

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL POR INHABILIDAD SOBREVINIENTE POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCION PREVENTIVA - Facultad discrecional. Proporcionalidad. Presunción de inocencia

Es cierto que el acto que lo declaró insubsistente fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para ocupar cargos dentro de la Rama Judicial de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, reproducido en el numeral 3º del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, por tratarse del ejercicio de la facultad discrecional otorgada al nominador la aplicación de estas normas debe hacerse en concordancia con aquella normatividad que autoriza al nominador, en este caso al Fiscal General de la Nación, para adoptar esta medida, siempre que sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa” conforme lo dispone el artículo 36 del C.C.A. Es decir, al nominador le correspondía, previo el examen de las circunstancias que rodean el caso en particular, observar la pertinencia de la medida atendiendo la necesidad y proporcionalidad de la misma. La Sala no desconoce que la decisión tomada por el Fiscal General de la Nación de la época resulta acorde con el ordenamiento jurídico y se encuentra debidamente fundamentada en la ley y fue tomada con el único fin de asegurar la vigencia del orden justo y la recta administración de justicia, sin embargo, en concepto de la Sala, incumple con la carga de proporcionalidad que exige el ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto no es indispensable retirar de plano a los funcionarios que por diversas razones estén implicados en un proceso penal con medida de aseguramiento de detención preventiva, pues bastaría con la simple separación temporal del servicio de la persona encartada (suspensión administrativa) mientras se decide su situación y en aplicación del principio constitucional de la presunción de inocencia. Si bien la detención preventiva es una medida cautelar destinada a evitar un perjuicio o la continuación del mismo mientras se profiere la providencia definitiva en las instancias judiciales correspondientes, ello no implica la existencia de la responsabilidad penal del sindicado, por lo que en cualquier momento y de acuerdo a los supuestos de ley puede ordenarse su revocatoria y concederse la libertad del enjuiciado. De ahí que la suspensión en el ejercicio del cargo se torna de aplicación preferente en aras de salvaguardar los derechos constitucionales que en determinado momento puedan estársele vulnerando al actor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04209-02((0210-09))

Actor: LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el treinta (30) de junio de 2006 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

La parte actora en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones 0-2168 del 27 de octubre de 2003 y 0-2863 del 26 de diciembre de 2003 proferidas por el Fiscal General de la Nación, por medio de las cuales se declaró insubsistente su nombramiento como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito y se resolvió el recurso de reposición, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando cuando fue retirado del servicio, se le cancelen los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectiva su revinculación, cuyas sumas deberán ser actualizados conforme a la variación del IPC más el interés legal y que se declare que no ha existido solución de continuidad.

Como hechos de la demanda, expuso que mediante Resolución 02422 del 23 de octubre de 1996 fue nombrado en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, en donde desempeñó con “denodado esfuerzo, pulcritud ética y moral” las labores asignadas por lo cual fue escogido por los superiores jerárquicos como Coordinador de distintas Unidades de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito.

Sostuvo que le fue adelantado un proceso penal por los presuntos delitos de falsedad material y prevaricato por acción, en el cual demostró su inocencia

frente a los cargos endilgados, y que a la fecha de presentación de la demanda estaba pendiente de proferir sentencia de primer grado. Como consecuencia de dicha investigación, la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria, y consecuentemente se le solicitó al Fiscal General de la Nación la suspensión del cargo, a lo que el Director Seccional Administrativo y Financiero de Antioquia procedió mediante Resolución 00692 del 4 de julio de 2003.

El Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0-2168 del 27 de octubre de 2003 declaró insubsistente del cargo al actor bajo el argumento de pesar en su contra una medida de aseguramiento que implicaba la privación de la libertad, causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 79 del Decreto 261 de 2000. Contra dicho acto administrativo el actor interpuso recurso de reposición el cual fue desatado mediante Resolución 0-2863 del 26 de diciembre de 2003 confirmando el acto recurrido con los mismos argumentos que inicialmente tuvo para retirarlo del servicio.

“En virtud de la resolución fechada el 01 de diciembre de 2003, la Fiscalía segunda Delegada ante el Tribunal superior del Distrito Judicial de Medellín, dispuso en su numeral segundo; **“Con fundamento en los artículos 3º y 355 del Código de Procedimiento, se revoca la medida de aseguramiento que pesa en su contra”**, no obstante, con antelación la misma Fiscalía 2º Delegada, ya había ordenado mi libertad provisional, habida consideración de la superación de los términos legales para calificar el mérito probatorio del sumario.”

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda (fls. 270 – 279).

Dijo que de conformidad con el Decreto 261 de 2000 resulta una especial garantía que la declaratoria de insubsistencia debe ser motivada sin importar la categoría de la vinculación. Al estudiar la inhabilidad sobreviniente en que incurrió

el demandante consideró que es de aplicación inmediata, lo que constituía un imperativo para el nominador.

Sostuvo que "... la medida de aseguramiento le fue revocada el 1º de diciembre de 2003, al proferir resolución acusatoria en contra del actor y teniendo en cuenta que había mediado la insubsistencia. Cabe advertir que esta Sala desconoce la fecha de ejecutoria de dicha decisión. En consideración al extracto de jurisprudencia de la sentencia C-037 de 1996, la insubsistencia se produjo cuando aún se encontraba vigente la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y no cuando esta había desaparecido, razón por la cual era absolutamente razonable la (sic) tal declaratoria por la inhabilidad sobreviviente (sic)."

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante solicitó que se revoque la decisión del a – quo y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. En síntesis alegó que para la fecha en que se desató el recurso de reposición, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín había ordenado la libertad provisional por vencimiento de términos, de modo que el supuesto de hecho de la causal de inhabilidad alegada no se ajustaba, adicionalmente para el 26 de diciembre de 2003 no solamente se le había concedido la libertad provisional sino que se le había revocado la medida de aseguramiento, es decir, para el momento en que se profirió la resolución 0-2853 del 26 de diciembre de 2003 (resuelve el recurso de reposición) no se encontraba bajo medida de aseguramiento, tal como se observa en la resolución acusatoria del 1 de diciembre de 2003, prueba de que el juez de primera instancia no le dio el alcance probatorio debido.

Alega la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, toda vez que a raíz de la sentencia proferida por la Corte suprema de Justicia se le absolvió de todos los cargos al considerar que había actuado amparado en un error de tipo respecto del elemento normativo del tipo penal, de manera que la decisión absolutoria inexcusablemente dejó sin efecto la medida de aseguramiento que sirvió de causa para la expedición del acto demandado.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de alzada, la Sala debe precisar si se ajusta o no a derecho el acto administrativo por medio del cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia.

Se encuentra demostrado en el expediente que el demandante fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución 0 – 2422 del 23 de octubre de 1996 para ejercer el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, posesionado mediante Acta No. 000437 del 17 de diciembre de 1996.

En el cuaderno de pruebas obra copia de la resolución por medio de la cual la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Fiscalía Segunda - resolvió la situación jurídica mediante providencia de 13 de junio de 2003 dentro del radicado No. 514.650 y en la cual se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad, por las hipótesis delictivas de prevaricato por acción en concurso con la conducta punible de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. Así mismo, de acuerdo al artículo 357 del Código de Procedimiento Penal se le concedió la detención domiciliaria con depósito de caución prendaria con el fin de garantizar su comparecencia al proceso y se le solicitó al Fiscal General de la Nación la suspensión del actor en el ejercicio del cargo como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Yarumal.

Por Resolución No. 000692 del 4 de julio de 2003 el Director Seccional Administrativo y Financiero de Antioquia de la Fiscalía General de la Nación suspendió en el ejercicio del cargo al actor de acuerdo a la solicitud realizada por la

Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro del radicado No. 514650, conforme a lo establecido en el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 33 de la Resolución 1347 del 4 de julio de 2000 (fl. 76).

El Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0 – 2168 del 27 de octubre de 2003 (fls. 5 – 8) declaró insubsistente el nombramiento del actor por el surgimiento de una inhabilidad en forma sobreviniente, la cual encuadra dentro de la hipótesis planteada en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996 concordante con lo previsto en el numeral 3º del artículo 79 del Decreto 261 de 2000, toda vez que pesa medida de aseguramiento de detención preventiva sustituida por la detención domiciliaria vigente mediante resolución de 13 de junio de 2003.

Contra dicho acto administrativo se interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución 0–2863 del 26 de diciembre de 2003 (fls. 9 – 13) confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

Así mismo obra dentro del plenario providencia del 1º de diciembre de 2003 por medio de la cual la Fiscalía Segunda de la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín califica el mérito del sumario y profiere resolución de acusación en contra del actor como autor y presunto responsable de los delitos endilgados, y con fundamento en los artículos 3 y 355 del Código de Procedimiento Penal revoca la medida de aseguramiento y le impone la obligación de suscribir acta en la que se compromete a presentarse cuando sea requerido.

El Tribunal Superior de Medellín – Sala Penal, mediante providencia del 4 de junio de 2004 condenó al actor a la pena privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión, al pago de cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales como multa y le impuso la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término (40 meses) como autor responsable del delito de prevaricato por acción. Así mismo lo absolvió por los delitos de falsedad en documento público, por supresión, de tres (3) autos de cierre de investigación y sendas resoluciones acusatorias que como Fiscal 60 Seccional del municipio de Bello se le imputaron (ver cuaderno de pruebas).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 16 de febrero de 2005, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia decidió revocar los numerales primero y segundo y en su lugar absolvió al actor del cargo formulado (ver cuaderno de pruebas y folio 305 del cuaderno principal).

A folios 259 a 262 del expediente obra copia del oficio 04447 del 17 de mayo de 2005 suscrito por la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación en respuesta a la solicitud elevada por el actor respecto del reconocimiento de la pérdida de fuerza ejecutoria de las resoluciones por medio de las cuales fue declarado insubsistente y la orden del correspondiente reintegro. Al respecto el ente demandado consideró:

“(. . .)

El numeral 2º del artículo 66 del Código Contencioso administrativo, ha establecido que los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero pierden su fuerza ejecutoria, entre otros, cuando desaparecen los supuestos de hecho o derecho en los que se fundamentan.

Dicha causal, ha sido analizada por la doctrina¹ señalando que la misma da origen a la pérdida de la fuerza obligatoria del acto administrativo, es decir, de la facultad que tiene la administración para que el acto produzca efectos jurídicos, cuando surgen circunstancias posteriores que **conlleven la desaparición de los supuestos de hecho o derecho indispensables para la existencia del acto.**

La Corte Constitucional², ha diferenciado entre los dos eventos consagrados en la citada norma, indicando que la desaparición de los fundamentos de hecho, se genera cuando se desvanecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen al acto administrativo, lo cual inhibe la ejecutividad del mismo, característica que está ligada a la presunción de legalidad y firmeza del pronunciamiento de la administración. Igual efecto, se produce cuando las normas

¹ GONZALEZ Rodriguez Miguel. Derecho administrativo Procesal. Ed. Gustavo Ibáñez, 10ª edición.

² Sentencia C – 069/95 y sentencia C – 3141/00

jurídicas que le sirven de base, desaparecen del mundo jurídico por pronunciamiento judicial que declare su nulidad o inexecuibilidad.

(...)

Mediante resolución 0 -2168 del 27 de octubre de 2003, se declaró insubsistente por el surgimiento de una inhabilidad sobreviviente (sic), su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito de la Dirección seccional de Fiscalías de Antioquia, habida consideración que pesaba sobre usted medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad condicional, hecho que al tenor de lo que disponía el artículo 69 del Decreto 261 de 2000, norma vigente para la época de los acontecimientos, constituía una causal independiente para el surgimiento de una inhabilidad sobreviviente (sic), lo cual significa según el uso general de las palabras señalado en el diccionario³, que faltaba algún requisito o pesaba sobre usted, una tacha por la cual no podía servir un cargo, empleo o dignidad, suceso que ocurrió después de su designación como Fiscal Delegado.

En este orden de ideas, la entidad dio cumplimiento a la normatividad administrativo laboral que le ordenaba declarar insubsistente el nombramiento de quien estuviera afectado con medida de aseguramiento, hecho que es independiente de los resultados del proceso penal, razón por la cual no puede pregonarse que al ser declarado inocente, los actos administrativos por los cuales se le retiró del servicio y se confirmó tal determinación, hayan perdido su ejecutividad.

Así las cosas, la decisión de declarar la insubsistencia de su nombramiento está en firme, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, que señala: “Los actos administrativos quedarán en firme: 2º Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido”, y se encuentra revestida de presunción de legalidad, es decir que su emisión fue acorde a los preceptos normativos.

Es decir, que la decisión de la administración emitida en forma legal, consistente en declarar la insubsistencia del nombramiento por el surgimiento de una inhabilidad del doctor LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO, se encuentra en firme es decir que contra él no procede recurso alguno, de conformidad con lo ya expresado.

Igualmente es necesario precisar que dicha decisión está revestida de carácter ejecutorio⁴, es decir que la administración por sí misma, puede hacer efectivo el citado acto, sin

³ Diccionario Enciclopédico Universal AULA

⁴ Artículo 64 del Código Contencioso Administrativo.

necesidad de intervención judicial, habida consideración que se presume expedido con base en los elementos legales ineludibles para el efecto, por lo tanto son obligatorios para la entidad y el administrado.

(...)

Ahora bien, los actos administrativos por medio de los cuales se le retiró del servicio y se resolvió el respectivo recurso de reposición, se encuentran revestidos de la presunción de legalidad, es decir que los mismos, se consideran expedidos conforme a la ley, y sólo puede desvirtuarse jurisdiccionalmente; tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional en sentencia C – 666 del 08 de junio de 2000 (...)

Entonces, si usted no estaba de acuerdo con la decisión contenida en las resoluciones 0 – 2168 del 27 de octubre de 2003 y 0 -2853 del 26 de diciembre de 2003, debió acudir dentro del término legal a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no pretender en forma extemporánea habilitar una vía gubernativa que ya se encuentra agotada, tal como se expuso anteriormente.

En cuanto a la solicitud de reintegro y el pago de las sumas dejadas de percibir desde su retiro, le manifestamos que dicha figura no es aplicable a su caso, ya que la misma, según los artículos 135 y 136 de la resolución 0 – 1501 del 19 de abril de 2005, procede para aquellos servidores que hallan (sic) sido suspendidos, entre otros, por orden judicial y habrá lugar al pago de la remuneración, cuando el empleado o funcionario sea absuelto o exonerado.

(...).”

La entidad demandada en los alegatos de la apelación expone que la declaratoria de insubsistencia del actor podía hacerse en cualquier momento sin motivación alguna, es decir, en la forma tal y como se realizó, de acuerdo a la facultad discrecional que para tal efecto le confiere la ley al nominador teniendo en cuenta la condición de empleado nombrado en provisionalidad.

Al respecto esta Sala dirá que el carácter de provisional no es motivo de discusión dentro de la presente controversia, por cuanto en la demanda la parte

actora aceptó que su vínculo con la Fiscalía General de la Nación fue mediante nombramiento provisional, lo que igualmente fue confirmado por la entidad demandada.

Ahora bien, es cierto que el acto que lo declaró insubsistente fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para ocupar cargos dentro de la Rama Judicial de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, reproducido en el numeral 3º del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, por tratarse del ejercicio de la facultad discrecional otorgada al nominador la aplicación de estas normas debe hacerse en concordancia con aquella normatividad que autoriza al nominador, en este caso al Fiscal General de la Nación, para adoptar esta medida, siempre que sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa” conforme lo dispone el artículo 36 del C.C.A. Es decir, al nominador le correspondía, previo el examen de las circunstancias que rodean el caso en particular, observar la pertinencia de la medida atendiendo la necesidad y proporcionalidad de la misma.

Obsérvese que en este caso bien podía la Fiscalía General de la Nación, como efectivamente lo hizo en un primer momento, y por razones de inmediatez y prudencia, ordenar la suspensión en el empleo con fundamento en lo previsto en el artículo 147⁵ de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia cuando ella resulta menos gravosa y lesiva a los derechos del actor y en acatamiento del principio de proporcionalidad.

La Sala no desconoce que la decisión tomada por el Fiscal General de la Nación de la época resulta acorde con el ordenamiento jurídico y se encuentra debidamente fundamentada en la ley y fue tomada con el único fin de asegurar la vigencia del orden justo y la recta administración de justicia, sin embargo, en concepto de la Sala, incumple con la carga de proporcionalidad que exige el ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto no es indispensable retirar de plano a los funcionarios que por diversas razones estén implicados en un proceso penal con medida de aseguramiento de detención preventiva, pues bastaría con la simple separación temporal del servicio de la persona encartada (suspensión administrativa) mientras se decide su situación y en aplicación del principio constitucional de la

presunción de inocencia. Si bien la detención preventiva es una medida cautelar destinada a evitar un perjuicio o la continuación del mismo mientras se profiere la providencia definitiva en las instancias judiciales correspondientes, ello no implica la existencia de la responsabilidad penal del sindicado, por lo que en cualquier momento y de acuerdo a los supuestos de ley puede ordenarse su revocatoria y concederse la libertad del enjuiciado. De ahí que la suspensión en el ejercicio del cargo se torna de aplicación preferente en aras de salvaguardar los derechos constitucionales que en determinado momento puedan estársele vulnerando al actor.

Lo anterior no significa que resulte inoperante la posibilidad de declarar insubsistente a un funcionario de la rama judicial o como en este caso, de la Fiscalía General de la Nación, cuando en su contra se profiera medida de aseguramiento de detención preventiva, pues puede suceder que en atención a la gravedad de los hechos y a la valoración y estudio que realice el nominador, sea la medida pertinente a tomar.

En el caso controvertido, mediante Resolución 000692 del 4 de julio de 2003 se ordenó la suspensión en el ejercicio del cargo del actor con el fin de garantizar la transparencia en la administración de justicia, mientras estuvo sometido a detención domiciliaria. A juicio de esta Sala no existía razón alguna para modificar la medida de suspensión y proceder a declarar su insubsistencia, no sólo por lo ya manifestado sino porque en su momento no se tenía la certeza de que el actor era el responsable de los delitos endilgados.

Al respecto, esta Corporación en sentencia del 21 de mayo de 2009, en un caso similar al que se estudia en esta providencia, estableció la forma en que debe ser interpretado el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, a saber:

“(. . .)

Y, es en este último aspecto en el que se detiene la Sala, para señalar, que si bien al tenor de lo previsto en el PARÁGRAFO del artículo 150⁶, de la Ley 270 de 1996 se

⁵ “La suspensión en el ejercicio del empleo se produce como sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial!”

⁶ Sobre la exequibilidad de esta norma la Corte Constitucional en sentencia C-037/96 señaló: “ (...) 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

establece que aquellos nombramientos de la Rama Judicial en los que surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, dentro de las que cuenta la que interesa al caso concreto, esto es, "Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional ", "serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial", la norma en mención no puede ser aplicada atendiendo sólo a su interpretación gramatical para considerar lo allí dispuesto como un imperativo de inexorable cumplimiento en todas aquellas circunstancias en las que recaiga la enunciada medida de aseguramiento, pues debe entenderse como una potestad administrativa que el nominador ejerce con plena garantía de los derechos fundamentales de los servidores incurso en el juicio penal, atendiendo las circunstancias que se evidencian en cada caso en particular, sin dejar de considerar el fundamento ético que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la mencionada norma.

En otras palabras, y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por el hecho de 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".

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.

Dentro de los criterios expuestos, las causales de inhabilidad que establece la disposición bajo examen aparecen razonables, en virtud de la naturaleza de las labores que se asignan a quienes deseen hacer parte de esta rama del poder público. En este orden de ideas, conviene puntualizar que, para la Corte, la causal prevista en el numeral 5o debe interpretarse en forma restrictiva, pues de lo contrario se permitiría que cualquier destitución motivada en razones distintas a las previstas Constitucional o legalmente como justificativas para la pérdida del empleo, como las de haber incurrido en conductas delictivas o en graves faltas disciplinarias, conlleve a una inhabilidad que no responde al propósito esencial de la norma, cual es el que los servidores públicos que hagan parte de la administración de justicia se caractericen por su capacidad, su idoneidad y, principalmente, por su transparencia y rectitud para asumir las delicadas funciones que se les asignen. Por tal motivo, estima la Corte que el referido numeral es exequible, bajo la condición de que la destitución sea fundamentada en lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política, o que no haya transcurrido el respectivo término legal de inhabilitación.

De igual forma, conviene señalar que la declaración de responsabilidad a que se refiere el numeral 6o deberá ser mediante sentencia judicial, tal como lo prevé el artículo 179-2 superior para el caso de los congresistas. Por último, entiende la Corte que la situación prevista en el numeral 7o, requiere de una evaluación particular dentro de cada caso en concreto, de forma tal que se determine fehacientemente que el consumo de bebidas, drogas o sustancias no autorizadas afecte de manera grave y trascendente el desempeño de las labores.

Bajo estas condiciones se declarará la exequibilidad del artículo".

Conforme a lo anterior y habida consideración de que el actor fue declarado inocente por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre, de los delitos por los cuales se encontraba investigado, el nominador debió actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le hubieran permitido establecer qué otra medida diferente al retiro del servicio del actor, como lo es la suspensión en el ejercicio del cargo, era la más favorable aplicar, hasta tanto se decidiera por la autoridad competente la responsabilidad penal que se investigaba, tal y como sucedió en el sub – judice.

A juicio de la Sala, el nominador debió considerar el hecho de que se trataba de un funcionario con varios años de experiencia en la Fiscalía General de la Nación, objeto de diferentes encargos como Jefe de Unidad y con amplios conocimientos en el área penal, hechos que debieron ser valorados en conjunto y que le hubiesen permitido concluir que se debió mantener la suspensión como medida menos lesiva para los intereses del actor.

Así las cosas, aun cuando aparentemente el acto de insubsistencia resultaba acorde con el ordenamiento jurídico, se pudo demostrar que el nominador desbordó los límites de proporcionalidad y razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le otorga. Se repite, suficiente hubiese sido que permaneciera la suspensión en el ejercicio del cargo, en cuanto con ello se podía asegurar la vigencia del orden justo y la recta administración de justicia.

Teniendo en cuenta las consideraciones antes referidas, la Sala concluye que la Fiscalía General de la Nación, al expedir los actos administrativos por medio de los cuales declaró insubsistente al actor, desconoció la previsión del artículo 36 del C.C.A., incurriendo en la alegada desviación de poder por haberse apartado de los fines que la norma contempla para esta clase de actuaciones.

Lo anterior no significa que la Sala desconozca los argumentos plasmados en la providencia del 4 de agosto de 2010, Expediente No. 2001 – 00041 – 02 (7382 – 05) Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, pues se trata de

circunstancias disímiles a las planteadas en la presente controversia, en cuanto el actor de dicho proceso fue efectivamente condenado.

En las anteriores circunstancias, la Sala de decisión encuentra probados los motivos infundados que tuvo la Fiscalía General de la Nación para declarar la insubsistencia del actor y dentro de este contexto reitera que se configura la causal de desvío de poder alegada por el demandante, lo que lleva a declarar la nulidad de los actos enjuiciados por haberse desvirtuado la presunción de legalidad que los amparaba, razón por la cual se revocará el fallo apelado y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría. Así mismo se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del actor los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el retiro del servicio y hasta cuando sea reintegrado al mismo, sin solución de continuidad.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

Por otro lado, se declarará que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, Expediente No. 2000 – 02046 – 02, Actora: Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia del treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por Luis Francisco Calvete Ribero contra la Fiscalía General de la Nación. En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 0-2168 del 27 de octubre de 2003 y 0-2863 del 26 de diciembre de 2003 proferidas por el Fiscal General de la Nación, por las cuales se declaró insubsistente al señor Luis Francisco Calvete Ribero del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior jerarquía, y a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el momento en que se hizo efectivo el retiro hasta la fecha en que se verifique el reintegro.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Las sumas que resulten a favor del demandante se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem, y el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

No hay lugar a descontar suma alguna por el desempeño de otro cargo que pueda haber tenido durante el tiempo en que el señor Luis Francisco Calvete Ribero estuvo separado del servicio.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ALFONSO VARGAS RINCÓN GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO