

INSUBSISTENCIA - Nombramiento en provisionalidad / FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Circular de procedimiento / PROCESO DISCIPLINARIO - Improcedente / FACULTAD DISCRECIONAL - Es independiente del poder disciplinario / INSUBSISTENCIA - Verdaderas razones del servicio al no acatar y mostrar su desacuerdo a la política institucional / CIRCULARES - No violan la autonomía e independencia de los fiscales delegados

Los actos administrativos, y el acto de retiro no es una excepción, se presumen inspirados en razones de buen servicio, es decir, están amparados por la presunción de legalidad, la cual en virtud de ese carácter admite prueba en contrario. Para la Sala es un hecho probado que ante la orden emitida por las Direcciones Nacional y Seccional de Fiscalías, el actor se mostró en desacuerdo con tales políticas por considerar que amenazaba su independencia y autonomía como Fiscal Delegado y por tal razón en diferentes escenarios manifestó su inconformismo contra tal decisión. En consecuencia, pretende ahora mediante este recurso que se revoque la sentencia que denegó las súplicas de la demanda, sobre la base de que su actuación constituyó falta disciplinaria y por tal razón, en lugar de declararlo insubsistente, se le debió permitir permanecer en el cargo para proceder a adelantarle la respectiva investigación. Argumentos como el citado, no tienen ningún asidero constitucional ni legal. En efecto, es reiterada la jurisprudencia de esta Sección, en el sentido de que la facultad de libre remoción es independiente del poder disciplinario y que una y otra pueden ejercerse independientemente, tan es así que la ley faculta para que aun quien esté retirado del servicio pueda ser objeto de una investigación y sanción disciplinaria por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. La Sala confirmará la sentencia apelada, no por las razones que allí se consignan, sino porque actitudes como la del actor, quien se mostró en desacuerdo con una política institucional y no atendió las directivas antes transcritas, bien pueden ser consideradas, a juicio de esta Sala, verdaderas razones del servicio. Tal comportamiento laboral está directamente relacionado con la eficiente prestación, con el rendimiento dentro del mismo y con la capacidad de desarrollar labores encomendadas (artículo 209 de la Constitución Política), situaciones ciertamente aplicables a empleados públicos como es el caso del demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00389-01(0161-08)

Actor: JESUS ANTONIO MARIN RAMIREZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Jesús Antonio Marín Ramírez contra la sentencia de 23 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor Jesús Antonio Marín Ramírez, solicita se declare la nulidad de la Resolución 0-2315 de 15 de diciembre de 2003, mediante la cual el Fiscal General de la Nación lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o en uno de similar categoría y remuneración y que se condene a la entidad demandada a cancelar al accionante el valor de los salarios, primas y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento del retiro y hasta que se ordene el reintegro.

Así mismo, que se declare que no existió solución de continuidad entre la fecha de la destitución y la del reintegro.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

El actor fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación, mediante la Resolución 015 de 1992, como Fiscal Delegado ante el Tribunal desde el 1 de julio de ese año y se desempeñó hasta el 21 de diciembre de 2000, fecha en la cual le fue notificada la Resolución de insubsistencia.

Expresa el actor que posee una excelente hoja de vida que demuestra su continua preparación, la cual le permitió de manera idónea, eficiente y consagrada

desempeñar el cargo. Estas calidades fueron objeto de reconocimiento y le permitieron ser beneficiario de varias jornadas académicas.

Asegura que la desvinculación de su cargo no tuvo nada que ver con la facultad discrecional ni con el mejoramiento del servicio. Esa decisión tuvo que ver con su posición frente a las circulares DSF 065 de 7 de marzo de 2000 y 60 de 29 de mayo de 2000, expedidas por la doctora Beatriz Elena Garzón de Gonzáles en las cuales les comunican a los fiscales delegados, por un lado, que la Fiscalía General de la Nación puede “solicitar información previa de las decisiones judiciales, con el propósito de enterarse de su naturaleza y contenido y asumir anticipadamente la responsabilidad política que le corresponde frente al país”, y por otro lado, que dando aplicación al Decreto 261 de 2000:

“Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde el Fiscal General de la Nación, los directores de Fiscalía y los Fiscales a quienes se les asigna la función de Jefes o Coordinadores de Unidad”...

“3.- Efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas unidades de fiscalía y fiscales y cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia. Los jefes o coordinadores sólo podrán cambiar la asignación previa delegación efectuada por el Fiscal General de la Nación o los directores de fiscalía respectivamente”.

El 12 de junio de 2000 el actor recibió el memorando número 016 suscrito por la Directora Seccional de Fiscalías en el que indicó que el seguimiento ordenado en el numeral 3 antes transcrito, se haría siempre y cuando la dirección lo solicitara y autorizara mediante delegación expresa y además que en los procesos de importancia nacional, departamental y/o regional que resolvieran los Fiscales, la Dirección Seccional era la única autorizada para ejercer el control previo a las resoluciones antes de ser firmadas.

El actor luego de recibidas las anteriores instrucciones se reunió junto con algunos colegas y la doctora Beatriz Elena Garzón y le manifestó las razones por las cuales no estaba de acuerdo con las circulares y la información contenida en ellas.

Adujo que dichas resoluciones son violatorias de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, del artículo 5° del Estatuto de independencia de la Rama Judicial, artículos 4 y 10 del Decreto 261 del 22 de febrero de 2000 e hizo referencia al alcance de la sentencia C-558 de diciembre 06 de 1994, según la cual cuando los fiscales ejercen actividades jurisdiccionales, son verdaderos jueces y por tanto les son aplicables los principios de autonomía e independencia, consagrados en la Constitución Política.

Posterior a estos hechos, hubo una reunión a la cual asistieron la doctora Clelia América Sánchez de Alfonso, quien fuera la Directora Nacional de Fiscalías, junto con la Directora Seccional de Fiscalías, el Fiscal ante el Tribunal, Roberto Lozada y la secretaria Nubia Moreno.

En dicha reunión la Directora Nacional explicó las razones que según su criterio justificaban las instrucciones dadas, hizo referencia a que la intención no era cambiar las decisiones sino otorgar mejores elementos jurídicos a los Fiscales para sustentarlos y que por ser delegados del Fiscal General de la Nación, la delegación tenía tal alcance.

El actor planteó nuevamente sus incomodidades frente a las circulares y afirmó “que la instrucción dada violaba el principio de autonomía en tanto que obligaba a remitir los proyectos de providencia; y explicó que la delegación en la forma planteada tenía efectos administrativos pero que no podía aplicarse a las funciones jurisdiccionales, en las cuales los Fiscales debían ser tratados en la misma forma que los jueces”.

Terminó su intervención preguntándole a la doctora si el trámite que se empezaría a llevar a cabo debía ser informado a los abogados que eran parte en el proceso,

por cuanto si dicha actuación se estimaba legal, no había razón alguna para ocultarla, apreciación esta que según el actor molestó a la Directora Nacional de Fiscalías, quien lo acusó de desleal con la institución y con las políticas del Fiscal, a quien pondría en conocimiento de tal situación.

Por último le ordenó que en su caso, no remitiera proyecto alguno para revisión.

Los hechos relatados dieron origen a su declaratoria de insubsistencia, decisión que le causó graves perjuicios materiales y morales y que causó reacción, dada su trayectoria por parte de la ciudadanía y los gremios.

Normas violadas y concepto de violación.-

- Constitución Política, arts. 2, 13, 15, 20, 23, 28, 29, 53, 83, 122, 123, 228, 230, 249 y 251 de la C.N.
- C.C.A., artículos 2 y 36.
- Ley 270 de 1996, artículo 11.
- Ley 261 de 2000, artículo 2.

Manifiesta el actor que con su desvinculación, se vulneraron derechos fundamentales tales como el derecho a la libertad, al buen nombre, a expresar libremente su pensamiento, a la igualdad, y a la garantía del debido proceso y al trabajo.

El acto acusado está viciado por desviación de poder que lo hace nulo ya que la facultad de nombrar y remover libremente a quienes ocupan el cargo de fiscales delegados no se hizo con la finalidad de mejorar el servicio sino con "el propósito de sancionar un FISCAL que expresó francamente su desacuerdo con una instrucción abiertamente ilegal que afectaba la autonomía e independencia de la

cual estaba revestido por disposiciones de orden constitucional y legal para ejercer sus funciones”.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la sentencia apelada, negó las súplicas de la demanda.

Luego de efectuar un estudio pormenorizado de las circulares, las causales, las normas y hechos que dieron lugar al presente proceso, concluyó lo siguiente:

Las circulares que originaron los hechos se profirieron con fundamento en el Decreto 261 de febrero 22 de 2000, que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación y que en su artículo 11 numeral 3 dispone:

“Art 11: Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde al Fiscal General de la Nación, los directores de fiscalías y los fiscales a quienes se les asigne la función de.

“...”

“3. efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas unidades de fiscalías y fiscales y cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta cumplida administración de justicia. Los jefes o coordinadores de unidad sólo podrán cambiar la asignación previa delegación efectuada por el Fiscal General de la Nación o los directores de fiscalías, respectivamente”.

Del análisis de la norma anterior, concluye que la función que ejerce la Fiscalía es administrativa y no judicial, teniendo en cuenta los verbos rectores utilizados y

los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la exigencia de informaciones previas de las decisiones que adopten los Fiscales.

No encontró probado el Tribunal que a algunos Fiscales Delegados se les hubiera obligado a cambiar resoluciones como consecuencia del control previo efectuado por la Dirección Nacional de Fiscalías.

Por otro lado se pregunta el a-quo, el por qué durante el tiempo de expedición de las circulares y la declaración de insubsistencia del actor no se iniciaron ni por él, ni por los demás Fiscales Delegados, ni por los abogados litigantes actuaciones tendientes a declarar la ilegalidad o inconstitucionalidad de las circulares.

Sólo aparece como hecho del descontento frente a las instrucciones dadas por la Fiscalía, las expresiones del actor en la reunión que se llevó a efecto en el mes de octubre del año 2000 en el que participaron las Directoras Nacional y Seccional de Fiscalías, los Fiscales Delegados, Dr. Losada y Dr. Marín, de la cual no existe prueba documental de la que se pueda deducir con certeza si el demandante estuvo presente en la reunión o solamente hubo un encuentro casual con la Directora Nacional de Fiscalías, cuando se disponía a salir para el aeropuerto, ocasión en la que le manifestó no compartir la directriz dada por la administración.

Si bien los abogados litigantes, el Colegio Nacional de Jueces y Fiscales y un representante expresaron su solidaridad con el actor, lo cierto es que tal actitud no prueba la desviación de poder, dado que hicieron un análisis interpretativo de las circulares y los alcances jurídicos que según sus criterios particulares tenían.

Como prueba del desmejoramiento del servicio, se allegó al proceso una providencia en la cual se revocó una resolución de acusación proferida por la Fiscal Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, la cual no es prueba de la eficiencia o deficiencia en el servicio, pues éste debe evaluarse íntegramente.

El desempeño profesional por sí sólo, no enerva la facultad discrecional que tiene la Fiscalía General de la Nación para declarar insubsistente a un Fiscal Delegado, cuando el cargo que ocupa lo es en provisionalidad.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpone recurso de apelación, en el que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda y se disponga el pago de los perjuicios materiales ocasionados durante el período durante el cual el actor estuvo desvinculado de su cargo.

Asegura el actor que el Tribunal planteó mal el problema jurídico y que por eso lo resolvió inadecuadamente, debido a que en su consideración no se trataba de juzgar la legalidad de los actos administrativos con los cuales la Fiscalía General de la Nación adoptó la consulta previa, sino que le correspondía resolver sobre la legalidad del acto que declaró insubsistente al señor Jesús Antonio Marín.

En consecuencia, al encontrar que estaba probado que la motivación real del retiro del actor fue su desacuerdo con una política de la entidad, ha debido concluir en la existencia de la desviación de poder, pues en tal caso lo procedente era adelantarle una investigación disciplinaria y de ser el caso disponer su destitución.

Según las pruebas recaudadas en el proceso, afirma, es posible determinar que el actor no fue declarado insubsistente sin motivo alguno, o como consecuencia del simple ejercicio de la facultad discrecional del Fiscal General de la Nación. Por el contrario, su retiro constituyó una sanción por la conducta del demandante y se convirtió realmente en un acto de destitución.

Luego de hacer un resumen de las declaraciones de los testigos concluye que la posición del actor sobre el tema fue claramente expresada a las Directoras Nacional y Seccional de Fiscalías, la cual no fue del agrado de ninguna de las dos, que fue advertido de que su actitud sería puesta en conocimiento del Fiscal

General de la Nación, lo que claramente constituyó una amenaza que efectivamente se cumplió.

No entiende cómo el Tribunal no dedujo el motivo del retiro del actor, pues dicha Corporación tenía la obligación de analizar los testimonios y deducir de ellos indiciariamente cuál fue el motivo real que generó la decisión de desvincular al demandante.

Así mismo, del conjunto de pruebas, se evidencia una relación de causalidad clara y directa entre la posición del Fiscal y su declaratoria de insubsistencia.

Para resolver, se

CONSIDERA

JESÚS ANTONIO MARÍN RAMÍREZ, solicita se declare la nulidad de la Resolución 0-2315 de 15 de diciembre de 2003, mediante la cual el Fiscal General de la Nación lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva.

Considera el actor que su retiro del servicio obedeció a las inconformidades que planteó frente a las órdenes contenidas en unas circulares por parte de la Dirección Seccional y Nacional de Fiscalías.

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, al no encontrar probada la desviación de poder alegada por el actor.

El recurso de apelación se centra en el hecho de que en el presente asunto no se trataba de juzgar la legalidad de los actos expedidos por la Directoras Seccional y

Nacional de Fiscalías, sino de establecer si lo procedente, antes de retirarlo, era adelantarle una investigación disciplinaria, por los hechos de que da cuenta en la demanda.

En el proceso se encuentra demostrado lo siguiente:

Por Resolución No. 0001 BIS de julio 1º de 1992, se incorporó al actor quien para ese momento era Fiscal 3 Superior de Neiva, al cargo de FISCAL SECCIONAL GRADO 18

Por Resolución 0015 del mismo año, la Directora Nacional de Fiscalías, lo nombró en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito de Neiva, cargo del cual tomó posesión el 28 de julio de 1992.

En el año 2000, concretamente el 7 de marzo, la Directora Seccional de Fiscalías, remitió a los Fiscales Delegados la Circular No. DSF-035, en la que pone en conocimiento la circular No. 0017 del 2 de marzo, emanada de la Dirección Nacional de Fiscalías, en la que textualmente, expresaba:

Respetados doctores: De conformidad con los postulados filosóficos que orientan nuestro Estado Social de Derecho, el artículo 28 de la Constitución Política regula la libertad individual como un derecho fundamental que solamente puede ser restringido por las autoridades judiciales, por los motivos previamente definidos por la ley y con las formalidades previstas en ellas. Por consiguiente, la privación efectiva de la libertad es una excepción que solamente puede imponerse como última alternativa, después de haber analizado las posibilidades jurídicas que contiene el Código de Procedimiento Penal para la garantía del derecho a la libertad.

Bajo tales parámetros, me permito solicitarles que verifiquen en todos los casos antes de proferirse las decisiones que ordenaban la restricción de la libertad individual, que los

Fiscales Delegados hayan analizado previamente la procedencia de la libertad provisional y de la sustitución de detención previamente por domiciliaria oficiosamente; igualmente, cuando se ordene la captura de una persona, se verifique la necesidad de hacerlo, toda vez que en múltiples oportunidades luego de realizar los operativos pertinentes y privar de la libertad a las personas, una vez puestas a disposición del Fiscal Delegado se determina la improcedencia para ello o la existencia de otras posibilidades para lograr su comparecencia. Finalmente, es imperioso comunicar la cancelación de las órdenes de captura inmediatamente se emita la decisión.

Para el efecto, es necesario puntualizar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del casación del 7 de octubre de 1999, radicación 15.490 precisó que el Fiscal General de la Nación de manera directa o a través de sus más inmediatos colaboradores, pueden exigir información previa de las decisiones judiciales con el propósito de enterarse de su naturaleza y contenido y asumir anticipadamente la responsabilidad política que le corresponde frente al país, sin que ello vulnere la autonomía e independencia de la cual gozan los Fiscales Delegados para adoptar las decisiones. ...

El 29 de mayo del mismo año, la Directora Seccional de Fiscalías remitió a los Fiscales Jefes de Unidad, la Circular No. 060, en la que luego de encarecer dar lectura al Decreto 261 de 2000, por medio del cual se modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación y concretamente al artículo 11 numeral 3º, que radicó en cabeza del Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad, la facultad de efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalía y Fiscales y cambiar su asignación cuando lo estimen necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia.

En ella les señaló que "... debían estar atentos a las directrices del señor Fiscal General de la Nación, de la Directora Nacional de Fiscalías y de este despacho,

los cuales en su orden jerárquico impartimos los lineamientos de trabajo en nuestra querida institución...”.

Posteriormente, el 12 de junio, la Directora Seccional de Fiscalías, mediante memorando 016, aclaró la Circular anterior, en consideración a que se había prestado a interpretaciones erróneas, señalando que la función contenida en el numeral 3 se ejercerá siempre y cuando esta Dirección la solicite y autorice, mediante delegación expresa. Agregó que en los procesos de connotación nacional, departamental y/o regional, ese despacho era el único autorizado para ejercer control previo a las resoluciones antes de ser firmadas que emitan los diferentes Fiscales Delegados.

Según da cuenta el material probatorio que obra en el expediente, a partir de la expedición de las anteriores circulares, se empezó a manifestar inconformismo por parte del actor, quien consideró y así lo expresó ante sus compañeros y las Directoras Nacional y Seccional de Fiscalías, que tales directivas vulneraban el principio de autonomía e independencia de que gozan los jueces y fiscales.

Esta, considera el actor y así lo afirman los diferentes testigos que comparecieron al proceso, fue la causa de su desvinculación.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

Está probado en el proceso y no es causa de discusión, que el actor fue nombrado en provisionalidad, carácter que mantuvo hasta la fecha en que fue declarado insubsistente, es decir, que no pertenecía a la carrera de la Fiscalía.

En efecto, de conformidad con el Decreto 2699 de 1991 que regulaba lo atinente a la carrera de la Fiscalía, vigente para la fecha en que el actor ingresó y fue retirado, disponía que el cargo de Fiscal Delegado ante los Tribunales era de carrera administrativa (art. 66), sin embargo, no obra prueba que el actor haya

accedido a el previo agotamiento de las etapas propias del concurso, ni tampoco el actor lo afirma.

Ahora bien, los actos administrativos, y el acto de retiro no es una excepción, se presumen inspirados en razones de buen servicio, es decir, están amparados por la presunción de legalidad, la cual en virtud de ese carácter admite prueba en contrario.

En el presente asunto, se reitera, considera el actor que el acto que lo retiró del servicio está afectado de desviación de poder por cuanto, y a esto se reduce el recurso de apelación, la Entidad demandada lo retiró del servicio como sanción por su conducta, razón por la que la insubsistencia, constituyó realmente un acto de destitución.

Para la Sala es un hecho probado que ante la orden emitida por las Direcciones Nacional y Seccional de Fiscalías, el actor se mostró en desacuerdo con tales políticas por considerar que amenazaba su independencia y autonomía como Fiscal Delegado y por tal razón en diferentes escenarios manifestó su inconformismo contra tal decisión.

De lo anterior dan cuenta los testimonios y la prueba documental que obra en el expediente, que por estar reseñada completamente en la providencia de primera instancia no es del caso volver a citar.

En consecuencia, pretende ahora mediante este recurso que se revoque la sentencia que denegó las súplicas de la demanda, sobre la base de que su actuación constituyó falta disciplinaria y por tal razón, en lugar de declararlo insubsistente, se le debió permitir permanecer en el cargo para proceder a adelantarle la respectiva investigación.

Argumentos como el citado, no tienen ningún asidero constitucional ni legal. En efecto, es reiterada la jurisprudencia de esta Sección, en el sentido de que la facultad de libre remoción es independiente del poder disciplinario y que una y otra pueden ejercerse independientemente, tan es así que la ley faculta para que aun quien esté retirado del servicio pueda ser objeto de una investigación y sanción disciplinaria por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones.

La Sala confirmará la sentencia apelada, no por las razones que allí se consignan, sino porque actitudes como la del actor, quien se mostró en desacuerdo con una política institucional y no atendió las directivas antes transcritas, bien pueden ser consideradas, a juicio de esta Sala, verdaderas razones del servicio. Tal comportamiento laboral está directamente relacionado con la eficiente prestación, con el rendimiento dentro del mismo y con la capacidad de desarrollar labores encomendadas (artículo 209 de la Constitución Política), situaciones ciertamente aplicables a empleados públicos como es el caso del demandante.

En efecto, de conformidad con el Decreto 2699 de 1991, vigente durante la vinculación del actor, los fiscales Delegado **deben actuar siempre en representación** de la Fiscalía General de la Nación **bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General** de la Nación.

La anterior disposición se repitió en el Decreto 261 de 2000, el cual fue expedido en fecha cercana a la desvinculación del actor, el cual en el artículo 10, dispuso:

Los Fiscales Delegados actuarán **siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General**, sin perjuicio de la autonomía en sus decisiones judiciales. (Se subraya).

Las circulares en mención, a juicio de la Sala, no violan la autonomía e independencia, por lo que actitudes como las del actor, no pueden tener respaldo, pues más bien son inconvenientes a la adecuada prestación del servicio.

La Fiscalía General de la Nación es una sola y a su cabeza está el Fiscal General de la Nación quien es el representante de la Entidad tanto frente a las demás autoridades del poder público como ante los particulares. Cuenta con una estructura jerarquizada y con funciones detalladas en la Ley.

Así, al Fiscal General de la Nación, entre otras funciones, le corresponde (Decreto 261 de 2000):

Artículo 17.- El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

...

1. Expedir reglamentos, órdenes, circulares y los manuales de organización y procedimientos conducentes a la organización administrativa y al eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de Nación.

...

4. <Numeral **CONDICIONALMENTE** **exequible**> Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores

de la ley penal, directamente o a través de sus delegados.

...

5. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad.

...

6. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** **exequible**> Asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal.

...

12. Diseñar e implementar un sistema de control interno que permita conocer y evaluar oportunamente la gestión de la Fiscalía General de la Nación y de sus servidores.

...

21. Establecer el Manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos de la Fiscalía.

A la Dirección Nacional de Fiscalías:

ARTICULO 30. DIRECCION NACIONAL DE FISCALIAS. La Dirección Nacional de Fiscalías tiene las siguientes funciones:

1. Asesorar al Fiscal General de la Nación en la formulación de políticas referidas a las funciones de investigación y acusación y, una vez definidas, velar por su adecuado cumplimiento.

2. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Asesorar a las Direcciones Seccionales y Unidades de Fiscalías, en todo lo pertinente a sus funciones de investigación y acusación.

3. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible. Dirigir, coordinar, y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalías adscritas.

4. Velar porque las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten de conformidad con la Constitución, la ley, los reglamentos establecidos y las políticas de la Fiscalía General de la Nación.

...

6. Dirigir la obtención de la información estadística acerca de las investigaciones y acusaciones adelantadas por la Fiscalía General y realizar las evaluaciones pertinentes como soporte a la formulación de la política criminal.

...

7. Adelantar el seguimiento a la gestión de las Unidades de Fiscalías y tomar las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento.

...

10. Coordinar con la Dirección Nacional de Cuerpo Técnico de Investigación y la Dirección Nacional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo eficaz de la función de investigación en la Fiscalía General de la Nación.

11. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman la Dirección Nacional de Fiscalías.

12. Las demás funciones que sean asignadas por el Fiscal General y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

En relación con la Dirección Seccional de Fiscalías, el artículo 32 ibídem, dispone:

ARTICULO 32. DIRECCIONES SECCIONALES. Las Direcciones Seccionales de Fiscalías tienen las siguientes funciones:

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Dirigir, coordinar, y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalía adscritas.

2. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Velar porque las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten de conformidad con la Constitución, la ley, los reglamentos establecidos y las políticas de la Fiscalía General.

3. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Adelantar, por intermedio de las Unidades de Fiscalías adscritas, las actividades inherentes a la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal.

4. <Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> Tramitar, a través de las Unidades de Fiscalías adscritas, las apelaciones contra las decisiones tomadas por las Unidades Locales de Fiscalías.

5. Coordinar con la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación y con la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al

desarrollo efectivo de la función de investigación.

6. Las demás funciones que les sean asignadas por el Fiscal General o el Director Nacional de Fiscalías y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

No desconoce la Sala que algunos de los numerales transcritos, fueron declarados exequibles condicionalmente por parte de la Corte Constitucional¹, en el entendido

¹ Sentencia C-873 de 2003.

de que no se afectara la independencia y autonomía de cada fiscal dentro del desarrollo de sus investigaciones, sin embargo, examinadas las circulares No. DSF-035 y 60 del 7 de marzo y 29 de mayo, respectivamente, no se observa que alguna de ellas tenga afecte la autonomía e independencia de los fiscales a quienes va dirigida ni tampoco se pretende influir en su ánimo en relación con la dirección y resultado de las investigaciones que cada uno tiene a su cargo.

Concretamente en la circular 60, se señalaron:

- Los lineamientos de trabajo en la Institución (que no de las decisiones que se han de tomar).

Por su parte, la No. DSF-035, solicitó a los Fiscales Jefes de Unidad, lo siguiente:

- Se les solicitó a los Fiscales solicita tener sumo cuidado al tomar las decisiones que afecten la libertad individual (como derecho fundamental), la cual debe imponerse, como último recurso y después de haber analizado todas las posibilidades jurídicas en garantía de ese derecho.
- Verificar los casos antes de dictar providencias que ordenen la restricción de la libertad y en caso tal, examinar la procedencia de la libertad provisional y de la sustitución de la detención por domiciliaria.
- Verificar previamente la necesidad de la captura.
- Que se comunique la cancelación de las órdenes de captura inmediatamente se dicte (no está orientando la decisión sino simplemente que se cumpla con su notificación inmediata, se entiende que para no prolongar injustificadamente tal medida).

Por su parte, el memorando No. 016 del 12 de junio de 2000, que dio alcance a la Resolución 060 en consideración a las interpretaciones erróneas que se habían presentado, dispuso:

En vista a que el contenido de la Circular No. 060 del 29 de mayo del año en curso, emanada de esta Dirección, se ha prestado a interpretaciones erróneas en algunos de sus ítems, les indico que la función contenida en el numeral 3 se ejercerá siempre y cuando esta Dirección la solicite y autorice, mediante delegación expresa.

Ahora bien, en los procesos de Connotación Nacional, Departamental y/o Regional, este despacho es el único autorizado para ejercer el control previo a las resoluciones (antes de ser firmadas) que emitan los diferentes Fiscales delegados.

La aclaración transcrita se hizo en relación con el numeral 3º del artículo 11 del Decreto 261 de 2000, según el cual, el Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad, deben “efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalía y Fiscales y cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia. Los Jefes o Coordinadores solo podrán cambiar la asignación previa delegación ...”.

El aparte anterior, fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, 'en el entendido de que el seguimiento y la evaluación de los resultados de las investigaciones penales **no puede afectar la independencia y autonomía en el desarrollo de las investigaciones y procesos a su cargo,**² y que el cambio de asignación de éstos sólo puede ser realizado por el Fiscal General de la Nación y no por otros funcionarios de la Fiscalía General'.

Si bien se habla de un control previo (no de consulta de las decisiones como lo pretende hacer ver el actor), según se deduce de las facultades otorgadas por el artículo 11 del Decreto 261 de 2000, este se hace para hacer seguimiento y

² *Ibíd.*

evaluar los resultados de las investigaciones y no para influir en el sentido de la decisión. Tal situación no está probada dentro del expediente.

El único que dio a entender tal situación, fue el declarante HUGO TOVAR MARROQUÍN, quien afirmó al rendir su testimonio que en relación con una investigación en particular, a comienzos de 2001, se impartieron órdenes directamente desde Bogotá, para que la acusada fuera privada de su libertad y afirma que hubo otros casos, sin embargo, para la Sala tal testimonio no tiene la fuerza suficiente para llevarla a la convicción de que el control previo, en realidad implicara que los Fiscales Delegados debían consultar las decisiones que tomaran antes de hacerlo y que les imponían el sentido de la decisión.

En conclusión, la presunción de legalidad del acto de retiro acusado no fue desvirtuada, pues la circunstancia de que el mismo actor afirme que incurrió en una conducta que en su sentir genera responsabilidad disciplinaria y en consecuencia debió adelantarse un proceso de tal naturaleza en vez de declarar insubsistente su nombramiento, esa situación no tendría la virtualidad de afectar la facultad discrecional de que está investido el nominador, pues es innegable que un servidor público que se resiste a atender las instrucciones de su superior, que como se vio se encontraban ajustadas a la legalidad y no afectaban el principio de autonomía e independencia alegado por el actor, lejos de contribuir con una adecuada prestación del servicio público, lo afecta.

Es cierto que la Sala en muchas oportunidades ha sostenido que cuando lo procedente es adelantar una investigación y no se hace, la declaratoria de insubsistencia en esos casos se torna en una destitución disfrazada de insubsistencia, sin embargo, en la generalidad de los casos se trata de actuaciones adelantadas por los empleados que no afectan ni atentan contra el servicio público y por el contrario, se comprueba que es el retiro del servidor el que lo afecta, que no es el caso presente, en el que deliberadamente se desatendió una directriz impartida por los superiores inmediatos.

En las anteriores condiciones, se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila que denegó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 23 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio del cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso iniciado por JESÚS ANTONIO MARÍN RAMÍREZ.

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

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO