las mismas razones expuestas; a juicio de la Corte, a quien más debe exigírsele rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone,

es al personal que integra la planta de la Fiscalía General de la Nación, y a quienes pertenecen a la Rama Judicial, por que quien investiga, acusa, juzga y castiga, no puede ser objeto de la más insignificante tacha, que le impida ejercer su investidura con la transparencia, pulcritud y rectitud debida, para garantizar al máximo los derechos de los procesados, y cumplir así uno de los fines del Estado cual es la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz justicia.

Si se acepta que en órganos como la Fiscalía presten sus servicios personas contra las cuales existen indicios graves de responsabilidad en la comisión de delitos dolosos, es tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, pues la administración de justicia queda en manos de personas cuyas virtudes o condiciones personales están en entredicho y, por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados”.

De igual manera, la Corte declaró exequible una disposición con idéntico contenido normativo prevista en el artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reiterando la doctrina constitucional previamente expuesta<sup>27</sup>. Puntualmente, en dicha ocasión, se dijo que:

“Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos. Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente”.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la atribución prevista en el artículo 79 del Decreto-Ley 261 de 2000, no es una potestad arbitraria conferida con el propósito de lesionar las garantías fundamentales de las personas incurso en un juicio criminal, por el contrario, se trata de una norma que persigue la obtención de distintos fines constitucionales válidos,

entre ellos, asegurar la prestación continua y eficiente de la administración de justicia.

Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, al interpretar el citado numeral 3° del artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia, ha dicho que<sup>28</sup>:

“(…) De esa situación particular surge un nuevo interrogante: ¿es funcional y administrativamente aceptable que un Funcionario Judicial afectado con medida de aseguramiento que implica la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional y por ello ha sido suspendido de la función, regrese a ejercerla por haber sido favorecido con el beneficio de la libertad provisional, aunque siga vinculado al proceso penal?.

La respuesta a ese interrogante no puede ser otra que negativa. Pero no pasaría de ser un concepto del “deber ser” si no hubiera sido objeto de reglamentación legal en el ordinal 3° del artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al estatuirse normativamente, sin dejar de tener un fundamento ético, su cumplimiento se convirtió en un imperativo legal.

En tal artículo, nominado como “Inhabilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial”. se anota que “No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial: (...)3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”.

El párrafo de la misma norma ordena que “Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”.

9.- El supuesto de hecho que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la norma es claro: hallarse bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional. Ese supuesto es fáctico y jurídico: Fáctico en cuanto surge del acontecimiento de una medida de aseguramiento concreta: la detención preventiva; de una circunstancia precisa: que se haya declarado que no hay lugar a la libertad provisional y que por tanto debe privarse de la libertad; y jurídico, en cuanto sus

efectos dependen del supuesto fáctico y no se desvanecen por la obtención de la libertad a través de alguna de las causales que existan para acceder provisionalmente a ese beneficio (...)”<sup>29</sup>.

Partiendo de estas consideraciones, la Corte concluye que la atribución reconocida al nominador para declarar insubsistente al funcionario que sea sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional, no desconoce el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 29 de la Carta Fundamental, pues su finalidad lejos de comprometer el derecho que les asiste a los acusados para trasladar la carga de la prueba acerca de su responsabilidad penal más allá de la duda razonable<sup>30</sup>, lo que pretende es hacer efectivo uno de los fines esenciales del Estado, cual es, el de asegurar la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz administración de justicia.

c. Ahora bien, conforme lo reconoce la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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.

Precisamente, la citada Corporación ha dicho que:

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. (...)”<sup>31</sup>.

Dicha valoración tiene como fundamento la posibilidad de decretar en relación con el mismo

funcionario de la Rama Judicial y, en específico, de la Fiscalía 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. Esa posibilidad se encuentra reconocida en el artículo 84 del Decreto-Ley 261 de 200032 y regulada en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996, en los siguientes términos:

“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”.

Frente al desarrollo de un proceso penal que se adelante 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,

o bien sea la suspensión temporal en el cargo mientras se resuelve el proceso o la insubsistencia en su nombramiento y, por ende, el retiro del servicio. Alternativas que envuelven 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.

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

d. Surge 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<sup>33</sup>. 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 pretenden 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”<sup>34</sup>.

e. Así, por ejemplo, en el caso señalado por la accionante, y frente al cual se alega violación al derecho fundamental a la igualdad, es decir, en relación con la actuación administrativa adelantada por la Fiscalía General de la Nación frente a la señora Emma Idali Bernal Muñoz, a partir de las decisiones proferidas en su contra en desarrollo de un proceso criminal, se tiene que si bien la Fiscalía suspendió a la citada señora en su empleo<sup>35</sup>, se abstuvo de declararla

insubsistente, por una parte, porque la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva sin libertad provisional fue poste-riormente revocada por el juez de instancia, y por la otra, porque a pesar de haber sido condenada por el delito de concusión, el fallo condenatorio aún no se encontraba debidamente ejecutoriado. Al respecto, en oficio dirigido a esta Sala de Revisión, se manifestó por parte de la Fiscalía, que:

“El señor Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0-1806 de octubre 25 de 2002, declaró insubsistente el nombramiento efectuado a EMMA IDALI BERNAL MUÑOZ, del cargo de Asistente Judicial I, por el surgimiento de la inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 3 del artículo 79 del decreto 261 de 2000, que reprodujo el numeral 3 del artículo 150 de la Ley 270 de 1996.

El Director Seccional Administrativo y Financiero de Bogotá mediante escrito DSAF-22-000390 de enero 14 de 2003, al recibir el acto administrativo, advierte que: ‘...los mencionados documentos fueron radicados en esta Seccional extemporáneamente y de acuerdo con la parte considerativa de la Resolución No. 0-1806 del 25/10/02, argumenta que la declaratoria de insubsistencia de EMMA IDALI BERNAL MUÑOZ identificada con cédula de ciudadanía No. 28.437.340, se fundamenta en la detención preventiva sin derecho a libertad provisional, la cual fue revocada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito – Bogotá el 21/11/02.

Es de anotar que la señora en mención se encuentra en el Escalafón de Carrera Judicial, situación esta que para la fecha en que fue emitida la resolución de insubsistencia era procedente para ser comunicada ya que existía una inhabilidad sobreviniente, como lo determina el numeral 3° del artículo 79 del decreto 261 de 2000, pero la extemporaneidad de la radicación en esta Dirección de la medida de aseguramiento de la señora EMMA IDALI nos indica que no es procedente la comunicación de dicho acto administrativo.

Por lo anterior, se hace necesario por parte de este despacho, resolver la situación administrativa de la señora BERNAL MUÑOZ’. (...)

El mismo juzgado, en sentencia del 17 de junio de 2003, declaró a la señora EMMA IDALI BERNAL MUÑOZ, como autora penalmente responsable del punible de CONCUSIÓN, condenándola a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de \$ 14.300.000.00, a favor de la Nación -Consejo Superior de la Judicatura-, e interdicción de

derechos y funciones públicas, por el término de la pena principal. Así mismo, se condenó a la pérdida del empleo público, según lo señalado en el artículo 43, inciso 2° del Código Penal.

La Oficina Jurídica de la entidad, mediante escrito OJ 01106 de junio 8 de 2004, al emitir concepto sobre la situación administrativa de la señora BERNAL MUÑOZ, concluye que estaría encuadrada dentro de la hipótesis de los numerales 6° de los artículos 79 del decreto 261 de 2000 y 150 de la ley 270 de 1996, por haberse dictado en su contra sentencia condenatoria por una conducta dolosa. Sin embargo, y toda vez que en el momento carecía de firmeza, se sugirió que hasta tanto no se decidiera en segunda instancia la impugnación presentada, no sería posible adoptar una decisión por parte de la Fiscalía General.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 23 de julio de 2004, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la procesada BERNAL MUÑOZ y su defensor técnico, confirmó el fallo impugnado.

La Secretaría General, conforme a lo indicado por la Oficina Jurídica, con oficio STGR-10709 de octubre 25 de 2004, solicitó a la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá, informar si dicha providencia ya había cobrado firmeza, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta”<sup>36</sup>.

Obsérvese cómo, en el presente caso, bien podía la Fiscalía General de la Nación haber optado por la declaratoria de insubsistencia en un momento dado, pues de plano las decisiones proferidas contra la señora Bernal Muñoz así lo permitían. Sin embargo, razones de inmediatez y de prudencia condujeron a la Administración Pública, representada por la misma Fiscalía, a considerar sensato no retirar del servicio a la señora Bernal Muñoz, hasta tanto quedara debidamente ejecutoriada en su contra la decisión judicial.

En este contexto, aún cuando las situaciones de hecho y de derecho de ambos casos son manifiestamente distintas, el fundamento principal que le otorga validez a la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación frente a la señora Bernal Muñoz, subyace en que el ejercicio de su poder discrecional se encuentra acorde con los parámetros legales y constitucionales que lo regulan, y en especial, frente al contenido normativo de los principios

de necesidad y proporcionalidad.

El exigirse la plena certeza en cuanto a la consolidación de la causal de inhabilidad sobreviniente, constituye una razón jurídica suficiente e idónea para estimar constitucionalmente válida la decisión adoptada por la Fiscalía, pues es evidente que si la decisión judicial es revocada, el apresurarse en retirar del servicio a dicha funcionaria, 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 por contera el principio de proporcionalidad como parámetro que determina la eficacia jurídica en el ejercicio de las facultades discrecionales.

f. Desde esta perspectiva, si bien no es posible predicar la existencia de una situación de igualdad entre las señoras Olga María Gutiérrez Marengo y Emma Idali Bernal Muñoz, toda vez que concurren en cada caso en particular situaciones fácticas y jurídicas que impiden de plano otorgar un mismo tratamiento, por ejemplo, en lo relacionado con la presencia o no de una medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación<sup>37</sup>. Lo anterior no significa que la decisión administrativa proferida en contra de la señora Gutiérrez Marengo, resulte acorde con el derecho fundamental al debido proceso administrativo y, en concreto, frente al principio de proporcionalidad que regula el ejercicio del poder discrecional de la Administración.

En el presente caso, la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No. 2.1669 del 5 de agosto de 2002, resolvió suspender del ejercicio del cargo, hasta nueva determinación y sin derecho a remuneración a la señora Olga María Gutiérrez Marengo. En la parte motiva de la citada Resolución, se alude claramente a la existencia de una medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida en su caso por detención domiciliaria, como fundamento de la suspensión en el empleo. Al respecto, se dice:

“Mediante resolución fechada el 31 julio de 2002, proferida por el doctor PEDRO M. AYALA GONZÁLEZ, Fiscal Tercero de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá D.C., se dictó contra la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, identificada con la cédula de ciudadanía número 21.068.035, en su calidad de Fiscal Seccional 202 de la Unidad Primera de delitos Contra la Administración Pública y de Justicia DETENCIÓN PREVENTIVA por el delito

de concusión, y a efecto de ejecutar la medida impuesta, se ordenó suspenderla en el ejercicio del cargo, especificando que actualmente la citada funcionaria se desempeña como Fiscal Seccional 256 adscrita a la Unidad Primera de Delitos Contra la Seguridad Pública, Salud Pública y otros de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá D.C.”.

En este momento, operó frente a la señora Gutiérrez Marengo la suspensión en el empleo con fundamento en lo previsto en el artículo 147 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual: “La suspensión en el ejercicio del empleo se produce como sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial”<sup>38</sup>.

Con posterioridad, mediante Resolución No. 2-2284 del 12 de agosto de 2003, se ordenó su reintegro al empleo que ocupaba con anterioridad a la suspensión administrativa, por la revocatoria de la medida de aseguramiento proferida en su contra por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Mediante Resolución No. 0-0366 del 09 de febrero de 2004, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Gutiérrez Marengo, por la revocatoria de la libertad provisional proferida por el Tribunal Superior y, por ende, por haberse sometido a la accionante nuevamente a detención preventiva sin beneficio de excarcelación. Decisión confirmada mediante Resolución No. 0-0711 del 26 de febrero de 2004. Se acudió como fundamento para retirar del servicio a la citada señora, a lo prescrito en el artículo 150 de la Ley 270 de 1996, en armonía con lo ordenado en los artículos 79 y 100 del Decreto-Ley 261 de 2000.

Encuentra la Corte que desde el momento en que se profirió la orden de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional contra la señora Gutiérrez Marengo, es decir, desde el 31 de julio de 2002, transcurrió más de un (1) año sin que la Fiscalía procediera a declarar la insubsistencia de su cargo, limitándose a suspenderla en el ejercicio del mismo, tal y como consta en la Resolución No. 2.1669 del 5 de agosto de 2002. El único argumento otorgado por la Fiscalía para sustentar la posterior orden de insubsistencia, proferida más de dieciséis (16) meses después de haberse decretado la medida privativa de la libertad fue la revocatoria de la libertad provisional proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La anterior decisión 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 las siguientes razones:

(i) Porque el mismo efecto jurídico que se pretende a través de la declaratoria de insubsistencia se puede obtener 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 (C.P. arts. 12, 25 y 40).

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 sindicado<sup>39</sup>. 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 extorsivo<sup>40</sup>.

En el caso sub-examine, mediante la suspensión administrativa se garantizó por un espacio mayor de un (1) año, la transparencia y rectitud en la administración de justicia, mientras la

señora Gutiérrez Marengo estuvo sometida a detención domiciliaria por el presunto delito de concusión. No existe razón alguna para modificar dicha situación, y proceder a la declaratoria de insubsistencia, cuando en términos constitucionales resulta menos gravoso continuar con la suspensión, en acatamiento del principio de proporcionalidad.

(ii) Como fundamento para decretar la insubsistencia de la señora Gutiérrez Marengo conforme a lo previsto en la Resolución No. 0-0366 del 09 de febrero de 2004, la Fiscalía General de la Nación acude a la simple revocatoria de la medida de libertad provisional reconocida a su favor por el Tribunal Superior de Bogotá.

Por consiguiente, no es constitucionalmente admisible a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, desconocer la prevalencia que a partir de un análisis sistemático detenta la suspensión administrativa, básicamente en consideración a la necesidad de preservar derechos fundamentales, tales como, el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna.

(iii) Finalmente, porque la declaratoria de insubsistencia de un funcionario para poder ser considerada proporcional, debe operar con inmediatez al hecho que le sirve de fundamento, de suerte que se logre establecer un nexo de conexidad entre dicha circunstancia y la orden que se profiera al respecto, con sujeción a un debido proceso administrativo que permita determinar su procedencia.

En el presente caso, a pesar de haberse ordenado en contra de la señora Gutiérrez Marengo la detención preventiva sin beneficio de excarcelación desde el 31 de julio de 2002; tan sólo hasta el 9 de febrero de 2004, con fundamento en la citada detención, se declaró de plano a la accionante insubsistente en su empleo. No encuentra la Corte razón válida alguna para entender la demora en la orden proferida por la Fiscalía, más aún cuando su aplicación si bien se fundamenta en una atribución discrecional, resulta contraria al principio de proporcionalidad y, por ende, al debido proceso administrativo.

g. En consecuencia, y ante la necesidad de preservar los derechos fundamentales al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna de la señora Gutiérrez Marengo, esta Corporación procederá a conferir el

amparo tutelar de manera transitoria, en atención al perjuicio irremediable que sobre los mismos se pudiese llegar a presentar, a partir de la declaratoria de insubsistencia sin haberse aún definido su responsabilidad criminal en las conductas punibles que se le imputan.

En este contexto, se ordenará la inaplicación temporal de los actos administrativos cuestionados, esto es, las Resoluciones No. 0-0366 del 09 de febrero de 2004 y 0-0711 del mismo mes y año, proferidas por la Fiscalía General de la Nación, y en su lugar, se procederá a decretar la suspensión administrativa de la señora Olga María Gutiérrez Marengo, mientras se define por la Justicia Administrativa la legalidad definitiva de los citados actos.

#### IV. DECISION.

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 28 de abril de 2004 proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegó la protección constitucional solicitada, y en su lugar, se CONCEDE el amparo impetrado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR de forma transitoria el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora Olga María Gutiérrez Marengo.

TERCERO.- ORDÉNESE a la Fiscalía General de la Nación a partir de la notificación de esta providencia, la inaplicación temporal de los actos administrativos cuestionados, esto es, las Resoluciones No. 0-0366 del 09 de febrero de 2004 y 0-0711 del mismo mes y año, y en su lugar, se PROCEDERÁ a decretar la suspensión administrativa de la señora Olga María Gutiérrez Marengo, mientras se define por la Justicia Administrativa la legalidad definitiva de los citados actos.

CUARTO.- INFÓRMESE a la señora Olga María Gutiérrez Marengo, que de conformidad con el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, cuando se otorga el amparo constitucional de forma transitoria, debe acudir ante los jueces ordinarios para ejercer las acciones pertinentes

durante un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela, si no se instauran las acciones respectivas en el plazo previsto, cesan los efectos de esta decisión.

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

SEXTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENEDEZ

Secretaria General

1 Determina el artículo 404 de la Ley 599 de 2000: “Concusión. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

2 Subrayado por fuera del texto original.

3 El juez de instancia mediante providencia del 15 de abril de 2004, procedió a notificar

la presente demanda de tutela a la Fiscalía General de la Nación.

4           Recuérdese que de conformidad con el artículo 4° del Código Contencioso Administrativo, las actuaciones administrativas se inician: (i) Por virtud del ejercicio del derecho de petición; (ii) de oficio por las autoridades competentes; (iii) o por la necesidad de cumplir un deber legal.

5           SÁNCHEZ MORÓN. Miguel. Discrecionalidad Administrativa y control judicial. Tecnos. Madrid. Págs. 13 y 14. Sobre la materia, igualmente se pueden consultar: GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. Editorial Civitas S.A. Madrid. FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Editorial Civitas S.A. Madrid.

6           Subrayado por fuera del texto original.

7           M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8           Subrayado por fuera del texto original.

9           Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de octubre de 1975. Subrayado por fuera del texto original.

10          Sentencia T-073 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11          Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, Tomo I. p. 433.

12          Sentencia T-706 de 1996. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático.

13          Ibíd.

14          Sentencia C-371 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil). (Subrayado por fuera del texto original). En idéntico sentido, puede consultarse en la doctrina a GARCÍA DE ENTERRÍA.

Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Cuadernos Civitas. Madrid.

15 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 21 de junio de 2001. Expediente 5604. C.P. Olga Inés Navarrete.

16 Sentencia C-448 de 1997 (M.P. 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.

17 Sentencia C-648 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. Recuérdese que los actos administrativos proferidos por ejemplo en ejercicio de la actividad de policía, se encuentran excluidos del control de la justicia administrativa y, por lo mismo, frente a ellos, la acción de tutela se convierte en un mecanismo principal y directo de defensa judicial. Sobre la materia, esta Corporación ha sostenido: "(...) tratándose de procesos policivos, la Corte ha sostenido que la mera existencia de recursos en el desarrollo de su trámite no garantiza la posibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial idóneo, pues de manera expresa, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo "...no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley..." , razón por la cual, ante la inexistencia de un medio judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales alrededor de los procesos policivos, resulta admisible la tutela, incluso de manera directa y plena". Sentencia T-061 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

19 Artículo 238 de la Constitución Política y artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

20 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 y T-033 de 2002.

21 Sentencia T-468 de 1999. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Subrayado por fuera del texto original.

22 Esta Corporación en sentencia T-033 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), declaró "sin valor ni efecto jurídico" una Resolución proferida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se vulneró el debido proceso administrativo en

desarrollo de un concurso público para acceder a algunos cargos dentro de la Rama Judicial, la violación se fundamentó en el desconocimiento del principio de congruencia que forma parte del ejercicio de los recursos de la vía gubernativa como parte integrante del núcleo esencial del derecho fundamental de petición. En esta ocasión, atendiendo a las circunstancias del accionante y a la necesidad de preservar el derecho fundamental de acceso al ejercicio de la función pública (C.P. art. 40), se concedió el amparo en tutela de manera definitiva. Al respecto, la Corte manifestó: “En (...) tratándose de conflictos suscitados en relación con el agotamiento de los concursos para proveer cargos públicos, la Corte ha sostenido que las acciones contenciosas carecen de la eficacia necesaria para otorgar un remedio integral y eficaz, y que por lo tanto, resulta admisible la tutela, incluso de manera directa y plena, pues en dichos eventos la duración del proceso contencioso haría nugatorio durante dicho lapso el derecho ciudadano “a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, concretamente, en el aspecto referido al desempeño de funciones y cargos públicos”.

23 Conforme a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte, en sentencia T-203 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), cuando se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, dada la obligación del accionante de acudir en el término máximo de cuatro (4) meses a la jurisdicción competente, so pena de cesar los efectos del amparo constitucional (Decreto 2591 de 1991, art. 8º), se ha considerado que, en estos casos, el juez de tutela debe limitarse a “implicar temporalmente el acto administrativo objeto de acusación”. En sus propias palabras, esta Corporación ha sostenido: “El carácter precario de la medida y la incompetencia del juez de tutela para penetrar en el terreno reservado a otra jurisdicción (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543, octubre 1 de 1992), lo cual es aplicación del principio constitucional sobre autonomía de los jueces (artículos 228 y 230 C.N.), están claramente subrayados en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 -destinado específicamente al tema del amparo transitorio- cuando obliga al juez de tutela a expresar en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo la acción instaurada por el afectado. Este, en todo caso, deberá ejercer la acción correspondiente en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela, cuyos efectos cesarán si así no lo hace.// Como puede verse, lo que es posible decretar en esta hipótesis es una inaplicación temporal al caso concreto, considerada la particular y específica situación en que se encuentra el solicitante,

así que no recae propiamente sobre la materialidad del acto administrativo, como sí acontece con la figura de la suspensión provisional. No tiene, entonces, el alcance de la misma y, por ende, excepción hecha de la inaplicación que pueda favorecer al petente a fin de evitarle un daño irreparable, el acto administrativo como tal permanece incólume mientras no sea suspendido provisionalmente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa o anulado por ella”.

25 Subrayado por fuera del texto original.

26 En sus propias palabras: “(...) No hay duda que la decisión adoptada mediante la Resolución No. 0366 de febrero 9 de 2004, viola estos principios constitucionales y legales de presunción de inocencia hasta tanto no sea vencida en juicio. Igualmente puede predicarse del numeral 3° del art. 79 del Decreto 261 de 2000, cuando permite la desvinculación del funcionario de carrera administrativa por una simple medida de aseguramiento existente que sólo tiene un carácter eminentemente provisional y preventivo y cuyos soportes jurídicos probatorios distan enormemente de aquellos sobre los cuales se erige la sentencia condenatoria. // Confundir una y otra situación dentro de la acción penal es un yerro que genera gravísimas consecuencias como las que estoy a punto de padecer de no revisarse a fondo la decisión laboral adoptada, como quiera que en mi contra no existen sentencia condenatoria alguna y mal se pueden extraer conclusiones sobre mi responsabilidad penal”. (Folios 28 y 29 del expediente de tutela).

27 Dispone la norma en cita: “Artículo 150. inhabilidades para ejercer cargos en la rama judicial. No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial: (...) 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional. (...) Parágrafo: Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.”

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 17.576, Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar, 4 de octubre de 2001.

29 Al respecto, en Sentencia T-1315 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), esta Corporación manifestó que: “Antes de concluir, una consideración puntual a propósito de uno

de los argumentos expuestos en los autos que declararon improcedente la acción de hábeas corpus: Ninguna de las causales de libertad provisional tiene el efecto de revocar o suspender la medida de aseguramiento de detención preventiva pues el único efecto de la libertad provisional es el de enervar la privación de la libertad que sobreviene a la imposición de la medida. Por ello, están jurídicamente detenidos tanto el procesado afectado con medida que no se halla en libertad provisional como el procesado afectado con ella y que se encuentra en libertad provisional.

En ese contexto, se entiende que una providencia que reconoce el derecho a libertad provisional, con independencia de la causa de que se trate, ni suspende ni revoca la medida de aseguramiento pues la suspensión y la revocatoria proceden por causas diferentes y en los casos indicados en la ley y en la jurisprudencia constitucional.

Así, la suspensión procede por ser el procesado mayor de 65 años de edad, por hallarse la procesada próxima a dar a luz o por haberlo hecho recientemente o por encontrarse el procesado afectado por grave enfermedad. Y la revocatoria procede por haberse desvirtuado su fundamento probatorio (Artículo 363 de la Ley 600 de 2000) o por haberse acreditado la no realización de los fines constitucionalmente exigibles, pues recuérdese que la Corte, en Sentencia C-774 de 2001, declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 363 de la Ley 600 de 2000 indicando que es exequible “siempre que la revocatoria de la detención preventiva proceda no sólo cuando exista prueba que desvirtúe los requisitos legales para su operancia, sino igualmente cuando se superen sus objetivos constitucionales y sus fines rectores”.

Entonces, si ninguna de las causales de libertad provisional tiene el efecto de revocar o suspender la medida de aseguramiento de detención preventiva, no tiene fundamento la afirmación que se hace en cuanto a que la captura del procesado, dispuesta con base en una sentencia no ejecutoriada, es legítima porque la libertad provisional concedida con base en el numeral 5º del Artículo 415 del anterior Código de Procedimiento Penal no tiene la virtualidad de revocar o suspender la medida de aseguramiento. Tras esa inferencia late un argumento equivocado: la convicción de que la concesión de libertad con base en el numeral 1º del artículo 415 del anterior estatuto procesal si suspende la medida de aseguramiento de detención preventiva y que las casuales de libertad diferentes a ella si tienen esa virtualidad, cosa que, como se ha visto, no es cierta”. (Nota al pie que no corresponde a la sentencia de

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia).

30 Véase, sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

31 Ibídem. Subrayado por fuera del texto original.

32 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).

33 Véase, al respecto, el fundamento No. 7 de esta providencia.

34 Subrayado por fuera del texto original.

35 Resolución No. 2.1519 de julio 17 de 2002.

36 Folios 21 y 22 del cuaderno No. 2 del expediente de tutela.

37 Recuérdese que mientras a la señora Gutiérrez Marengo le fue revocado el beneficio de la libertad provisional, y se ordenó la correspondiente detención preventiva en su contra; frente a la señora Bernal Muñoz, ocurrió todo lo contrario, esto es, que se revocó la detención y, en su lugar, se concedió la libertad provisional.

38 Subrayado por fuera del texto original.

39 Véase, sentencia C-774 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

40 Véase, sentencia C-762 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

41 Sobre la materia, en sentencia C-774 de 2001, se manifestó: “El artículo 363 de la Ley 600 de 2000, fue demandado en razón de su conexidad con la figura de la detención preventiva, concepto por el cual, en consonancia con lo ya dicho, debe declararse su exequibilidad. Sin embargo, encuentra la Corte necesario hacer un pronunciamiento adicional, para fijar el alcance de la disposición en armonía con los condicionamientos que se harán en esta providencia. //Establece la norma que la detención preventiva se revocará cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen, postulado que debe ser armonizado con las consideraciones establecidas en esta providencia, por virtud de las cuales, la detención

preventiva puede ser revocada cuando surjan nuevos elementos de juicio que permitan establecer la ausencia o carencia de eficacia para lograr sus objetivos, ya sea porque existe certeza sobre la comparecencia del sindicado al proceso, por la imposibilidad de afectación a la comunidad o al material probatorio, etc. Por lo tanto, la norma es constitucional, pero siempre que la revocatoria de la detención preventiva proceda no sólo cuando exista prueba que desvirtúe los requisitos legales para su operancia, sino igualmente cuando se superen sus objetivos constitucionales y sus fines rectores.//Por lo tanto, se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 363 de la Ley 600 de 2000, en el sentido de que en la apreciación de las causales de revocatoria de la detención preventiva debe tenerse en cuenta también la consideración sobre la subsistencia de su necesidad en atención a los fines que llevaron a decretarla”.