

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por falsas imputaciones penales en contra de funcionario del Congreso de la República / DAÑO ANTIJURIDICO - Secretario General del Senado de la República denunciado penalmente por peculado, falsedad documental y prevaricato al cancelar a empleados de esa Corporación y a su nombre, emolumentos salariales en exceso, consistentes en primas técnica y de antigüedad

La Oficina Jurídica del Senado presentó, en efecto, un informe ante el Congreso de la República el 20 de julio de 1981 —que aparece publicado en los Anales del Congreso el 30 de julio del mismo año—. En dicho informe se da cuenta de las supuestas irregularidades presentadas en relación con el pago de prima de antigüedad. (...) el pagador del Senado de la República presentó informe fechado 27 de julio de 1981 en el que relacionó los pagos efectuados al señor Amaury Guerrero por el concepto de prima de antigüedad, entre 1974 y 1979.

CONTROL INSTITUCIONAL SOBRE GESTION DE SERVIDORES PUBLICOS - Su ejercicio debe estar dotado de alto grado de credibilidad / PRESUNCION DE INOCENCIA - Principio que debe garantizarse por las entidades públicas / ENTIDAD PUBLICA - Responsable del recaudo diligente de información frente a denuncias e indagaciones penales disciplinarias o fiscales

El control institucional sobre la gestión de los servidores públicos resulta clave y de su buen ejercicio depende la credibilidad y la legitimidad del Estado en su conjunto. Con todo, ha de tenerse presente que cuando la acusación es elevada por una institución estatal en relación con el desempeño de un servidor público vinculado a sus dependencias, suele estar dotada de un alto grado de credibilidad. Por ello mismo, no puede el control institucional ejercerse a la ligera, toda vez que una acusación afecta de manera sensible y, en ocasiones irrecuperable, la honra y el buen nombre de los servidores públicos que son objeto de denuncias. Por lo general, las entidades públicas cuentan con la información suficiente para poder verificar si la denuncia o queja presentada se corresponden con la realidad, es decir, con la información disponible al interior de la entidad se pueden confrontar las versiones presentadas y es dable establecer si corresponden a lo que realmente sucede. Siempre debe asegurarse dar cumplida aplicación a la presunción de inocencia y aunque este es un principio que ha de ser garantizado, tanto por los medios de comunicación, como por las entidades públicas, estas últimas cuentan con mayor información, con lo cual el deber de diligencia tiene que ser observado con un grado más amplio de rigor. (...) Lo anterior tanto más cuanto no toda información genera per se una investigación de tipo penal. Si se actúa de modo diligente en el recaudo de información y se contrasta con la denuncia realizada, puede incluso que gracias a esa indagación quede sin piso la denuncia o se refuerce y abra paso a otros tipos de datos que impongan promover no solo la investigación de tipo penal sino también disciplinaria o fiscal. Debe tenerse siempre presente que entre más seria sea la acusación, mayor diligencia se exige.

EXIGENCIAS A CUMPLIR POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN - Escritos, orales o en red / MEDIOS DE COMUNICACIÓN - Deben facilitar el ejercicio de control de la gestión pública de cara a la opinión pública / PRENSA - En ejercicio del derecho a la libertad de información puede dar a conocer las situaciones de irregularidades debidamente investigadas

Las exigencias que deben cumplir los medios de comunicación —escritos, orales o en red— son muy distintos. Aquí ya no se trata de un control que se ejerce en el seno de la institución estatal sobre las actuaciones de servidores públicos

vinculados a sus dependencias, sino de hacer plausible o de facilitar el ejercicio del control de la gestión pública de cara a la opinión pública a fin de garantizar actuaciones apegadas a las normas, transparentes y con el objetivo de asegurar la rendición de cuentas y, en general, el buen desempeño de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. En breve, allí donde exista una mínima sospecha de posibles irregularidades que afecten el interés general y el patrimonio público, la prensa bien puede en ejercicio de su derecho a la libertad de información dar a conocer la situación, de modo que las posibles irregularidades sean debidamente investigadas y juzgadas sin dilaciones.

DERECHOS A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS - Consagrados en la Constitución Política de 1886 y diferenciados en la Constitución de 1991

Bajo la vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido destacar la distinción hecha en el artículo 15 superior entre el derecho a la honra y el derecho al buen nombre, diferencia no trazada en la Constitución de 1886. (...) los derechos fundamentales aludidos tienen que ver con la estimación o deferencia con que la persona es tratada por la sociedad, por la imagen que la misma proyecta y también por la que otros hacen conocer de ella, de ahí que se falta a la dignidad que todo ser humano puede exigir, si se envían mensajes falsos o erróneos, dirigidos a menoscabar un prestigio y posicionamiento social. Proyección que bien puede originarse en el mismo afectado a quien le corresponde observar una conducta acorde con la imagen que desea proyectar y con el trato que pretende recibir. Es por eso que la vinculación a un proceso penal o disciplinario, al tiempo, que pone en tensión los derechos constitucionales mencionados, resulta ser el medio apropiado para que se consolide la imagen que el implicado tendrá que defender y allí mismo consolidar, pues, precisamente las investigaciones propenden porque la sociedad refuerce el reconocimiento que tiene de alguien; precisamente porque las investigaciones lo mantienen incólume, particularmente cuando quienes afrontan las investigaciones ostentan cargos de reconocimiento político en la vida institucional. Aspecto este que conlleva su deber de soportar el conocimiento público en tanto resulta imperativo que la comunidad conozca lo que se les atribuye, aunque con las restricciones que los derechos fundamentales exigen.

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS - A la luz de las constituciones de 1886 y 1991

Numerosos preceptos muestran la amplitud con que el ordenamiento constitucional de 1886 exigía responder a quienes desempeñan funciones públicas –al igual que lo exige hoy la Constitución de 1991–, siempre bajo el respeto del principio de legalidad y observando las formas propias de cada juicio, lo que, como se sabe, incluía, en aquel entonces, como en la actualidad, el respeto por la presunción de inocencia. Ahora bien, los dos ordenamientos constitucionales imponen un baremo más alto en cuestiones de responsabilidad de los servidores públicos, toda vez que no comprende únicamente sus acciones sino abarca también sus omisiones. (...) la Constitución de 1991 es más explícita y amplia en su regulación, pero, de lo consignado en uno y otro estatuto, se deriva la necesidad de que la función pública de ejerza de manera ajustada a la ley y a la Constitución. Estas previsiones se ven reforzadas, en uno y en otro caso, por el control que pueda derivarse de la prensa escrita u oral.

GARANTIAS DEL EJERCICIO DE CONTROL DE LA GESTION DE FUNCIONARIOS Y AUTORIDADES PUBLICAS - Debe garantizarse

efectivamente en bien de la ciudadanía / PRESERVACION DE LOS DERECHOS DE HONOR Y BUEN NOMBRE - Depende su aplicación de cada caso en concreto y no puede definirse en abstracto

Vale la pena destacar que la amplitud con que debe garantizarse la efectiva materialización de estos bienes constitucionalmente protegidos –aplicación del principio democrático por medio del ejercicio del control sobre la gestión de funcionarios y autoridades públicas y el derecho de estos servidores públicos a que se les preserve el honor y el buen nombre–, dependerá de la manera como se presenten las circunstancias del caso en concreto y tal situación no puede ser definida en abstracto, prescindiendo del detalle con que aparecen relacionados los hechos en cada asunto particular. (...) una vez la persona ingresa al servicio público, sus derechos deben garantizarse teniendo en cuenta las consecuencias que de su investidura se desprenden, así que el margen de protección puede verse menguado e, incluso, sensiblemente restringido, cuando bajo ciertas circunstancias, ha de dársele prioridad al derecho que tiene la comunidad de ejercer el control sobre la gestión del servidor público en cuanto una de las principales derivaciones del principio democrático. (...) Con miras a que prevalezca el bien común y el interés general, la ciudadanía tiene derecho a escrutar en forma mucho más detallada y, a profundidad, todos los asuntos relacionados con el desempeño de los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo y tiene derecho también a indagar aspectos de su vida privada que, directa o indirectamente, repercutan en el cumplimiento de su tarea al servicio de la comunidad.

GARANTIA DEL BIEN COMUN Y PRESERVACION DEL PATRIMONIO PUBLICO - Repercuten cuando se trata de asunto penal, disciplinario o fiscal donde se involucra al servidor público y no puede mantenerse en secreto / CRITICAS A INDAGACIONES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS - Debe ser razonable, siendo más estricta cuando la acusación proviene de una institución estatal

La repercusión que hechos en materia penal, disciplinaria o fiscal que involucren a servidores públicos suele tener en la garantía del bien común y en la preservación del patrimonio público, no pueden mantenerse esas conductas en “secreto” o ser objeto de “confidencialidad”. (...) cómo cuando está de por medio el interés público existen motivos de peso para trazar unos límites más estrechos respecto del margen de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los funcionarios públicos a la intimidad, a la honra y al buen nombre, hasta el punto de restringirlos sensiblemente, desde luego, solo y únicamente, si está en juego la defensa del interés público y en vista de la trascendencia que sus actos –aún bajo el costo de incidir en el menoscabo de su honra o buen nombre–, tienen para una sociedad democrática. De lo dicho en precedencia se extrae que el umbral de tolerancia en relación con las críticas o indagaciones que se realicen respecto del desempeño de los servidores públicos o de su idoneidad para ejercer su cargo es mucho más amplio por cuanto no solo “se han sometido voluntariamente al escrutinio público” sino por la trascendencia social que de sus actuaciones se deriva. Ahora bien, en caso de detectarse un comportamiento ligero por parte de quienes acusan a servidores públicos –y teniendo en cuenta los escenarios que se deslindaron en precedencia–, de cualquier manera sigue siendo necesario que la responsabilidad por las consecuencias de dicho comportamiento se evalúen de manera razonable, siendo más estricta cuando la acusación proviene de una institución estatal y de menor envergadura cuando se trata de denuncias elevadas por los medios de comunicación orales, escritos o en red.

ACTUACION DEL FUNCIONARIO PUBLICO - Debe precisarse la calidad en la que actúa / GESTION DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS -Garantizar el principio democrático y asegurar los principios de transparencia y rendición de cuentas / DENUNCIA DE FUNCIONARIO PUBLICO - Debe ser diligente y ausente de dolo

Debe establecerse en qué calidad actúa el funcionario público, pues la estrictez con que se juzgue una eventual vulneración del derecho a la honra y al buen nombre dependerá de si la denuncia que se le formula y, que puede llegar a desconocer tales derechos, se fundamenta en un hecho o actuación realizada en ejercicio de su gestión como funcionario público que afecta el interés general. En esta eventualidad tendrá el funcionario público que soportar una mayor injerencia en el control de su gestión por estar de por medio la garantía del principio democrático y, en tal sentido, la necesidad de asegurar la debida observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas. (...) se tiene que, al estar las autoridades públicas sujetas a un mayor y más profundo escrutinio en su gestión, una de las pautas para establecer si se cumple con los requerimientos básicos para denunciar un posible hecho irregular que se les endilgue, es el haber obrado quien denuncia de manera diligente y ausente de dolo. Dicho en otros términos: la denuncia no debe hacerse a la ligera; debe soportarse fáctica y jurídicamente.

FALLA DEL SERVICIO DE FUNCIONARIO PUBLICO - Denuncia penal que afectó la honra y el buen nombre del Secretario General del Senado de la República

La Sala analizar hasta qué punto las entidades estatales que formularon las denuncias cumplieron con las cargas exigibles para instaurar una denuncia que afecta de manera sensible el derecho constitucional fundamental a preservar la honra y el buen nombre del que los funcionarios públicos son también titulares. Respecto de la manera como deben fijarse las prioridades al decidir el sub lite, no puede perderse de vista la necesidad de distinguir los dos escenarios a los que atrás se aludió, entre otras cosas, porque en el asunto bajo examen la persona objeto de las denuncias no solo cumplía una tarea al servicio del interés general, como lo es la Secretaria General del Senado de la República, sino por cuanto lo había hecho por quince años consecutivos. (...) Ante una denuncia de semejante magnitud elevada por la entidad para la que prestó sus servicios el funcionario público, la prensa no podía hacer cosa distinta que publicarla. (...) debe concluirse que la prensa obró con la diligencia exigida atendidas las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, si se repara en i) la importancia del cargo público que ostentaba el señor Amaury Guerrero; ii) el hecho de haber sido reelegido para el desempeño de tan importante investidura por quince veces consecutivas; ii) el momento político en se presentaron los hechos, esto es, el instante en que debía decidirse sobre una eventual reelección del Secretario General del Senado de la República, fácilmente se concluye que los aspectos enumerados realzan que la necesidad de alertar a la opinión pública era en aquel entonces más que ostensible e indispensable a fin de agudizar el escrutinio público respecto de la gestión adelantada por el Secretario General del Senado de la República.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN - Deber de informar a la opinión pública

Dicho de manera distinta, lo anterior explica y justifica la necesidad de informar a la opinión pública tanto más cuanto la denuncia no solo estaba sellada con la credibilidad que le imprime provenir del seno mismo de la institución, donde el presunto implicado había prestado sus servicios, sino que recaía sobre un

funcionario que se había desempeñado en su cargo durante amplio lapso. Cuando se trata de los medios de comunicación –orales, escritos o por red–, el criterio de veracidad de la información si bien es cierto mantiene su vigencia, justo en ese escenario ha de ser evaluado y calibrado a la luz de un criterio más amplio, dado que el nivel de información del que se dispone es diametralmente diferente, así que ante la sospecha de probables delitos cometidos por servidores públicos, no puede esperarse la prensa a tener elementos de juicio totalmente robustos; su deber es informar. En consecuencia, el nivel de veracidad y de imparcialidad que debe garantizar la información emitida, se juzga de modo menos estricto, toda vez que se atiende a un interés superior, cual es, ejercer el control del poder político. Al medio se le exige, en efecto, actuar sin menosprecio por la verdad, esto es, se espera que adelante una labor de verificación de los hechos incluidos en la información, sin caer en el exceso de pretender que todos los hechos estén suficientemente probados.

SERVIDOR PUBLICO - Se expone voluntariamente a enjuiciamiento por la sociedad / ACTUACION DEL SENADO DE LA REPUBLICA - No obró al denunciar a funcionario público con diligencia y ausencia de dolo

Puede sostenerse que la Corte ha seguido con firmeza una línea jurisprudencial que en caso de conflicto confiere preeminencia a la libertad de prensa sobre los derechos constitucionales fundamentales al buen nombre y a la honra, por cuanto quien asume un cargo en el servicio público se expone de modo voluntario a ser objeto de enjuiciamiento por parte de la sociedad, con lo cual, deja de lado al menos una parte de la esfera tutelada constitucionalmente. (...) el funcionario público ha de estar en disposición de aceptar y soportar ataques que no estaría obligado a tolerar en el ámbito privado. Ahora sí, en efecto, el derecho a la honra y al buen nombre de servidores públicos debe ser respetado, el margen de protección en relación con quienes prestan un servicio público disminuye sensiblemente al estar en juego la defensa del interés público y del bien de la comunidad. (...) con la actuación de la propia entidad en la que desempeñó su gestión el señor Amaury Guerrero –Senado de la República. La pregunta que surge a continuación es hasta qué punto la entidad obró con la debida diligencia y ausencia de dolo exigidas al formular su denuncia ante el Juez Seccional de Instrucción Criminal en averiguación por los delitos de peculado, falsedad y prevaricato, situación que afectó los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del ciudadano Amaury Guerrero. Cuando integrantes de una institución pública –para el caso de autos el Senado de la República– detecta posibles actuaciones delictivas realizadas por servidores públicos a ella vinculados o vinculados a otra dependencia estatal, debe poner en marcha los mecanismos que estén a su alcance a fin de determinar la solidez y contundencia de las sospechas. En pocas palabras, las instituciones estatales disponen de la información necesaria para asegurar que las denuncias formuladas por servidores públicos se encuentren suficientemente sustentadas, es decir, cuentan con pruebas contundentes y no se apoyan en meros rumores, chismes o maniobras manipuladoras. Procurar que ello sea así es su obligación no sólo en atención a la información institucional de que disponen, sino, entre otras cosas, porque bajo tales circunstancias, siempre se debe partir del respeto por el principio de legalidad y por las formas propias de cada juicio, lo que implica también garantizar el principio de presunción de inocencia.

FALLA DEL SERVICIO DE FUNCIONARIO PUBLICO - Al ratificar denuncias sin referirse a los descargos rendidos por el Secretario General del Senado ni a pruebas allegadas por el pagador de la Corporación / OBLIGACIONES DEL SENADO DE LA REPUBLICA FRENTE A ACUSACIONES - No fueron

cumplidas , lo que se evidencia al extinguirse la acción penal por la Fiscalía General de la Nación / PRECLUSION DE LA INVESTIGACION PENAL - Por renuncia a la prescripción por el investigado

En septiembre y noviembre de la misma anualidad los funcionarios de la Oficina Jurídica del Senado de la República ampliaron y ratificaron sus denuncias sin que se hubiere hecho alusión alguna a los descargos presentados por el señor Amaury Guerrero, pocos días después de haber sido presentado el informe ante la plenaria del Congreso. Tampoco se hizo alusión alguna al documento presentado por el pagador del Senado de la República, en el que da fe de que los pagos hechos al señor Guerrero estuvieron ajustados a la legalidad. (...) el informe fue objetado por el actor y fue cuestionado por el propio pagador del Senado de la República mediante informe que presentara antes de elevarse acusación formal ante la Fiscalía el 4 de agosto de 1981. Importa insistir acá nuevamente que las obligaciones de hacer efectiva la presunción de inocencia y de respetar la honra y el buen nombre se agudiza en proporción a la magnitud de las acusaciones –en el sub lite de orden penal–. Esas obligaciones sin embargo no fueron cumplidas por el Senado de la República. Tanto es ello así, que el 30 de marzo de 1994 la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General declaró extinguida la acción penal. Sin embargo, el señor Amaury García renunció a la prescripción a la que se acogieron otros demandados, con el propósito de llevar hasta las últimas consecuencias el juicio que debía restablecerlo en su honra y buen nombre. Fue así como la propia Fiscalía precluyó la investigación en su contra.

VIOLACION DE LOS DERECHOS A LA HONRA Y BUEN NOMBRE DEL SECRETARIO DEL SENADO DE LA REPUBLICA - Se configuró el daño

Considera la Sala que en el sub lite existen suficientes elementos de convicción para estimar que se ha configurado el daño consistente en la violación del derecho a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez por parte de la entidad demandada. En lo que tiene que ver con la denuncia penal, la prueba documental permite inferir que el señor Amaury Guerrero fue vinculado al proceso penal, sindicado por funcionarios de la Oficina Jurídica dentro del marco de la investigación iniciada en razón de la denuncia formulada por la Contraloría General de la República de los delitos de peculado, falsedad y defraudación al tesoro público, dados los cobros en exceso en que habrían incurrido algunos funcionarios del Senado de la República y que, posteriormente, funcionarios vinculados a la oficina jurídica de la alta cámara, quienes fueron comisionados por el Presidente del Senado para investigar el asunto, allegaron a la actuación los informes presentados a la plenaria el 21 de julio de 1981. (...) En el caso concreto lo que se observa es que la entidad estatal demandada denunció un conjunto de irregularidades que, al menos respecto del señor Amaury Guerrero, no estuvo en capacidad de probar, motivo por el cual fue precluida la investigación en el año de 1994 como consta en las pruebas allegadas al expediente. Insiste la Sala en que, tal como se presentaron los hechos en el asunto bajo examen, los derechos al buen nombre y al honor del señor Guerrero fueron desconocidos por actuaciones atribuibles al Senado de la República, generando un daño moral que debe ser reparado. (...) las graves acusaciones realizadas contra varios funcionarios del Senado de la República en general y –específicamente, con nombre propio y mediando plena individualización e identificación–, contra el actor de la presente acción, se convirtieron en noticia con repercusión nacional. A ello se agrega la iniciación formal de una actuación carente de todo sustento fáctico, como pudo establecerlo la Fiscalía más de diez años después de iniciada formalmente la investigación.

DAÑO MORAL - Causado al Secretario General del Senado de la República determinable y no eventual

Existen en el plenario suficientes elementos de convicción que en conjunto conducen a afirmar, sin que haya lugar a dudarlo, que la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al honor y al buen nombre –bienes tutelados constitucionalmente–, ocasionaron al señor Amaury Guerrero Agámez un daño moral particular, determinable y no eventual. (...) Una lectura detenida de los pormenores del caso bajo examen de la Sala en la presente oportunidad y luego de un examen cuidadoso de los elementos de convicción existentes, llevan a concluir que para el señor Amaury Guerrero Agámez el haber tenido que enfrentar una investigación penal por cargos –de peculado, falsedad y defraudación– tan graves como carentes de sustento, significó un sufrimiento que le afectó todos los aspectos de su vida poniendo gravemente en entredicho su dignidad como ser humano. Pero también tuvo que ver, como él mismo lo señaló en el escrito de apelación, con el desconocimiento de “su credibilidad, prestigio e imagen pública y política”. (...) Lo dicho hasta este lugar permite a la Sala concluir que en el asunto de autos las entidades demandadas deben indemnizar el daño moral atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Como ya se ha dicho en diferentes apartes del presente proveído, estamos acá ante un caso especialmente sensible, pues existe un conflicto claro entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

MEDIDAS ENCAMINADAS A RESARCIR PERJUICIO MORAL DEL AFECTADO - Por el agravio en contra de Secretario General del Senado de la República, para restablecer su honor y buen nombre

La Sala dictará medidas encaminadas a que las entidades responsables del agravio reconozcan la falla cometida y así lo manifiesten ante el afectado y sus familiares, de suerte que el señor Amaury Guerrero Agámez sea restablecido en su honor y buen nombre y, en consecuencia, perciba al menos que las entidades comprometidas con la violación de sus derechos hacen un esfuerzo por devolverle, en cuanto ello sea factible, su dignidad, su estima, su imagen, su prestigio y su reputación, valores éstos, grave e injustamente desconocidos y que son tan centrales en la vida de toda persona. (...) bajo esa óptica, la indemnización guarda el delicado equilibrio que resulta indispensable mantener cuando se busca garantizar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales y evitar que el ejercicio del control sobre la gestión de quienes voluntariamente han decidido trabajar en el servicio público y comprometerse con la preservación del interés general, control indispensable en una sociedad democrática, pueda verse desestimulado o entorpecido.

PUBLICACION DE LA SENTENCIA EN PAGINA WEB DEL SENADO DE LA REPUBLICA - Como medida para resarcir perjuicio moral del afectado / ACTO SOLEMNE - Con presencia de altas personalidades del Estado en compañía de los familiares del actor o privadamente en compañía de sus familiares / CEREMONIA EN LAS INSTALACIONES DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA - Donde se reconozca la falla cometida y se de lectura de la decisión adoptada por la unidad de delitos contra la administración pública de la Fiscalía General

La Sala dispondrá de medidas destinadas a resarcir el perjuicio moral, esto es, medidas encaminadas a morigerar las afrentas a la honra y buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez consistentes en la publicación de la totalidad de

la presente sentencia en la página web del Senado de la República. Lo anterior, siempre y cuando, el agraviado, una vez consultado, así lo considere. En el mismo sentido atrás mencionado, en la parte resolutive de la presente sentencia se ordenará que dentro de los diez días siguientes a su notificación, en acto solemne con la presencia de altas personalidades del Estado y en compañía de los familiares del actor o privadamente en compañía de sus familiares –sí, una vez consultado, así lo considera el damnificado–, en ceremonia que se efectuará en la instalaciones del Congreso de la República, se reconozca de manera clara la falla cometida y se haga lectura de la decisión adoptada por la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General, el 30 de marzo de 1994, y, en tal sentido, se restablezcan los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez desconocidos por el Senado de la República dado el incumplimiento de las particulares cargas que atañe observar cuando se atribuyen acusaciones como las formuladas contra el actor.

MONTO DE INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL - Tasación discrecional del juez / PERJUICIO MORAL - Reconocimiento en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Para fijar el monto de la indemnización por el daño moral debe acudir al arbitrio iudicis. En pocas palabras, dado el carácter personalísimo y subjetivo de los bienes que se pretende compensar –en el caso concreto y, como quedó plenamente demostrado, la vulneración del derecho a la honra y al buen nombre–, debe resarcirse el perjuicio según los criterios sentados por la jurisprudencia de esta Sección, sin que sea factible someter su tasación a “reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización”. (...) Teniendo en cuenta lo dicho y considerando especialmente la naturaleza, al tiempo que la gravedad de la lesión causada, el Senado de la República deberá pagar por concepto de perjuicios morales al señor Amaury Guerrero Agámez la suma de setenta (70) SMLMV.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 9 de junio de 2010 exp. 19283. M.P Enrique Gil Botero

DAÑO POR LA NO REELECCION DEL ACTOR EN EL CARGO DE SECRETARIO GENERAL DEL SENADO DE LA REPUBLICA - No se vulneró el derecho al trabajo

del Senado, en tanto comporta una violación al derecho al trabajo, En lo que se refiere al daño generado por la no reelección del actor en el cargo de Secretario General cabe sostener que en cuanto a su alcance, la ha señalado la jurisprudencia constitucional que su protección no trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho para ocupar determinados puestos o cargos públicos de libre nombramiento y remoción. (...) no se ve como la conducta de la entidad demandada hubiera podido resultar determinante en la causación de este daño alegado por el actor, quien por un lado cuestionó la no reelección como Secretario General del Senado y por otro su derecho al trabajo, si se tiene en cuenta que solo gozaba de la expectativa de ser reelegido y aunque definitivamente lo sucedido bien puede haber influido negativamente, lo cierto es que todo aquél que pretende ser reelegido en un cargo público como el del Secretario del Senado con la connotación política que conlleva, está sujeto a que precisamente a tiempo de la confrontación de su nombre salgan a relucir tanto las ejecutorias como las dificultades, particularmente las investigaciones que se adelantaban en su contra. No es dable discutir un mejor derecho para ser reelegido en el nuevo periodo constitucional cuatrienal, ni que la alta Corporación

incurrió en una violación a un deber impuesto por una norma superior. En ese orden de ideas, si bien aparece configurado un daño porque el actor no fue reelegido no resulta antijurídico como quiera que los cargos de connotación política están sujetos a respaldos con los que al parecer el actor no contaba.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02059-01(24097)

Actor: AMAURY GUERRERO AGÁMEZ

Demandado: NACIÓN SENADO DE LA REPÚBLICA

Referencia: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2002, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 27 de marzo de 1996, el señor AMAURY GUERRERO, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda contra la Nación-Senado de la República, por los perjuicios que le fueron causados en razón de la imputación penal “*por el doctor Julio César Turbay Ayala –Presidente de la República– y miembros del Senado de la República*”, que impidieron su reelección como Secretario General del Senado en hechos ocurridos el 20 de julio de 1981 –folio 2 del cuaderno n.º 1–.

1.1. LA DEMANDA

El demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare que la Nación–Senado de la República, demandada, es, administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluida la respectiva corrección monetaria e intereses comerciales moratorios, causados a mi poderdante como consecuencia de las falsas imputaciones penales formuladas por el Doctor Julio

César Turbay Ayala, en su calidad de Presidente de la República, o sea como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa de la República de Colombia, y por las falsas imputaciones que solidariamente le corresponden al Senado de la República, como otro de los órganos del Estado que, en puridad de verdad, fue el que promovió directamente las denuncias penales para que no fuera reelegido el doctor Amaury Guerrero como Secretario General del Senado y, lo que es mucho más grave en el ámbito civil, para que se le privara, como en efecto sucedió, el derecho del trabajo durante más de doce años o sea por todo el tiempo que duró la investigación penal en su contra.

2.- Que, como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Nación Colombiana—Senado de la República, a resarcir plenamente la totalidad de los perjuicios de toda índole causados a mi poderdante, con los hechos constitutivos de la causa petendi para que se le ordene a la Nación Colombiana pagarle las siguientes cantidades liquidadas en dinero, por los conceptos que en cada caso se expresan:

A).- El valor de cien mil gramos de oro puro al precio que tengan a la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, según certificación del Banco de la República, por concepto de perjuicios morales.

B).- El valor de cuatro mil gramos de oro puro al precio que tengan a la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, según certificación del Banco de la República, por concepto de perjuicios materiales.

Que, subsidiariamente, de la pretensión solicitada anteriormente, se condene a la Nación demandada a pagar al demandante o a su apoderado, las sumas liquidadas que se demuestren dentro del trámite ordenado en los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo, 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, en la forma como fueron modificados por el Decreto Ley 2282 de 1989, en cuanto fueron aplicables a lo Contencioso Administrativo.

3.- Que las anteriores cantidades de dinero, liquidadas, se paguen reajustadas en su poder de compra, en la forma prevista en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, tomando como base la variación del índice nacional de precios al consumidor, nivel de ingresos medios, por el período comprendido entre el 5 de agosto de 1981 y la fecha de ejecutoria del fallo definitivo, según lo codifique el DANE.

4.- Que las anteriores cantidades de dinero se paguen junto con los intereses moratorios, según lo previsto en el Código de Comercio, y teniendo en cuenta la tasa que cobran los bancos para los créditos ordinarios de libre asignación en el período comprendido entre el 5 de Agosto de 1981 y la fecha de ejecutoria del fallo definitivo, tomando como base la certificación que expida la Superintendencia Bancaria.

5.- Que se condene a la Nación demandada al pago de los gastos en que incurra, en forma directa, el demandante, por causa o con ocasión del trámite del presente proceso.

6.- Que se condene a la Nación demandada al pago de las agencias en derecho por este proceso conforme a la tarifa de honorarios profesionales de la Corporación Nacional de Abogados “CONALBOS” que se encuentre aprobada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, aplicando las que se refieren a los asuntos que se lleven a cuota litis.

7.- Que se ordene cumplir la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Para el efecto el actor puso de presente los siguientes hechos:

1.- El 20 de julio de 1981 la Jefe de la Oficina Jurídica del Senado de la República acusó públicamente al señor AMAURY GUERRERO de haber incurrido en los delitos de peculado y falsedad en el ejercicio de sus funciones como Secretario General del Senado de la República, registrada por los medios de comunicación, principalmente por el periódico El Tiempo.

2.- La denuncia se fundamentó en una serie de documentos falsos relacionados con la cancelación de algunos emolumentos salariales consistentes en primas técnica y antigüedad. De allí organizaron un informe contra más de doscientos empleados y funcionarios de dicha corporación entre quienes figura el demandante.

3.- Cuando se dieron a conocer las falsas denuncias –20 de julio de 1981– el doctor Amaury Guerrero iba a ser reelegido como Secretario General, pero ante tales acusaciones se impidió su reelección, imputaciones que estuvieron respaldadas por los senadores Enrique Pardo Parra, Carlos Holmes Trujillo, José Name Terán, Jorge Valencia Jaramillo y Alberto Santofimio Botero.

4.- El demandante se convirtió en chivo expiatorio, lo acusaron injustamente en los medios informativos escritos, hablados y televisados, en el fondo por razones de índole político lideradas por el Senador Enrique Pardo Parra, acusaciones que afectaron su derecho a la honra y buen nombre.

5.- La acción penal fue decidida a favor del señor Amaury Guerrero después de doce años y por eso se ejerce la acción de reparación directa para lograr la indemnización de los perjuicios causados, si se tiene en cuenta que por culpa de una falsa imputación penal, quedó sumido en total ostracismo, aunado a que ello le impidió vincularse en el sector público y privado desde el 5 de agosto de 1981.

6. De todos los funcionarios que aparecieron denunciados, el único que no pudo continuar en su cargo fue el señor Amaury Guerrero, a pesar de que su desempeño fue irreprochable por un espacio superior a quince años.

7. Las acusaciones penales formuladas por el Senado de la República contra el demandante tenían por objeto privarlo del derecho al trabajo y por ende de su pensión de jubilación.

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 19 de abril de 1996 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso notificarla –folios 2 del cuaderno n.º 2–. La Nación-

Ministerio del Interior contestó oponiéndose a las pretensiones –folio 31 del cuaderno n.º 2–, fundado en que i) existe falta de legitimación de la parte pasiva, en tanto el Senado de la República no está llamado a responder, pues como el actor atribuye el daño al Presidente de la República debió dirigir su demanda contra la rama ejecutiva y ii) no hay relación de causalidad entre los informes administrativos elaborados por la Oficina Jurídica del Senado de la República y las investigaciones fiscales adelantadas por la Contraloría de la República, las que dieron lugar la denuncia penal en contra del demandante, fundada especialmente en el informe de 21 de julio de 1981, publicado por distintos medios de comunicación.

La Nación Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no fue vinculada al proceso.

1.3 ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA

1.3.1. PARTE ACTORA

En la etapa de intervenciones finales de la primera instancia la parte actora insistió en la prosperidad de sus pretensiones –folio 162 del cuaderno n.º 2–. Aseguró que se encuentra acreditado que i) la denuncia fue presentada por la Jefe de la Oficina Jurídica del Senado de la República, por lo tanto el Senado está llamado a responder por los perjuicios causados y ii) aunque es cierto que la Contraloría General de la República elaboró un informe sobre dobles cobros de las primas técnica y de antigüedad, esto no fue lo único que dio origen a las publicaciones en prensa que afectaron la imagen del demandante. Adicionalmente, obra en la actuación la ampliación de la denuncia de 18 de noviembre de 1994 formulada por el señor ALBERTO MANTILLA GUTIÉRREZ –asistente de la oficina jurídica del Senado de la República–, contra el señor AMAURY GUERRERO AGÁMEZ. En consecuencia, la responsabilidad que se le endilga a la entidad estatal no se deriva exclusivamente de las acciones penales iniciadas en su contra; sino de una serie de conductas complejas que finalmente perjudicaron su honra y pusieron *sub judice* su conducta por un largo tiempo.

1.3.1. PARTE DEMANDADA

La Nación-Senado de la República a manera de alegatos de conclusión –folio 157 del cuaderno n.º 2–, insistió en las razones de su defensa. Sostuvo que la oficina jurídica de la entidad se limitó a entregar un informe a la plenaria, fundado en el pago recibido por varios funcionarios, a título de prima de antigüedad durante varios años, distinto al elaborado por la Contraloría General de la República, el cual dio lugar a las publicaciones aparecidas el 21 de julio de 1981, ajenas al Senado de la República al punto que el 30 de

marzo de 1994 en providencia emitida por la justicia penal se hace mención sobre el particular.

En este orden de ideas, la Nación asegura que como no se advierte relación de causalidad entre el hecho y el daño endilgado a la entidad demandada, las pretensiones no pueden prosperar, si se considera que todo se debió al hecho de un tercero.

Advierte que, si bien la Fiscalía precluyó la investigación contra el actor, la decisión obedeció a falta de pruebas o insuficiencia de las mismas y no a la absolución del sindicado. Por último, pone de presente que si bien el señor Amaury Guerrero para la época de los hechos venía desempeñando el cargo de Secretario General del Senado, por seis periodos consecutivos, ello no comportaba, necesariamente, que debía ser reelegido para el periodo siguiente.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las excepciones propuestas y las súplicas de la demanda –folio 268 del cuaderno n.º 2–. Lo primero al establecer que la falta de legitimación por pasiva y la inexistencia de relación de causalidad no constituyen hechos nuevos sino fundamentos de la defensa en tanto tiene que ver con la imputación. Y lo segundo i) porque aunque en la gaceta del Senado de la República figura el informe presentado por la Jefe de la Oficina Jurídica a la plenaria el 20 de Julio de 1981, sobre los cobros en exceso efectuados por el señor Amaury Guerrero, por concepto de prima de antigüedad, ello surgió de un censo de demandas solicitado por el presidente del Senado y ii) debido a que, para entonces, ya le había sido formulada denuncia penal por los mismos hechos, por el Investigador Fiscal de la Contraloría General de la República, según prueba documental que obra dentro del expediente. Aunado a que, tanto la Oficina Jurídica del Senado, como la Contraloría General de la República, tenían el deber constitucional y legal de poner en conocimiento las irregularidades encontradas ante las autoridades competentes.

Además, en lo relacionado con el daño causado por las informaciones de prensa, el Tribunal puso de presente la ausencia de prueba sobre que la Oficina Jurídica del Senado de la República divulgó la información, al igual que respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral. De otro lado, destaca que el daño consistente en no haber podido continuar en ejercicio del cargo no aparece estructurado, pues las secretarías del Congreso no son vitalicias, sino de elección cuatrienal por parte de la cámara respectiva.

Finalmente, tampoco encontró demostrados los daños de orden material y moral generados por la divulgación que sobre los informes y denuncias en contra del actor difundieron los medios de comunicación.

SEGUNDA INSTANCIA

2.1 RECURSO DE APELACIÓN

El actor inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, para que se acceda a las pretensiones –folio 291 del cuaderno n.º 2–. A su juicio, existe una equivocada apreciación del tribunal en cuanto consideró que el problema jurídico se reduce a la información suministrada en los medios de comunicación y a su no reelección como Secretario General del Senado, pues, conforme a los hechos, el daño antijurídico tiene que ver con la afectación de su imagen, prestigio, credibilidad, integridad y honorabilidad que se vieron menguadas a raíz de estos hechos, pues una equivocada apreciación, por parte del Senado, trajo consigo acusaciones infundadas en su contra que circularon en los más importantes escenarios políticos y trascendieron a publicaciones en prensa que circularon a partir del 20 de julio de 1981. Acusaciones que, de todos modos vulneraron su credibilidad, prestigio e imagen pública y política. A su juicio, en este caso, la responsabilidad se compromete a título objetivo, en tanto no es necesario demostrar la falla del servicio, sino el daño antijurídico imputable a la administración, si se tiene en cuenta que se había desempeñado por más de “15 años” como Secretario General del Senado de manera ininterrumpida y que, previamente a las acusaciones, existía consenso respecto de su reelección entre los parlamentarios para el cuatrienio constitucional subsiguiente.

2.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.2.1. PARTE DEMANDADA

En esta etapa la entidad demandada se ratificó en sus argumentos –folio 316 del cuaderno n.º 2–. Adujo que i) conforme a la prueba incorporada al proceso, la denuncia fue entablada por la Contraloría General de la República, lo que obligó al Senado a hacerse parte, por lo tanto, de llegarse a establecer responsabilidad, esta le cabría al ente de control, no a la demandada, ii) la Fiscalía precluyó la investigación en contra del actor por falta de certeza, iii) no se configuró el daño, pues el demandante no tenía derecho a la reelección sino que le asistía la mera expectativa de que el Senado lo reeligiera, sin perjuicio de que había concluido su período constitucional en el cargo y iv) no hay prueba sobre las informaciones divulgadas por parte de los funcionarios de la Oficina Jurídica del Senado a

los medios de comunicación. En consecuencia solicitó confirmar la decisión del tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un asunto de doble instancia, porque el 11 de abril de 1996, cuando se presentó la demanda, la cuantía exigida para que las acciones de reparación directa fueran conocidas en segunda instancia por esta Corporación ascendía a \$ 13.460.000,00 y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma de \$ 1.000.000.000,00.¹

2. PROBLEMA JURÍDICO

Como se desprende de los antecedentes atrás reseñados, en el caso puesto a consideración de la Sala el demandante estima que la Nación –Senado de la República–, es responsable de los perjuicios que le causaron las falsas imputaciones argüidas en su contra. Estima que sus derechos constitucionales fundamentales, a la honra y al buen nombre, fueron gravemente desconocidos y, de contera, se impidió su reelección como Secretario General del Senado de la República, luego de 15 años continuos de servicio, quebrantando su derecho al trabajo. En suma, encuentra el demandante que la Nación –Senado de la República– debe responder por el daño patrimonial causado.

A esta altura es factible sostener que lo que acá se plantea es un conflicto claro entre dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. De un lado, el derecho a ejercer el control de la gestión pública en tanto una de las principales proyecciones del principio democrático cuya efectiva materialización exige asegurar que la conducta de los servidores públicos pueda ser objeto de escrutinio y se ajuste a los postulados de transparencia, rendición de cuentas y efectivo cumplimiento de los deberes que les han sido encargados y, del otro lado, la necesidad de preservar el derecho a la honra y el buen nombre de quienes desempeñan funciones públicas, derechos éstos, que la Carta Política ordena amparar.

La temática central es –sin que quepa duda alguna–, de profundo raigambre constitucional. Desde luego, no se pierde de vista que, en efecto, los hechos de que trata el *sub lite* se presentaron bajo la vigencia de la Constitución de 1886. Se considera, no obstante, que abordado el problema jurídico desde uno u otro ordenamiento –el de 1886 o 1991– se impone la

¹ Monto señalado en el capítulo de la demanda destinado a la estimación razonada de la cuantía.

necesidad de efectuar idéntico o similar análisis, trazando las debidas matizaciones, allí donde las peculiaridades de uno u otro ordenamiento lo exijan.

Planteado el debate en esos precisos términos, encuentra la Sala indispensable determinar, primeramente, los hechos probados en el proceso de la referencia para luego, a la luz de las circunstancias del asunto en particular, resolver lo que en derecho corresponda. Con tal propósito, la Sala seguirá el siguiente orden: i) hechos probados en el *sub lite*; ii) el derecho al buen nombre y a la honra de los funcionarios públicos y el ejercicio del control de la gestión pública como requisito *sine qua non* para la efectiva materialización del principio democrático.

3. HECHOS PROBADOS

En relación con los hechos materia del debate, a continuación se hará un recuento de las allegadas, algunas en copia simple, las que en todo caso no serán valoradas².

² El 20 de julio de 1981 se registró como hecho noticioso en el periódico *El Tiempo* –se destaca–: *Fecha – lunes 20 de julio de 1981 // TITULAR: IRREGULARIDADES CON PRIMAS DE ANTIGÜEDADES EN EL SENADO // DENUNCIA OFICINA JURÍDICA // El pago de la prima de antigüedad a los empleados del Senado configura una defraudación al tesoro público, según se desprende de un documento elaborado por la oficina Jurídica del Senado. // Son tan graves y complejas las irregularidades denunciadas que dos senadores han calificado de “mafia” a la red de funcionarios, abogados y jueces comprometidos en los pagos indebidos. // Con este montaje de malos manejos se han desconocido varias disposiciones legales, con el resultado de que la Nación ha cancelado sumas millonarias a varios centenares de empleados del Senado. // En el informe de labores de la Oficina Jurídica del Senado, que será presentado hoy a la Corporación, se anotan las siguientes anomalías: // Se pagó la prima de antigüedad antes de que pasaran los dos años exigidos por la ley para que naciera el derecho a la prestación. // (...) El mayor beneficiado con estos pagos ha sido el Secretario General del Senado Amaury Guerrero, que recibió casi un millón y medio de pesos por concepto de prima de antigüedad”. En términos similares el periódico *El Siglo* informó el día antes señalado –folio 41 del cuaderno n.º 1– // TITULAR: ESCÁNDALO EN EL SENADO–TRIPLE PAGO DE PRIMAS DE ANTIGÜEDAD A VARIOS FUNCIONARIOS – EL SECRETARIO AMAURY GUERRERO, UNO DE LOS MÁS FAVORECIDOS // CONTENIDO: Una serie de graves irregularidades que podrían llevar al establecimiento por la justicia penal de delitos como el de prevaricato, el peculado y el fraude en el proceso, han sido cometidos en los pagos de primas de antigüedad a los funcionarios del Senado, entre ellos, su secretario general señor Amaury Guerrero, quien como es sabido debe dar las certificaciones correspondientes para las nóminas de pago que elabora la sección de pagaduría de la corporación. // Según se ha podido establecer por investigaciones realizadas dentro del mismo senado y que habrán de ser consideradas a partir del hoy mismo por la mesa directiva de la Corporación, las normas reguladoras de la prima de antigüedad han sido desconocidas y en la mayoría de las veces contrariadas. // Así, por ejemplo, mientras las citadas normas disponen que se requieren dos años para adquirir el derecho a percibir prima de antigüedad ésta se ha pagado sin cumplimiento de tal supuesto legal, como también ha sido violada la norma que condiciona el disfrute de dicha prima al no cambio del cargo. Por otra parte, según lo establecido por la Oficina Jurídica del Senado la prima de antigüedad que debe liquidarse tomando como referencia el sueldo básico mensual se ha cancelado sumando a este otras prerrogativas salariales. // Y el 29 de julio de 1981, el diario *El Tiempo* registró la siguiente información –folio 24 del cuaderno n.º 1– // LAS DIRECTIVAS DEL SENADO PIDEN INVESTIGACIÓN PENAL // Los dignatarios de la Cámara Alta remitieron esta documentación a la Procuraduría y le pidieron que investigue a los funcionarios comprometidos en las denuncias.// Sin embargo, el secretario general del senado, Amaury Guerrero–principal implicado en los cargos de la oficina jurídica -, se anticipó a calificar de falsas las acusaciones que se le han formulado y a través de un oficio leído ante la sesión plenaria, afirmó que no renunciará.*

Es de anotar que el actor solicitó la remisión de lo actuado ante la jurisdicción penal y que lo solicitado fue decretado y allegado a la actuación por remisión de las autoridades respectivas.

3.1. En los anales del Congreso de 30 de julio de 1981, allegado en copia auténtica, se registra el informe presentado por la Oficina Jurídica del Senado de la República el 20 de julio de 1981 y que compromete al actor; las respuestas de éste ante la plenaria –folio 30 del cuaderno n.º 1–. Particularmente se destaca:

INFORME PRESENTADO POR LA JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA EL DÍA 20 DE JULIO DE 1981

(...)

El presente informe tiene por objeto dar a conocer las diversas actividades a las que estuvo dedicada la Oficina Jurídica del Senado durante el periodo de ejercicio de la actual mesa directiva, conformada por el doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora, Presidente; doctor Emiliano Isaza Henao, Primer Vicepresidente; doctor Víctor Cárdenas Jaramillo, Segundo Vicepresidente; Señor Amaury Guerrero, Secretario General.

El informe comienza haciendo referencia a las tareas que de ordinario se llevan a cabo y termina con las conclusiones a las que llegó la investigación sobre los pagos de prima de antigüedad verificados por la Pagaduría del Senado y los Juzgados Laborales del Circuito.

La prima de carestía será objeto de informe posterior, en razón de las dificultades con que se tropieza al averiguar la realidad legal y administrativa de la corporación senatorial

Índice:

(...)

4. INVESTIGACIONES SOBRE PRIMA DE ANTIGÜEDAD

4.1. Introducción

El estudio que a continuación se presenta tiene como objeto la prerrogativa salarial prima de antigüedad. En primer término se transcriben las disposiciones que consagran y reglamentan el derecho. La posición que sobre la aplicación de las mismas ha fijado el Consejo de Estado y la Comisión de la Mesa Directiva. Las consecuencias de los fenómenos de retroactividad, jerarquía normativa, derechos adquiridos, derogación y decaimiento.

En segundo término, se analiza la aplicación que se ha dado a estas normas. Los pagos verificados por la Pagaduría del Senado, luego los realizados por Juzgados Laborales del Circuito. La inexistencia de título ejecutivo. El valor probatorio de las certificaciones allegadas a los procesos. La prescripción.

4.3. Pagos verificados por la pagaduría del Senado, contrariando las normas reguladoras de la prima de antigüedad

(...)

Con anterioridad al 17 de marzo de 1976 se realizaron pagos

(...)

Cinco casos típicos

AMAURY GUERRERO (NÓMINAS COBRADAS) –subrayas de la Sala–.

(...)

Por su parte, el señor AMAURY GUERRERO rindió las siguientes explicaciones:

“Bogotá D.E. julio 23 de 1981

(...)

Por el muy digno conducto de la Comisión de la Mesa me permito explicar mi conducta ante los honorables Senadores con respecto a los cargos que me han formulado dentro del informe presentado por la Oficina Jurídica del Senado.

No tengo la menor duda de que he sido víctima de infames calumnias contra mi patrimonio moral.

El informe de la Oficina Jurídica es un documento oficioso, mendaz y plagado de falsedades, con las cuales se demuestran la inidoneidad e incapacidad moral de quienes lo suscriben.

Se me formula el cargo de que en una misma nómina aparece cancelada a mi favor varias veces, y para mayor confusión, se cambian las fechas, señalo el caso de la nómina número 199 por valor de \$ 74.872.,42 penúltima de la relación que aparece el pasado 23 del mencionado informe.

En la misma relación se incluye dicha nómina sin número y con diferente fecha.

La Oficina Jurídica se cuidó en su informe y no explicó el cruce de fechas y los conceptos de cada nómina para confundir a los honorables Senadores y a la opinión pública.

Ciertamente se trata de nóminas canceladas unas veces como prima básica de antigüedad, nóminas por concepto de prima técnica, con el objeto de conformar la figura insólita de un doble pago por un mismo concepto. En otro caso, el tiempo cobrado aparece inflado para dar la impresión que se está ante un pago doble por el mismo tiempo servido.

Las sumas de las nóminas que se cancelaron en algunos casos varían en relación con las sumas que indica la oficina jurídica.

Solamente otorgue poder para las reclamaciones judiciales después de que el Presidente de la Corporación, por escrito absolvió mi conducta en el sentido de que los derechos salariales, bien podían ser reclamados judicialmente sin que tal actitud implicara una conducta reprochable (...).

3.2. Igualmente, en la misma publicación del día 18 de agosto siguiente, aparece el informe presentado por la Jefe de la Oficina Jurídica, referido a las denuncias elevadas el 20 de julio anterior, sobre el cobro en exceso de las primas técnica y de antigüedad por empleados del congreso, así: “Al señor Amaury Guerrero se le canceló por concepto de prima de antigüedad, por el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 1975 y el 31 de diciembre de 1978, la cantidad de \$248.729,71... Para evidenciar aún más el fenómeno de contradicción entre lo estipulado en la norma sobre referencias para la liquidación conforme al sueldo básico mensual y la liquidación de la Pagaduría del Senado con base en una suma distinta” y más adelante se señala “Más aún, el doble, triple y cuádruple pago de prima de antigüedad no deja duda sobre la existencia de una defraudación al Tesoro Público” —subrayas de la Sala; folio 216 del cuaderno n.º 2—.

3.3. El 4 de agosto de 1981, el investigador fiscal de la Contraloría General de la República presentó denuncia penal ante el Juez Seccional de

Instrucción Criminal en averiguación, por los delitos de peculado, falsedad y prevaricato –folio 36 del cuaderno n.º 1–.

3.4. Obran en el expediente penal diligencias de ampliación y ratificación de las denuncias por los mismos hechos, presentadas por los funcionarios de la Oficina Jurídica del Senado de la República, en los meses de septiembre y noviembre de 1981, que se contraen a estos términos –folios 100 y 102 del cuaderno n.º 2–.

“Septiembre 1º de 1981

Nosotros, MARÍA EUGENIA VIVIESCAS DE CADAVID (...) y CARLOS ALBERTO MANTILLA (...), ponemos en su conocimiento el “INFORME DE LA OFICINA JURÍDICA DEL SENADO” Julio 20 de 1980–Julio 20 de 1981 contenido en los Anales del Congreso No. 84 (Páginas 1086 a 1107) a fin de que se adelante la investigación pertinente por los hechos allí descritos.

Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal

Bogotá D.C., Noviembre 10 de 1.981

DILIGENCIA DE RATIFICACIÓN

DENUNCIANTE: MARÍA EUGENIA VIRVIESCAS DE CADAVID y CARLOS ALBERTO MANTILLA GUTIÉRREZ

(...)

Sírvase manifestarle al juzgado si se ratifica bajo la gravedad del juramento de su denuncia formulada ante este juzgado en el día de hoy? CONTESTÓ: Si me ratifico por ser la verdad (...).”

3.5. El 27 de julio del mismo año, el pagador del Senado de la República envió la relación de los pagos efectuados al señor AMAURY GUERRERO, por concepto de la prima de antigüedad, entre 1974 a 1979 –folio 33 del cuaderno n.º 1– y adicionalmente certificó:

“Que ninguna de las nóminas anteriormente discriminadas constituye la cancelación respectiva de la Prima de Antigüedad por un mismo periodo; pues, las respectivas liquidaciones se realizaron de conformidad con los incrementos ascendentes entre el 10% y el 50% con base en los aumentos de sueldos periodos autorizados por las normas legales (sic).

Que las reliquidaciones de Prima de Antigüedad correspondientes al Doctor Amaury Guerrero se encuentran consignadas en nóminas que se derivan de los periodos cancelados sin la inclusión de los incrementos adquiridos a título de Prima de Antigüedad, dentro de los porcentajes indicados en el punto anterior.

Que las certificaciones de Reliquidaciones de la Prima de Antigüedad que se expiden para cobros Judiciales, se refieren a sumas que no pudieron ser canceladas directamente por la Pagaduría, debido a la carencia de apropiaciones presupuestales para tales erogaciones.

Que de acuerdo con el punto anterior la Pagaduría, en su oportunidad, hizo la liquidación total de la Prima de Antigüedad a favor del Doctor Amaury Guerrero y dedujo las sumas pagadas por conducto de la Pagaduría y se le certificó la diferencia que no se la había cancelado, en cuantía de \$248.629,71 y \$734.649,46.

Que las nóminas detalladas en la presente certificación se cancelaron por la Pagaduría con el lleno de las formalidades Administrativas y Fiscales” –subrayas de la Sala–.

3.6. El 30 de marzo de 1994, la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General declaró extinguida la acción penal frente algunos de los implicados, empero respecto del actor precluyó la investigación, porque el señor GUERRERO AGÁMEZ renunció a la prescripción –folio 21 del cuaderno n.º 1.

3.7. El 28 de junio de 1994, el señor JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS, aduciendo su condición de ex presidente del Senado para 1982, certificó, por solicitud del tribunal *a quo*, sobre el trámite al que se sujetó la elección del Secretario del Senado, en el periodo de sesiones iniciado el 20 de julio de 1981 se dice –folio 19 del cuaderno n.º 1–:

*Santafé de Bogotá, Junio 28 de 1.994
DE: Senador – JOSÉ IGNACIO. DÍAZ GRANADOS
En carácter de Ex–Presidente del Senado de la República.
SENADO DE LA REPÚBLICA - COLOMBIA*

PRIMERO: El día 20 de Julio de 1981, al suscrito le correspondió, en su condición de Presidente del Senado de la República, convocar y presidir la Junta de Senadores Liberales, para que se escogieran los nuevos dignatarios y el Secretario General que actuarían dentro del período que se iniciaba, en representación del Partido Liberal.

SEGUNDO: Que la Junta de Senadores solamente escogió los candidatos para la Presidencia y la Segunda Vicepresidencia del Senado de la República, ya que se abstuvo de escoger al candidato para la Secretaria General.

TERCERO: Que la Junta de Senadores Liberales, se abstuvo de pronunciarse sobre la reelección del Secretario General, señor AMAURY GUERRERO, acogiendo la petición de los H. Senadores ENRIQUE PARDO PARRA y JORGE VALENCIA JARAMILLO, quienes señalaron como irregular y dolosa la actuación del mencionado funcionario con fundamento en publicaciones de prensa y en un informe oficioso de la Oficina Jurídica del Senado, inclusive, el primero de los mencionados Senadores leyó y analizó la información de la Unidad Investigativa aparecida en la primera página de la edición del día 20 de Julio del periódico El Tiempo.

CUARTO: Que el suscrito como Presidente del Senado, y, por ende, de la Junta de Senadores Liberales, acogiendo la petición de los Senadores ENRIQUE PARDO PARRA y JORGE VALENCIA JARAMILLO, designó una Comisión integrada por los Senadores ENRIQUE PARDO PARRA, JORGE VALENCIA JARAMILLO, LIBARDO LOZANO GUERRERO, JAIME POSADA, EDUARDO ABUCHAIBE OCHOA y EDMUNDO LÓPEZ GÓMEZ, con el objeto de que rindiera un informe sobre los hechos denunciados y la posibilidad de que se reeligiera o no al señor AMAURY GUERRERO, como Secretario General del Senado de la República.

QUINTO: Que la Comisión de Senadores ya indicada rindió su informe para que no fuera reelegido el señor AMAURY GUERRERO, como Secretario General, ni tampoco ninguno de los demás funcionarios de elección dependientes del Senado

de la República, que se encontraran denunciados por el Periódico El Tiempo y por la Oficina Jurídica de Senado.

SEXTO: Que el informe rendido por los Senadores ENRIQUE PARDO PARRA, JORGE VALENCIA JARAMILLO, LIBARDO LOZANO GUERRERO, JAIME POSADA, EDUARDO ABUCHAIBE OCHOA y EDMUNDO LÓPEZ GÓMEZ, fue dejada como constancia en la Sección Plenaria del Senado, por el Senador ENRIQUE PARDO PARRA y, en consecuencia se ordenó su publicación en los Anales del Congreso No. 186 de fecha 18 de Agosto de 1981, cuyo texto se da cómo reproducido para que se tenga como parte integrante de la presente constancia.

3.8. Dentro del proceso penal se recibieron las declaraciones de la señora MARÍA EUGENIA VIRVIESCAS DE CADAVID, Jefe de la Oficina Jurídica del Senado para la época de los hechos y del señor ALBERTO MANTILLA GUTIÉRREZ en su condición de asistente de la misma división –folio 103 y 105 del cuaderno n.º 2–, que serán valoradas, pues, aunque no fueron ratificadas en este proceso las rindieron funcionarios de la demandada, con audiencia y participación de la parte actora.

La Jefe de la Oficina Jurídica del Senado, para la época de los hechos, en cuanto las irregularidades encontradas depuso –folio 103 del cuaderno n.º 2–:

“PREGUNTA: ¿Sírvese decir al Juzgado, si tiene algo más que agregar a la presente denuncia? CONTESTÓ: La denuncia está contra todas aquellas personas que en una u otra forma estén implicadas en el informe de la Oficina Jurídica del Senado del 20 de Julio de 1980 al 20 de Julio de 1981. La denuncia está en contra por los delitos que estén consagrados en los Anales (sic) Número 84 de la página 1086 a 1107 del jueves 30 de julio de 1981. En razón que el entonces presidente del Senado Doctor JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS ZAMORA, ordenó a la Oficina Jurídica levantar un censo de todas las demandas que cursaran contra la Nación Senado de la República, tanto en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo de Estado, Juzgados Laborales del Circuito, fue que la Oficina Jurídica hizo el estudio o más propiamente dicha la investigación sobre la prima de antigüedad de los empleados del Senado. Encontramos que la prima de antigüedad fue creada por la (sic) 25 de 1973 y reglamentada por el Decreto Reglamentario 1625 de 1974, el (sic) entró a regir el 17 de enero de 194 (sic), se desconocieron los requisitos para tener el derecho a disfrutar de la prima de antigüedad, ya que como lo dije anteriormente entró a regir el 17 enero de 1974 y solamente dos años después cualquier empleado podía entrar a disfrutar de esa prima de antigüedad y encontramos que se hizo retroactivo el Decreto Reglamentario 1625 de 1974 en muchos casos al año de 1958, porque es muy claro el decreto al decir cuáles son los requisitos para entrar a tener el derecho a que se reconozca la prima de antigüedad, como son: 1) la vinculación, estar empleado en un mismo cargo, o sea no tener interrupción laboral en el mismo cargo o cambio de cargo. 2) duración por dos años continuos, cuantía 10% inicial, límite hasta el 50%, frecuencia de los reajustes bianualmente. Quiero hacer la aclaración que en la actualidad por la Ley 52 de 1978 la prima de antigüedad se reajusta anualmente....–subrayas de la Sala–.

El señor ALBERTO MANTILLA GUTIÉRREZ, también funcionario de la demandada, en calidad de asistente de la Oficina Jurídica del Senado para la época de los hechos, en términos similares declaró –folio 105 del cuaderno n.º 2–.

“PREGUNTADO: ¿Sírvese hacer un recuento de los hechos motivo de su denuncia? CONTESTÓ: ... Con anterioridad a la Ley 25 de 1973 ningún empleado del Senado podía devengar suma alguna por concepto de prima de antigüedad, sin embargo en las averiguaciones que realizamos con base en nóminas de la pagaduría del Senado, es claro, pues antes de la fecha de vigencia de la ley citada muchos empleados del Senado, ya disfrutaban de la mencionada prerrogativa, sin que existiera sustento legal. Sólo a partir del 17 de enero de 1994 podrían comenzar a contarse el periodo de 2 años requerido por la Ley, es decir, que solo el 17 de marzo de 1976 corrijo el 17 de enero de 1976 podía un empleado del Senado comenzar a devengar prima de antigüedad en cuantía del 10%. El Decreto 1625 de 1974, que en su artículo 4 dispuso la regla con base en las cuales debería cancelarse el beneficio creado por la ley, estos requisitos fueron violados constantemente al liquidarse la prima de antigüedad. Así la resolución 454 de 1974 emanada de la comisión de la mesa directiva dispuso que se cancelara la prima de antigüedad, violando los requisitos establecidos, tanto en la ley como en el Decreto, posteriormente la Ley 52 de 1978 permitió la continuación legal del mencionado beneficio. En resumen: se desconoció la retroactividad de la ley, principio este que había sido ratificado por el Consejo de Estado al fallar un proceso incoado por el doctor ABEL MERCADO JARA a nombre de la Presidencia del Senado...En razón de que al parecer a los empleados del Senado no les fuera cancelado la prima de antigüedad, estos mediante apoderado demandaron su pago por intermedio corrijo en razón de que no se les pagaba demandaban mediante apoderado, el cual la mayoría de las veces era el doctor AGUSTIN GÓMEZ TORRES. Observamos que esos pagos a nivel judicial la mayoría de las veces habían sido cancelados por intermedio de la pagaduría del Senado lo que genera doble pago, muchas veces también encontramos pagos hechos hasta cuatro veces, es el caso del señor AMAURY GUERRERO, Ex-Secretario General de la Corporación.... PREGUNTADO: ¿Tiene algo más que agregar a la presente? CONTESTÓ: Del informe de la Oficina Jurídica del Senado, allegado a este despacho, existe corroboración por parte de la Contraloría General de la Republica el cual está siendo también investigado por la justicia en el Juzgado 67 de Instrucción Criminal” –subrayas de la Sala–

4. El derecho constitucional fundamental al buen nombre y a la honra de los funcionarios públicos y el ejercicio del control de la gestión pública como requisito *sine qua non* para la efectiva materialización del principio democrático (artículo 40 C.P.)

A partir de los hechos probados, resulta factible constatar que efectivamente en el *sub lite* se presenta un conflicto entre los derechos constitucionales fundamentales al buen nombre y a la honra de los servidores públicos, de una parte, y, de la otra parte, la necesidad de asegurar el principio democrático y, más concretamente, el ejercicio del control de la gestión pública, de suerte que se garanticen los principios de transparencia, la rendición de cuentas y la amplitud del escrutinio público respecto del cumplimiento de las tareas que le son confiadas a quienes ejercen funciones públicas.

En el marco de dicho conflicto y con miras a establecer si se presentan los elementos que configuran la responsabilidad en el asunto bajo examen, se debe distinguir con claridad las exigencias que han de cumplir las instituciones estatales cuando existen razones para considerar que las actuaciones de un determinado servidor público, vinculado a sus

dependencias, pueden dar lugar a responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal. Como se verá, estas exigencias difieren, en el grado de rigor con que deben ser observadas, de aquellas que se asignan, por ejemplo, a la prensa oral, escrita o en red cuando se trata de poner al tanto de la opinión pública que un determinado servidor público ha incurrido presuntamente en acciones que puedan originar responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal.

Considera la Sala importante deslindar estos dos escenarios, pues, si bien en ambos casos resulta imprescindible impedir que quienes denuncian hechos que afectan el interés general o el patrimonio público en los que supuestamente están involucrados servidores públicos no lo hagan con pleno conocimiento de los hechos e incurran en abuso de derecho, el grado en que se mide su actuación, en uno u otro evento, es diferente.

Las exigencias que deben cumplir las instituciones estatales cuando –al presentarse sospechas acerca de actuaciones susceptibles de dar origen a responsabilidad disciplinaria, penal o fiscal de servidores públicos vinculados a sus dependencias–, instauran denuncia formal ante las autoridades competentes de investigarlas y juzgarlas, son a todas luces mucho mayores. Y ello es así, por cuanto las instituciones no solo disponen de información institucional que les permite cerciorarse de la solidez de su sospecha, sino en cuanto están obligadas a preservar el principio de legalidad, la formalidad de los juicios y la presunción de inocencia.

En efecto, el control institucional sobre la gestión de los servidores públicos resulta clave y de su buen ejercicio depende la credibilidad y la legitimidad del Estado en su conjunto. Con todo, ha de tenerse presente que cuando la acusación es elevada por una institución estatal en relación con el desempeño de un servidor público vinculado a sus dependencias, suele estar dotada de un alto grado de credibilidad. Por ello mismo, no puede el control institucional ejercerse a la ligera, toda vez que una acusación afecta de manera sensible y, en ocasiones irrecuperable, la honra y el buen nombre de los servidores públicos que son objeto de denuncias.

Por lo general, las entidades públicas cuentan con la información suficiente para poder verificar si la denuncia o queja presentada se corresponden con la realidad, es decir, con la información disponible al interior de la entidad se pueden confrontar las versiones presentadas y es dable establecer si corresponden a lo que realmente sucede.

Siempre debe asegurarse dar cumplida aplicación a la presunción de inocencia y aunque este es un principio que ha de ser garantizado, tanto por los medios de comunicación, como por las entidad públicas, estas últimas

cuentan con mayor información, con lo cual el deber de diligencia tiene que ser observado con un grado más amplio de rigor.

Dicho en otros términos, la entidad pública cuenta en su interior con dependencias que se pueden encargar específicamente de recolectar toda la información disponible y de recopilar los documentos para confrontar el caso objeto de denuncia con la realidad. Lo anterior tanto más cuanto no toda información genera *per se* una investigación de tipo penal. Si se actúa de modo diligente en el recaudo de información y se contrasta con la denuncia realizada, puede incluso que gracias a esa indagación quede sin piso la denuncia o se refuerce y abra paso a otros tipos de datos que impongan promover no solo la investigación de tipo penal sino también disciplinaria o fiscal. Debe tenerse siempre presente que entre más seria sea la acusación, mayor diligencia se exige.

Entretanto, las exigencias que deben cumplir los medios de comunicación –escritos, orales o en red– son muy distintos. Aquí ya no se trata de un control que se ejerce en el seno de la institución estatal sobre las actuaciones de servidores públicos vinculados a sus dependencias, sino de hacer plausible o de facilitar el ejercicio del control de la gestión pública de cara a la opinión pública a fin de garantizar actuaciones apegadas a las normas, transparentes y con el objetivo de asegurar la rendición de cuentas y, en general, el buen desempeño de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. En breve, allí donde exista una mínima sospecha de posibles irregularidades que afecten el interés general y el patrimonio público, la prensa bien puede en ejercicio de su derecho a la libertad de información dar a conocer la situación, de modo que las posibles irregularidades sean debidamente investigadas y juzgadas sin dilaciones.

Con el fin de demarcar más nítidamente estos escenarios considera la Sala preciso abordar, en unas pocas líneas, los criterios que se han utilizado para resolver el conflicto que históricamente suele presentarse entre dos bienes jurídicos garantizados constitucionalmente: el derecho a la honra y al buen nombre de los funcionarios públicos, de una parte, y, de la otra parte, el derecho al ejercicio del más amplio y efectivo control sobre la gestión de los servidores públicos. Previamente, se hará un recuento de la manera como estos bienes jurídicos han sido tutelados por la Constitución de 1886 y por la Constitución de 1991.

A propósito de lo anterior, encuentra la Sala que tanto la Carta Política de 1886 como la Constitución de 1991 garantizan –cada una con sus propios signos característicos– los dos derechos en conflicto. La Carta Política de 1886 consagró el derecho a la honra como un valor social y un principio fundamental constitucional. En efecto, el artículo 16 disponía:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido destacar la distinción hecha en el artículo 15 superior entre el derecho a la honra y el derecho al buen nombre, diferencia no trazada en la Constitución de 1886. Ha señalado el tribunal³:

“Los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra en el ordenamiento constitucional.

La Constitución Política en su artículo 15 primer inciso, señala que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y que el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

El derecho al buen nombre fue catalogado por esta Corte desde sus primeras providencias como un derecho personalísimo toda vez que hace referencia directa a las valoraciones que tanto individual como colectivamente se hagan de una persona. Este derecho está atado a todos los actos y hechos que una persona realice para que a través de ellos la sociedad haga un juicio de valor sobre la real dimensión de bondades, virtudes y defectos los cuales a través de su existencia muestra como crédito una persona. El concepto del buen nombre es exterior y algunos tratadistas ven este derecho concatenado e íntimamente relacionado con el derecho a la honra.⁴

Así mismo la jurisprudencia y la doctrina lo han entendido como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas.⁵ De manera que el derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionen el concepto público que se tiene del individuo.

Como bien lo ha expresado la Corte en anteriores oportunidades, el derecho al buen nombre, no se refiere únicamente al concepto que se tenga de una persona, sino también a la ‘buena imagen’ que ésta genera ante la sociedad. Es por esto, que para poder proceder a su protección, se exige como presupuesto indispensable el mérito, la conducta irreprochable del individuo o el reconocimiento social hacia el comportamiento del mismo⁶.

Por otra parte, el artículo 21 de la Constitución Política garantiza el derecho a la honra y, en el inciso segundo del artículo 2, establece que entre los deberes de las autoridades está el de proteger en su honra a todas las personas residentes en Colombia. Así mismo, en el artículo 42, establece el carácter inviolable de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia.

El concepto del derecho fundamental a la honra en gran medida es asimilable al buen nombre, pero tiene sus propios perfiles y la Corte en la sentencia T-411 de 1995 la definió como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan.

³ Ibíd.

⁴ Sentencia T-603 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁵ Sentencia C-489 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Ver sentencia T-787 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Igualmente esta Corporación⁷ ha señalado que este derecho está íntimamente relacionado con las actuaciones de cada persona, pues de ellas depende la forma como transfiere su imagen y son ellas las que en últimas fundamentan un criterio objetivo respecto de la honorabilidad del comportamiento del ciudadano en la sociedad.

Por otra parte, la comunidad internacional ha dado una singular importancia al derecho a la honra y al buen nombre, al punto que su necesidad de protección se ha regulado en distintos instrumentos sobre derechos humanos que han sido aprobados por el Estado colombiano. Así tenemos el artículo 12⁸ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 17⁹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11¹⁰ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”¹¹ –subraya la Sala–.

4.1. Como se observa, los derechos al buen nombre y a la honra están directamente relacionados con el comportamiento de la persona, la credibilidad social que tal comportamiento genere, la buena imagen que la persona proyecta y el prestigio ganado con sus actos. Cuando una persona resulta vinculada a un proceso penal o disciplinario puede ocurrir que la sociedad a la cual pertenece la repudie o, por lo menos, la considere indigna del tratamiento que le venía dispensando; sin embargo, tanto el proceso penal como el disciplinario constituyen los medios jurídicos para que la persona investigada ejerza el derecho a la defensa, aporte pruebas a su favor, controvierta las que obren en su contra, desvirtúe los cargos y pueda demostrar que no es responsable de la conducta que se le imputa.

En todo caso, siguiendo los principios del artículo 29 de la Constitución Política, la persona sometida a un proceso penal o disciplinario cuenta a su favor con la garantía de que será considerada inocente hasta tanto tal presunción no sea válidamente desvirtuada –subrayas de la Sala–.

En suma, los derechos fundamentales aludidos tienen que ver con la estimación o deferencia con que la persona es tratada por la sociedad, por la imagen que la misma proyecta y también por la que otros hacen conocer de ella, de ahí que se falta a la dignidad que todo ser humano puede exigir, si se envían mensajes falsos o erróneos, dirigidos a menoscabar un prestigio y posicionamiento social. Proyección que bien puede originarse en el mismo afectado a quien le corresponde observar una conducta acorde con la imagen que desea proyectar y con el trato que pretende recibir. Es por eso que la vinculación a un proceso penal o disciplinario, al tiempo, que

⁷ Sentencias T-787 de 2004 Rodrigo Escobar Gil y T-482 de 2004.M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.

⁹ Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁰ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-677 de 2005. M.P. Humberto Sierra.

pone en tensión los derechos constitucionales mencionados, resulta ser el medio apropiado para que se consolide la imagen que el implicado tendrá que defender y allí mismo consolidar, pues, precisamente las investigaciones propenden porque la sociedad refuerce el reconocimiento que tiene de alguien; precisamente porque las investigaciones lo mantienen incólume, particularmente cuando quienes afrontan las investigaciones ostentan cargos de reconocimiento político en la vida institucional. Aspecto este que conlleva su deber de soportar el conocimiento público en tanto resulta imperativo que la comunidad conozca lo que se les atribuye, aunque con las restricciones que los derechos fundamentales exigen.

Adicionalmente, numerosos preceptos muestran la amplitud con que el ordenamiento constitucional de 1886 exigía responder a quienes desempeñan funciones públicas¹² –al igual que lo exige hoy la Constitución de 1991–, siempre bajo el respeto del principio de legalidad y observando las formas propias de cada juicio¹³, lo que, como se sabe, incluía, en aquel entonces, como en la actualidad, el respeto por la presunción de inocencia. Ahora bien, los dos ordenamientos constitucionales imponen un baremo más alto en cuestiones de responsabilidad de los servidores públicos, toda vez que no comprende únicamente sus acciones sino abarca también sus omisiones.

De todas maneras, la Constitución de 1991 es más explícita y amplia en su regulación, pero, de lo consignado en uno y otro estatuto, se deriva la necesidad de que la función pública de ejerza de manera ajustada a la ley y a la Constitución. Estas previsiones se ven reforzadas, en uno y en otro caso, por el control que pueda derivarse de la prensa escrita u oral. Así se tiene que el artículo 42 de la Constitución de 1886 previó:

“La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública”.

¹² El artículo 20 disponía –se destaca–: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”. El artículo 51 prescribía: “Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases, que atenten contra los derechos garantizados en este título”. El artículo 62 preceptuaba –se destaca–: “La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución.; las condiciones de ascenso y de jubilación, y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público”.

¹³ “ARTÍCULO 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

En este lugar vale la pena destacar que la amplitud con que debe garantizarse la efectiva materialización de estos bienes constitucionalmente protegidos –aplicación del principio democrático por medio del ejercicio del control sobre la gestión de funcionarios y autoridades públicas y el derecho de estos servidores públicos a que se les preserve el honor y el buen nombre–, dependerá de la manera como se presenten las circunstancias del caso en concreto y tal situación no puede ser definida en abstracto, prescindiendo del detalle con que aparecen relacionados los hechos en cada asunto particular. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han fijado algunos criterios que orientan la decisión.

Desde luego, al respecto se han desarrollado diversos puntos de vista, pero sobresale el enfoque encaminado a sostener que, una vez la persona ingresa al servicio público, sus derechos deben garantizarse teniendo en cuenta las consecuencias que de su investidura se desprenden, así que el margen de protección puede verse menguado e, incluso, sensiblemente restringido, cuando bajo ciertas circunstancias, ha de dársele prioridad al derecho que tiene la comunidad de ejercer el control sobre la gestión del servidor público en cuanto una de las principales derivaciones del principio democrático.

De este modo, con miras a que prevalezca el bien común y el interés general, la ciudadanía tiene derecho a escrutar en forma mucho más detallada y, a profundidad, todos los asuntos relacionados con el desempeño de los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo y tiene derecho también a indagar aspectos de su vida privada que, directa o indirectamente, repercutan en el cumplimiento de su tarea al servicio de la comunidad.

Lo anterior toda vez que i) a la ciudadanía le asiste el derecho de cerciorarse que la hoja de vida de quienes ejercen funciones públicas sea impecable, al tiempo que de fe de su idoneidad para desempeñar el cargo; ii) si existe sospecha de que el funcionario público ha cometido un delito o una falta disciplinaria o fiscal, debe garantizarse con mayor urgencia el principio de transparencia y no puede privarse a la opinión pública de estar al tanto del hecho que ha de ponerse en conocimiento de las autoridades competentes a fin de establecer la verdad.

En breve, dada la repercusión que hechos en materia penal, disciplinaria o fiscal que involucren a servidores públicos suele tener en la garantía del bien común y en la preservación del patrimonio público, no pueden mantenerse esas conductas en “secreto” o ser objeto de “confidencialidad”.

En el sentido antes destacado, ha manifestado la doctrina y ha sido seguida ampliamente por la jurisprudencia nacional e internacional de los derechos humanos:

“Un Estado democrático tiene la obligación de actuar con transparencia frente a los ciudadanos. La publicidad de documentos administrativos y otros materiales, son un de las formas para asegurar esa transparencia. La disposición de documentos en posesión del Estado por parte de todo ciudadano es fundamental para que pueda protegerse y defenderse del Estado mismo.

El principio del secreto, que defendía el Estado, prevaleció por mucho tiempo, encima del principio de transparencia porque era más conveniente para quienes detentaban el poder público: el secreto administrativo era un comfortable y útil recurso del gobierno”¹⁴.

Se ha subrayado, en síntesis, cómo cuando está de por medio el interés público existen motivos de peso para trazar unos límites más estrechos respecto del margen de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los funcionarios públicos a la intimidad, a la honra y al buen nombre, hasta el punto de restringirlos sensiblemente, desde luego, solo y únicamente, si está en juego la defensa del interés público y en vista de la trascendencia que sus actos –aún bajo el costo de incidir en el menoscabo de su honra o buen nombre–, tienen para una sociedad democrática.

Como ya se mencionó, este punto de vista ha sido adoptado de manera mayoritaria y coincide, asimismo, con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

“en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la

¹⁴ Jorge CARPIZO, “Vida privada y función pública”, publicado en la revista Derecho Comparado de la Información, número 3, enero-junio de 2004, pp. 61-71.

¹⁵ Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “El límite de la crítica aceptable es más amplio con respecto a un político actuando en su capacidad pública que en relación con un particular, debido a que el primero inevitablemente y conscientemente se expone a un escrutinio más fuerte de cada palabra y acto que realiza, tanto por periodistas como por el público en general, y debe desplegar un mayor grado de tolerancia. Un político, claramente, tiene derecho a la protección de su honra, incluso cuando no actúa a título personal, pero los requisitos para esa protección deben medirse en relación con los intereses de la discusión abierta de asuntos políticos”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, Caso No. 72713/01, 29 de marzo de 2005, párrafo 39. El Tribunal ha sostenido este enfoque por más de veintiséis años. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lingens v. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986, Series A no. 103, p. 26, párrafo 42.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara vs Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafos 79-95.

formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate”.

La jurisprudencia internacional sobre la materia ha insistido en la necesidad de derribar protecciones especiales respecto de quienes desempeñan funciones públicas, dado que la posibilidad de ejercer escrutinio y crítica se convierte en elemento *“esencial para promover el debate sobre temas de interés público”*¹⁷. En ese orden, *“todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política”*¹⁸.

De lo dicho en precedencia se extrae que el umbral de tolerancia en relación con las críticas o indagaciones que se realicen respecto del desempeño de los servidores públicos o de su idoneidad para ejercer su cargo es mucho más amplio por cuanto no solo *“se han sometido voluntariamente al escrutinio público”* sino por la trascendencia social que de sus actuaciones se deriva¹⁹.

Ahora bien, en caso de detectarse un comportamiento ligero por parte de quienes acusan a servidores públicos –y teniendo en cuenta los escenarios que se deslindaron en precedencia–, de cualquier manera sigue siendo necesario que la responsabilidad por las consecuencias de dicho comportamiento se evalúen de manera razonable, siendo más estricta cuando la acusación proviene de una institución estatal y de menor envergadura cuando se trata de denuncias elevadas por los medios de comunicación orales, escritos o en red.

¹⁷ Cfr. los argumentos presentados por la ONG Human Rights Watch en calidad de amicus curiae ante la Corte Constitucional del Ecuador a propósito de la causa No.0026-11-IN. (en relación con las leyes de desacato): *“El 25 de mayo de 2011, la organización no gubernamental Fundamedios presentó ante [la Corte Constitucional de Ecuador] una demanda de inconstitucionalidad [contra] el artículo 230 del Código Penal ecuatoriano, el cual establece que: ‘El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América’. Conforme a estándares y jurisprudencia internacionales (...) este tipo de normas —que penalizan aquellas expresiones que ofenden, insultan o amenazan a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales— son conocidas como ‘leyes de desacato’ y son violatorias del derecho a la libertad de expresión”*. No obstante, como se recuerda en el mismo escrito, la *“utilización del derecho penal como factor intimidante para evitar críticas a los gobernantes todavía subsiste, pero estas leyes no son compatibles con una sociedad democrática moderna”*.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ “El Uso de la Justicia y la Libertad de Expresión”, texto consultado en la red el día 18 de agosto de 2012 en el sitio: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=476%3Alibertad-de-expresion-demandas&Itemid=49

La jurisprudencia emitida por tribunales internacionales de derechos humanos ha sido reiterativa en afirmar que penalizar la denuncia en este campo puede traer consecuencias muy negativas para la efectiva realización del principio democrático al desincentivar la crítica y el ejercicio del control sobre la gestión pública. De ahí, que cuando se trate de sancionar posibles excesos, debe darse prioridad a medidas que no afecten el principio democrático, como puede ser la rectificación o el derecho de réplica. En caso de imponerse sanciones de tipo penal o civil, estas deben ser proporcionadas al daño provocado. Se ha sostenido, incluso, que si una disculpa pública ampliamente difundida resulta apta para remediar la afectación del derecho al honor o al buen nombre, debe preferirse y, entonces, no cabría sanción civil.

Piedra de toque de este enfoque es la necesidad de fortalecer el control sobre la gestión pública en una sociedad democrática que puede verse sensiblemente limitado e incluso completamente obstruido cuando se imponen sanciones desproporcionadas cuyo objetivo no radica tanto en reparar el daño, sino en desmotivar la denuncia o, lo que es peor, en silenciar a la opinión pública.

Precisamente teniendo en la mira la imperiosa necesidad de garantizar que las cuestiones de interés común no queden al margen del debate público y que se fortalezca el ejercicio del control respecto del desempeño de los servidores públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el punto²⁰. En general, se ha resaltado²¹:

“El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre su gestión, así como la participación ciudadana más amplia. Por ello, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como

²⁰ Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86-88; Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 152 y 155, Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 125 a 129; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 87; Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115

²¹ Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, consultado en la página web: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion> el día 29 de agosto de 2012.

sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado. En este sentido, los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública”.

Cabe mencionar en este lugar un aparte del comunicado de prensa – R20/12– emitido por los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión el 16 de febrero de 2012 a propósito de la condena contra varios periodistas en el Estado de Ecuador²² –se destaca–:

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha establecido hace más de una década que la utilización del derecho penal para sancionar expresiones sobre funcionarios públicos vulnera el artículo 13 de la Convención Americana, que protege la libertad de expresión. No hay un interés social imperativo que justifique esta utilización, la cual resulta innecesaria y desproporcionada, y además puede constituir un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador e inhibitor del debate sobre asuntos de interés público.

El principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH sostiene que: ‘Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información’. Por su parte, el principio 10 de la misma Declaración establece que ‘Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas’.

La Corte Interamericana también ha establecido, en cuanto a la eventual responsabilidad civil, que las condenas civiles en materia de libertad de expresión deben ser estrictamente proporcionadas de manera que no causen un efecto inhibitorio sobre esta libertad, ya que ‘el temor a la sanción civil, ante la pretensión [...] de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a

²² “La Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Catalina Botero Marino, y el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, manifiestan su profunda preocupación por la decisión de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, que confirmó la sentencia penal y civil en contra de tres directivos y un periodista del diario *El Universo* a 3 años de prisión y a pagar 40 millones de dólares, por la publicación de una columna que ofendió al Presidente Rafael Correa”.

todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público’.

Por su parte, la Relatoría de las Naciones Unidas ha expresado que, de acuerdo con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor nivel de escrutinio y de crítica en función de la calidad pública de su cargo”.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enumera un conjunto de criterios de suma utilidad para orientar la decisión en caso de presentarse conflicto entre bienes jurídicamente protegidos, como lo son el derecho a ejercer control sobre la actuación eventualmente delictuosa de servidores públicos y el derecho a preservar el derecho a la honra y/o al buen nombre de estos funcionarios supuestamente implicados en la comisión de delitos que afectan el interés general: i) *“principio de distinción de personas públicas en asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado; ii) principio de aplicación del estándar de la ‘real malicia’; iii) “principio de la inversión de la carga de la prueba”.*

En relación con el primer criterio, debe establecerse en qué calidad actúa el funcionario público, pues la estrictez con que se juzgue una eventual vulneración del derecho a la honra y al buen nombre dependerá de si la denuncia que se le formula y, que puede llegar a desconocer tales derechos, se fundamenta en un hecho o actuación realizada en ejercicio de su gestión como funcionario público que afecta el interés general. En esta eventualidad tendrá el funcionario público que soportar una mayor injerencia en el control de su gestión por estar de por medio la garantía del principio democrático y, en tal sentido, la necesidad de asegurar la debida observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas.

Respecto del segundo criterio se tiene que, al estar las autoridades públicas sujetas a un mayor y más profundo escrutinio en su gestión, una de las pautas para establecer si se cumple con los requerimientos básicos para denunciar un posible hecho irregular que se les endilgue, es el haber obrado quien denuncia de manera diligente y ausente de dolo. Dicho en otros términos: la denuncia no debe hacerse a la ligera; debe soportarse fáctica y jurídicamente.

El tercer criterio utilizado en la resolución del conflicto que acá se plantea, se relaciona con la necesidad de que el funcionario objeto de las denuncias pruebe la ligereza en que se incurrió cuando la entidad a la cual está

vinculado en calidad de servidor público elevó denuncia por hechos que eventualmente pueden afectar su honra y su buen nombre.

Ahora, en párrafos anteriores indicó la Sala los motivos por los cuales en el presente asunto no puede perderse de vista que el escenario en el que aparece el conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos es el correspondiente a la institución estatal –Senado de la República–, entidad que eleva graves acusaciones de orden penal respecto del actor en el proceso de la referencia. Como ya se mencionó y se explicará con mayor detalle adelante, las exigencias que corresponde cumplir a las entidades estatales cuando denuncian a funcionarios públicos, se juzgan con mayor rigor.

5. El caso concreto

La controversia tiene que ver i) con la investigación adelantada por la Oficina Jurídica del Senado de la República, sobre los pagos y cobro de la prima de antigüedad reconocida a los empleados del Senado por la Ley 25 de 1973, que dio lugar a la información aparecida en los *Anales del Congreso*, por cuanto la oficina en comento rindió un informe sobre el tema que se dio a conocer el 20 de julio de 1981; ii) con la denuncia penal formulada en averiguación por el investigador fiscal de la Contraloría General de la República y por funcionarios de la Oficina Jurídica en mención y, iii) con las implicaciones de la investigación tanto en la eventual afectación de los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez como en su no reelección en la Secretaría General del Senado, luego de más de quince años de vinculación al cargo.

En lo concerniente a la investigación adelantada por la Oficina Jurídica del Senado y a la posterior publicación de la misma en los Anales del Congreso, las que, como lo afirmó el actor en el escrito de demanda, contribuyeron a convertirlo en “*chivo expiatorio*” de una situación en la que nada tuvo que ver, pero a la que se le confirió amplia repercusión en los “*medios hablados y televisados*”, corresponde a la Sala analizar hasta qué punto las entidades estatales que formularon las denuncias cumplieron con las cargas exigibles para instaurar una denuncia que afecta de manera sensible el derecho constitucional fundamental a preservar la honra y el buen nombre del que los funcionarios públicos son también titulares.

Respecto de la manera como deben fijarse las prioridades al decidir el *sub lite*, no puede perderse de vista la necesidad de distinguir los dos escenarios a los que atrás se aludió, entre otras cosas, porque en el asunto bajo examen la persona objeto de las denuncias no solo cumplía una tarea

al servicio del interés general, como lo es la Secretaria General del Senado de la República, sino por cuanto lo había hecho por quince años consecutivos.

Lo anterior remite precisamente a la necesidad de ejercer un escrutinio más profundo y de cara a la opinión pública sobre la gestión realizada por este servidor público que desempeñó sus funciones en el escenario de representación democrática más importante de la Nación. Ante una denuncia de semejante magnitud elevada por la entidad para la que prestó sus servicios el funcionario público, la prensa no podía hacer cosa distinta que publicarla.

Ha de destacarse acá lo que ya se subrayó anteriormente y es el grado de credibilidad que suelen tener las denuncias emitidas por parte de entidades estatales sobre posibles irregularidades cometidas por funcionarios a ellas vinculados o en general vinculados a dependencias estatales. En esta línea de pensamiento cabe aplicar la jurisprudencia nacional e internacional reiterada y debe concluirse que la prensa obró con la diligencia exigida atendidas las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, si se repara en i) la importancia del cargo público que ostentaba el señor Amaury Guerrero; ii) el hecho de haber sido reelegido para el desempeño de tan importante investidura por quince veces consecutivas; iii) el momento político en se presentaron los hechos, esto es, el instante en que debía decidirse sobre una eventual reelección del Secretario General del Senado de la República, fácilmente se concluye que los aspectos enumerados realzan que la necesidad de alertar a la opinión pública era en aquel entonces más que ostensible e indispensable a fin de agudizar el escrutinio público respecto de la gestión adelantada por el Secretario General del Senado de la República.

Dicho de manera distinta, lo anterior explica y justifica la necesidad de informar a la opinión pública tanto más cuanto la denuncia no solo estaba sellada con la credibilidad que le imprime provenir del seno mismo de la institución, donde el presunto implicado había prestado sus servicios, sino que recaía sobre un funcionario que se había desempeñado en su cargo durante amplio lapso.

Cuando se trata de los medios de comunicación –orales, escritos o por red–, el criterio de veracidad de la información si bien es cierto mantiene su vigencia, justo en ese escenario ha de ser evaluado y calibrado a la luz de un criterio más amplio, dado que el nivel de información del que se dispone es diametralmente diferente, así que ante la sospecha de probables delitos cometidos por servidores públicos, no puede esperarse la prensa a tener elementos de juicio totalmente robustos; su deber es informar. En

consecuencia, el nivel de veracidad y de imparcialidad que debe garantizar la información emitida, se juzga de modo menos estricto, toda vez que se atiende a un interés superior, cual es, ejercer el control del poder político.

Al medio se le exige, en efecto, actuar sin menosprecio por la verdad, esto es, se espera que adelante una labor de verificación de los hechos incluidos en la información, sin caer en el exceso de pretender que todos los hechos estén suficientemente probados. Desde muy temprano, la Corte Constitucional ha protegido a la prensa así la información presentada no sea del todo exacta. Ha insistido el alto tribunal que en definitiva lo que debe apreciarse es el proceso de recopilación de información en su conjunto y, en especial, la actitud del periodista de buscar la verdad y ser lo más diligente posible a lo largo del íter informativo. Entretanto, exigir una mayor diligencia a los medios de comunicación podría equipararse a la imposición de censura previa, asunto éste, que está prohibido claramente por el ordenamiento constitucional y por el derecho internacional de los derechos humanos.

En últimas, que las exigencias sean diferentes en los dos escenarios se explica por la importancia que adquiere la prensa para la realización de la democracia y para el ejercicio del control sobre la gestión pública. Vale traer a colación los principales lineamientos sentados por la Corte Constitucional cuando se presenta un conflicto entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad. En términos generales, le ha dado la Corte prelación al derecho de información en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Ha dicho la Corte²³ –se destaca–:

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998. Los hechos de la sentencia pueden resumirse como sigue: El alcalde de Silvia, Cauca, Heber Jair Otero Velasco, interpuso acción de tutela contra la Revista Semana por cuanto estima que ésta le vulneró sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la honra y el buen nombre, la intimidad y el debido proceso. Alega el actor que la revista demandada publicó un artículo con el título ‘Los alcaldes de la guerrilla’, *“en el cual acusa a 138 alcaldes del país de tener vínculos directos con la subversión, y a otros 412 de ser sus colaboradores. Señala el actor que en las páginas 27 y 28 se hace la siguiente afirmación: ‘El documento conocido por Semana en fuentes del Ejército, indica que al menos 138, es decir, el 13.1% de los 1059 alcaldes del país, ‘están vinculados directamente’ con los insurgentes. El análisis castrense agrega que otros 462, es decir el 44% de los mandatarios locales, ‘se encuentran bajo influencia de terroristas’ (...)’.* Agrega que en la revista ‘se menciona detalladamente a cada uno de los alcaldes que están vinculados con la guerrilla, en donde aparece el nombre del municipio del cual soy alcalde’”. En respuesta a la acción de tutela el apoderado de la revista Semana manifiesta que, *“como bien se había expresado dentro del mismo artículo, el informe por ella publicó se basó en un documento del Ejército Nacional. Señala que la revista se limitó a comentar el mencionado documento y que, por lo tanto, la responsabilidad sobre la veracidad de los datos en él contenidos recaía únicamente en su autor (...) El Ejército Nacional negó desde un principio haber suministrado a Semana el documento que le habría servido de base para el artículo cuestionado. Reconoció que, a raíz del asesinato de varios alcaldes, esa institución realizó un estudio para determinar el nivel de riesgo de los burgomaestres, pero reiteró que no había hecho juicios acerca de sus posiciones políticas o ideológicas. Esta*

“Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales –y de los poderes privados–. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes.

No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad.

El hecho de que, en general, no haya lugar a un reproche constitucional por la publicación de artículos o de información relacionados con la actitud y desempeño políticos de [las autoridades públicas], no significa que cualquier tipo de aproximación periodística –y todo tipo de publicación– sobre estos temas sea constitucionalmente aceptable.

El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.

Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión prima facie no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información.

La mencionada peculiaridad del derecho a la información ha conducido a la Corte a definirlo como un derecho de doble vía.

La definición en cada caso concreto de lo que es veraz puede arrojar muchas dificultades. Aún cuando en algunas situaciones se podrá concluir fácilmente que una información no es veraz, en un buen número de casos pueden existir diferentes apreciaciones sobre una noticia. Pero más aún, en muchos eventos puede ser imposible para el informador determinar con precisión si el hecho que

declaración fue reiterada posteriormente, a raíz de varios fallos de tutela, en un comunicado que difundió el Ministerio de Defensa por diversos medios de comunicación”.

llega a su conocimiento es absolutamente cierto o no. Si en este último caso se aplicara una noción absolutamente estricta de veracidad se podría paralizar la actividad investigativa de los medios de comunicación, con lo cual se afectaría en forma fundamental su labor de control de las instancias de poder.

La aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. En algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad –puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales, como ocurre, por ejemplo, cuando un medio manifiesta que sus afirmaciones se fundamentan en documentos emitidos por una entidad determinada, y ésta demuestra que sus escritos expresaban todo lo contrario–, en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información –cuando, por ejemplo, la información suministrada en sí misma es cierta, pero hace caso omiso de algunos elementos, cuya presencia le otorga un cariz completamente distinto a la noticia–, y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad.

Es, fundamentalmente, en estos dos últimos eventos en los que el medio debe dar muestras de su imparcialidad. De acuerdo con este principio, el periodista debe guardar cierta distancia respecto de sus fuentes y no aceptar de plano, de manera irreflexiva, todas sus afirmaciones o incriminaciones. Por el contrario, las informaciones que le sean suministradas por ellas deberán ser contrastadas con versiones distintas sobre los mismos hechos, de parte de los implicados o de personas conocedoras de la materia que se debate. Asimismo, el comunicador deberá cuestionar sus propias impresiones y preconcepciones, con miras a evitar que sus preferencias y prejuicios afecten su percepción de los hechos”.

En la sentencia T-218 de 2009 reiteró la Corte su jurisprudencia y llegó a las siguientes conclusiones sobre el punto²⁴:

“El conflicto es inherente a la vida social, estando cualquier persona en posibilidad, actual o potencial, de ser sujeto activo o pasivo de la vulneración de los derechos. Con todo, en las relaciones sociales, determinados individuos u organizaciones públicas o privadas ostentan posiciones de supremacía o predominio, desde las cuales agencian fines colectivos y ejercen controles recíprocos, con posibilidad de afectación de los derechos ajenos en grados que escapan al alcance del ciudadano común. Este tipo de poder implica una desigualdad en la relación que se establece entre los que lo detentan y los demás: ‘El poder siempre implica relaciones asimétricas (...), es preciso enfatizarlo, siempre implica desigualdad’. En tal sentido, la doctrina ha considerado que los medios de comunicación masiva son un poder, que aunque sustraído del concepto tradicional del Poder Público, entra en el juego de los equilibrios, pesos y contrapesos de una sociedad.

²⁴ En aquella ocasión le correspondió a la Corte establecer si fueron vulnerados “los derechos al buen nombre, a la honra y a la presunción de inocencia de un personaje público vinculado a la política, cuando en una columna de opinión se da a entender que esa persona es responsable de haber cometido irregularidades contractuales y de estar comprometida por negligencia en la afectación de recursos públicos, sin que ello haya sido declarado así por las autoridades competentes y sin que los hechos a partir de los cuales se hacen tales afirmaciones hayan sido comprobados, cuando el periodista manifiesta que por tratarse de una columna de opinión ello no era necesario”.

El Tribunal Constitucional Español calificó la actividad de los medios como 'función constitucional', por formar parte del sistema de pesos y contrapesos que configura una democracia y por ser un instrumento para prevenir la arbitrariedad de los gobernantes. También la doctrina concibe a los medios de comunicación como actores esenciales de la vida democrática, por lo que entre sus objetivos debe estar el 'brindar información sobre los acontecimientos que tienen un significado de trascendencia por lo que toca a la formación del destino de un país y su sociedad, así como ser contrapeso, escudriñador y expositor de los excesos de poder'. De otra parte, la Corte Constitucional ha manifestado que 'los medios constituyen verdaderas estructuras de poder cuyo creciente influjo en los más variados ámbitos de la vida social los sustrae de la simple calificación de 'particulares', por oposición al concepto de 'autoridades públicas', para ubicarlos, dentro de un contexto realista, como organizaciones privadas cuya misma actividad las dota de gran fortaleza, razón por la cual sus actos u omisiones afectan a la comunidad entera y, en caso de lesionar los derechos fundamentales de los asociados, lo hacen con un incontrastable efecto multiplicador. Ambos enfoques confirman la condición estructural aludida de los medios masivos de comunicación.

Por la función que desempeñan los medios de comunicación y la naturaleza del oficio de informar en las sociedades abiertas, la actuación de los medios es forzosamente pública y unilateral: la restricción del carácter potencialmente masivo de los mismos sería su negación; y la imposición de la aquiescencia previa del sujeto de información, como condición para la publicación de una noticia, entrañaría censura y vulneración del derecho constitucional de informar y ser informado. Estos rasgos inherentes a la libertad de prensa potencian la situación de desventaja del individuo frente a ellos, con riesgos para la efectiva defensa de sus derechos. De ahí que la Corte Constitucional defina la relación entre individuo y medio masivo como una de aquellas situaciones que admite el amparo constitucional por la vía de la acción de tutela".

A partir de lo expuesto es dable confirmar la importancia de distinguir i) el nivel de exigencia que debe cumplir el control institucional ejercido por una entidad estatal respecto del desempeño de sus funcionarios o funcionarios vinculados a otras dependencias estatales y ii) el grado de exigencia que debe satisfacer la prensa cuando pone en conocimiento de la opinión pública la posibilidad de estarse presentando o haberse presentado irregularidades cometidas por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones que atentan contra el bien común y el patrimonio público.

Si bien los criterios aplicables suelen coincidir en una y en otra eventualidad, el nivel de exigencia que se asigna para cumplirlos es diferente. En general, puede sostenerse que la Corte ha seguido con firmeza una línea jurisprudencial que en caso de conflicto confiere preeminencia a la libertad de prensa sobre los derechos constitucionales fundamentales al buen nombre y a la honra, por cuanto quien asume un cargo en el servicio público se expone de modo voluntario a ser objeto de enjuiciamiento por parte de la sociedad, con lo cual, deja de lado al menos una parte de la esfera tutelada constitucionalmente.

De esta suerte, el funcionario público ha de estar en disposición de aceptar y soportar ataques que no estaría obligado a tolerar en el ámbito privado. Ahora si, en efecto, el derecho a la honra y al buen nombre de servidores públicos debe ser respetado, el margen de protección en relación con quienes prestan un servicio público disminuye sensiblemente al estar en juego la defensa del interés público y del bien de la comunidad.

Cosa distinta sucede con la actuación de la propia entidad en la que desempeñó su gestión el señor Amaury Guerrero –Senado de la República. La pregunta que surge a continuación es hasta qué punto la entidad obró con la debida diligencia y ausencia de dolo exigidas al formular su denuncia ante el Juez Seccional de Instrucción Criminal en averiguación por los delitos de peculado, falsedad y prevaricato, situación que afectó los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del ciudadano Amaury Guerrero.

Cuando integrantes de una institución pública –para el caso de autos el Senado de la República– detecta posibles actuaciones delictivas realizadas por servidores públicos a ella vinculados o vinculados a otra dependencia estatal, debe poner en marcha los mecanismos que estén a su alcance a fin de determinar la solidez y contundencia de las sospechas. En pocas palabras, las instituciones estatales disponen de la información necesaria para asegurar que las denuncias formuladas por servidores públicos se encuentren suficientemente sustentadas, es decir, cuentan con pruebas contundentes y no se apoyan en meros rumores, chismes o maniobras manipuladoras.

Procurar que ello sea así es su obligación no sólo en atención a la información institucional de que disponen, sino, entre otras cosas, porque bajo tales circunstancias, siempre se debe partir del respeto por el principio de legalidad y por las formas propias de cada juicio, lo que implica también garantizar el principio de presunción de inocencia.

De suerte que si esas exigencias no se observan a cabalidad, de inmediato se activa el criterio de la “*real malicia*” y fácilmente puede establecerse la responsabilidad estatal por el daño antijurídico causado.

En el caso bajo examen se tiene que la Oficina Jurídica del Senado presentó, en efecto, un informe ante el Congreso de la República el **20 de julio de 1981** –que aparece publicado en los Anales del Congreso el **30 de julio del mismo año**–. En dicho informe se da cuenta de las supuestas irregularidades presentadas en relación con el pago de prima de antigüedad. Se establece que los pagos fueron “*verificados por la Pagaduría*

del Senado, luego los realizados por Juzgados Laborales del Circuito. La inexistencia de título ejecutivo. El valor probatorio de las certificaciones allegadas a los procesos. La prescripción. Y más adelante se sostiene:

“4.3. Pagos verificados por la pagaduría del Senado, contrariando las normas reguladoras de la prima de antigüedad

(...)

Con anterioridad al 17 de marzo de 1976 se realizaron pagos

(...)

Cinco casos típicos

AMAURY GUERRERO (NÓMINAS COBRADAS) –subrayas de la Sala–.

(...)

Sobre el particular, el actor en la presente acción enfatizó mediante escrito fechado **23 de julio de 1981** que había sido “*víctima de infames calumnias contra [su] patrimonio moral*”. Manifestó su total desacuerdo con el informe presentado por la Oficina Jurídica del Senado de la República y consideró que era “*un documento oficioso, mendaz y plagado de falsedades, con las cuales se demuestran la inidoneidad (sic) e incapacidad moral de quienes lo suscriben*”. Y añadió de manera enfática:

“Se me formula el cargo de que en una misma nómina aparece cancelada a mi favor varias veces, y para mayor confusión, se cambian las fechas, señalo el caso de la nómina número 199 por valor de \$ 74.872.,⁴² penúltima de la relación que aparece el pasado 23 del mencionado informe.

En la misma relación se incluye dicha nómina sin número y con diferente fecha.

La Oficina Jurídica se cuidó en su informe y no explicó el cruce de fechas y los conceptos de cada nómina para confundir a los honorables Senadores y a la opinión pública.

Ciertamente se trata de nóminas canceladas unas veces como prima básica de antigüedad, nóminas por concepto de prima técnica, con el objeto de conformar la figura insólita de un doble pago por un mismo concepto. En otro caso, el tiempo cobrado aparece inflado para dar la impresión que se está ante un pago doble por el mismo tiempo servido.

Las sumas de las nóminas que se cancelaron en algunos casos varían en relación con las sumas que indica la oficina jurídica.

Solamente otorgué poder para las reclamaciones judiciales después de que el Presidente de la Corporación, por escrito absolvió mi conducta en el sentido de que los derechos salariales, bien podían ser reclamados judicialmente sin que tal actitud implicara una conducta reprochable (...).”

Pudo verificar la Sala asimismo que el pagador del Senado de la República presentó informe fechado **27 de julio de 1981** en el que relacionó los pagos efectuados al señor Amaury Guerrero por el concepto de prima de antigüedad, entre 1974 y 1979, así como certificó los siguiente –se destaca–:

“ninguna de las nóminas anteriormente discriminadas constituye la cancelación respectiva de la Prima de Antigüedad por un mismo periodo; pues, las respectivas liquidaciones se realizaron de conformidad con los incrementos ascendentes entre

el 10% y el 50% con base en los aumentos de sueldos periodos autorizados por las normas legales (sic).

Que las reliquidaciones de Prima de Antigüedad correspondientes al Doctor Amaury Guerrero se encuentran consignadas en nóminas que se derivan de los periodos cancelados sin la inclusión de los incrementos adquiridos a título de Prima de Antigüedad, dentro de los porcentajes indicados en el punto anterior.

Que las certificaciones de Reliquidaciones de la Prima de Antigüedad que se expiden para cobros Judiciales, se refieren a sumas que no pudieron ser canceladas directamente por la Pagaduría, debido a la carencia de apropiaciones presupuestales para tales erogaciones.

Que de acuerdo con el punto anterior la Pagaduría, en su oportunidad, hizo la liquidación total de la Prima de Antigüedad a favor del Doctor Amaury Guerrero y dedujo las sumas pagadas por conducto de la Pagaduría y se le certificó la diferencia que no se la había cancelado, en cuantía de \$248.629,71 y \$734.649,46.

Que las nóminas detalladas en la presente certificación se cancelaron por la Pagaduría con el lleno de las formalidades Administrativas y Fiscales”.

No obstante, se constató que el **4 de agosto de 1981** el investigador fiscal de la Contraloría General de la República e integrantes de la Oficina Jurídica del Senado de la República presentaron denuncia penal ante el Juez Seccional de Instrucción Criminal en averiguación, por los delitos de peculado, falsedad y prevaricato:

Bogotá D.C., Agosto 04 de 1.981

De: JAIRO PALMA – Investigador Fiscal

Para: JORGE A. HORTA C. –Jefe Seccional de instrucción Criminal

REFERENCIA: Denuncia Penal presuntos delitos de peculado, falsedad y prevaricato.

El trabajo a desarrollar consistió específicamente en establecer los diversos aspectos relacionados con los JUICIOS EJECUTIVOS entablados contra la nación por el NO pago por parte del H. Senado de la República de las PRIMAS DE ANTIGÜEDAD Y CARESTIA que con anterioridad se habían dispuesto para el personal administrativo de la entidad.

Las personas que tenían y pretendían tener derecho a las primas dieron poder al Doctor Agustín Gómez Torres, quién instauró las demandas correspondientes ante los juzgados laborales del circuito de Bogotá – reparto.

El suscrito investigador fiscal se trasladó a los diversos juzgados laborales del circuito de Bogotá y obtuvo fotocopias auténticas de cada uno de los juicios ejecutivos, con excepción del tramitado en el año de 1981 por el juzgado 16 y cuya cuantía ascendió a la suma de \$39'045.326,67.

(...)

Es así como se estableció que fueron bastantes las personas que dieron poder hasta por cuatro (4) veces al abogado para que los representara en los juicios respectivos (ver los procesos que reposan en los diversos juzgados laborales). En casi la totalidad de estos casos volvían a liquidar los periodos ya cancelados con anterioridad y solo en alguna nómina se especificaban que es por RELIQUIDACIÓN o por REAJUSTES.

(...)

Señor juez; no obstante la claridad de las normas antes citadas y de la sentencia del Consejo de Estado de fecha 5 de abril de 1979 (folios 125 a 130) en que se pronuncia respecto de la NO retroactividad de la prima de antigüedad, no fue óbice para que a la mayoría de los beneficiados con los pagos por los fallos judiciales se les cancelara por periodos que van de 1958 a la fecha de las demandas (ver anexos 1 y 3-folios 17 a 26 y 40 a 64).

(...)

En los folios 27 a 39 se hace un exhaustivo estudio de las personas que cobraron la prima de antigüedad o mejor que tramitaron dicha prima por más de un juzgado laboral (ver anexo n.º 2). Allí se identifica a cada uno de los beneficiarios, el juzgado laboral, el periodo cobrado, el valor del capital y los intereses, su valor total, las observaciones del Ministerio Público si las hubo y las de la visita fiscal de la Contraloría.

Así se estableció que fueron bastantes las personas que se hicieron pagar hasta tres (3) veces esta prima, aduciendo en la mayoría de los casos reliquidación y reajuste (anexo n.º 2 –folios 27 a 39- ver además los procesos ejecutivos que reposan en los diversos juzgados laborales) –folios 36 del cuaderno n.º 1–.

En **septiembre y noviembre de la misma anualidad** los funcionarios de la Oficina Jurídica del Senado de la República ampliaron y ratificaron sus denuncias sin que se hubiere hecho alusión alguna a los descargos presentados por el señor Amaury Guerrero, pocos días después de haber sido presentado el informe ante la plenaria del Congreso. Tampoco se hizo alusión alguna al documento presentado por el pagador del Senado de la República, en el que da fe de que los pagos hechos al señor Guerrero estuvieron ajustados a la legalidad (ver transcripción del documento supra numeral 3.6.)

Si bien para la Sala es evidente que el derecho a la honra no puede menoscabar la divulgación de datos de interés general y, por esta vía, quedar sustraído del libre escrutinio público la conducta de funcionarios públicos y personas de la vida nacional sobre cuya conducta recae el interés de la comunidad, en particular, cuando ello tiene que ver con funciones públicas, relacionadas con el ejercicio del poder político, para el efecto la Secretaría General del Senado de la República, no puede pasarse por alto la obligación puesta en cabeza de las entidades estatales de obrar con diligencia y al margen de actuaciones maliciosas o dolosas cuando formulan denuncias de la magnitud de la formulada en contra del señor Amaury Guerrero Agámez.

Como ya se señaló, el informe fue objetado por el actor y fue cuestionado por el propio pagador del Senado de la República mediante informe que presentara antes de elevarse acusación formal ante la Fiscalía el 4 de agosto de 1981. Importa insistir acá nuevamente que las obligaciones de

hacer efectiva la presunción de inocencia y de respetar la honra y el buen nombre se agudiza en proporción a la magnitud de las acusaciones –en el *sub lite* de orden penal–. Esas obligaciones sin embargo no fueron cumplidas por el Senado de la República. Tanto es ello así, que el 30 de marzo de 1994 la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General declaró extinguida la acción penal. Sin embargo, el señor Amaury García renunció a la prescripción a la que se acogieron otros demandados, con el propósito de llevar hasta las últimas consecuencias el juicio que debía restablecerlo en su honra y buen nombre. Fue así como la propia Fiscalía precluyó la investigación en su contra apoyada en los motivos que se transcriben a continuación –se destaca–:

“En cuanto respecta a AMAURY GUERRERO AGÁMEZ exceptuando con la decisión a tomar de preclusión de la acción por prescripción de la misma (sic) ha de sostenerse que tal exclusión obedece al hecho de que éste sujeto procesal hizo uso de sus derechos a renunciar a la prescripción de la acción penal, pronunciamientos de tal índole que encontramos fue hecha ante las autoridades competentes como el Juez Superior en mayo 21/81 cuyo texto se insertó en documentos públicos, concretamente en los anales del Congreso No. 84 de fecha jueves 30 de Julio/81, página 1082 donde consta “...es más, en lo que a mí respecta, desde ahora renuncio a la prescripción de la acción...” y reseña de esa renuncia encontramos a folio 70 C1, por lo que frente a tal situación no puede hacerse pronunciamiento de prescripción que cobije a Guerrero Agámez, siendo entonces procedente entrar a calificar su conducta, pues la decisión de cierre de investigación respecto de él no está afectado por el ya comentado fenómeno jurídico (de prescripción).

(...)

Frente a esta situación, existe situación de doble cobro de primas, como lo asevera el investigador en este proceso. En criterio de ésta Fiscalía y analizados detenidamente los documentos que se refieren a este aspecto, llega a la conclusión que no hay tal cobro doble. Para esta manifestación se ha basado el Despacho en un documento que ha considerado que por provenir de la fuente misma de donde ha surgido el cuestionamiento en cita, tiene relevancia probatoria y es el certificado del Habilitado Pagador del H. Senado de la República, señor HUMBERTO CUARTAS GIRALDO, empleado público que emitió ídem documento que no ha sido tachado de falso (subrayas de la Sala).

Pero es que no solo en lo ya argumentado se basa este Despacho para alegar que no hubo pagos dobles, sino que en las diferentes constancias que el Habilitado pagador en cita expidió al indagado AMAURY, se expresa en forma clara y precisa, “...que ninguna de las nóminas anteriormente descritas constituyen la cancelación repetida de la prima de antigüedad por un mismo período, pues las respectivas liquidaciones se realizaron de conformidad con los incrementos ascendentes entre el 10% y el 50% con base en los aumentos de sueldos periódicos autorizados por las normas legales. “Y se aclara que las reliquidaciones al Dr. Amaury corresponden a períodos cancelados sin la inclusión de los incrementos adquiridos de prima de antigüedad dentro de los porcentajes de ley. Y como para que no quede la más mínima duda, en la certificación se indica claramente que cuando se expiden por esta Pagaduría constancias para cobro de dicha prima por la vía judicial, “...se refieren a sumas que no pudieron ser canceladas directamente por la pagaduría debido a la carencia apropiaciones presupuestales para ello...que en su oportunidad se hizo la liquidación total de la prima de antigüedad a favor del Dr. Amaury Guerrero y se dedujo las sumas pagadas por conducto de la Pagaduría y se le certificó que esas nóminas que

pagó tal oficina se hizo con el lleno de los requisitos y formalidades administrativas y fiscales (Fl. 279 a 283).

Entonces, siendo lo consignado en la referida constancia tan claro y contundente y procediendo la información de la fuente misma, como son los archivos de nóminas y demás documentos del caso, debe ser de credibilidad a esta prueba y consecuente con ella severar (sic) que, como dice el subjudice Amaury, no hubo cobro doble, y es que, además, si observamos la inspección judicial efectuada a los procesos tramitados en los diferentes Juzgados laborales, nos damos perfecta cuenta que en las nóminas, documentos que sirvió como título base de la ejecución, se halla constancia del habilitado Pagador sobre que las personas que se encuentran en cada una de esas nóminas no han recibido pago por ese concepto (primas de antigüedad y técnica) en razón a que se carece de asignación presupuestal, anotación que en lo esencial coincide con la certificación que se expide a Amaury Guerrero.

(...)

En cuanto a la prima de antigüedad solo se podía cobrar a partir de 1974, pues la ley que la creó no la hacía retroactiva y pese a ello se cobró retroactivamente, entre otros por Amaury, y que tampoco podían cobrar más del 50 % de la prima de antigüedad, teniendo como referencia el salario básico, como tampoco se podía exceder el salario total del empleado al 75% de lo que percibía un congresista, lo cual se dice inobservó el indagado en referencia, tenemos:

(...)

Solo hasta el 12 de marzo/81 cuando los empleados, entre ellos el indagado AMAURY GUERRERO A., acogidos a las disposiciones legales de la Comisión de la Mesa y en general de todas las normas ya vistas, el Consejo de Estado a quien se le peticiona la consulta, se pronuncia y hace claridad al respecto.

Así las cosas, el Despacho estima que si conforme al concepto del Consejo de Estado se le efectuaron pagos que excedieron los porcentajes permitidos y que por aquella época no había claridad suficiente sobre ello, no encuentra esta oficina fiscal culpabilidad alguna en tal situación porque éste encartado, como todos los demás, no hizo cosa distinta que acogerse a las disposiciones legales que emitía la Comisión de la mesa que les daba el derecho a efectuar esos cobros. Si no tenían derecho conforme posteriormente se indicó, para recibir esas sumas, lo procedentes es que se les hubiera hecho reintegrar lo que en exceso se les pagó.

Además hay que tener en cuenta que en lo que respecta a Amaury él no era el ordenador del gasto, pero aclarada posteriormente la situación con la suficiente autoridad como fue por parte del Consejo de Estado, no quedaba exento de reintegrar, como ya se dijo.

Su proceder, ya bien analizado no es constitutivo de delito contra la fe pública, pues nadie redargüido de falso los documentos que a él se refieren y no hay la más mínima prueba de ello, solo se le endilga lo que ya fue objeto de consideración en párrafos precedentes.

De otra parte, como hay referencia en el proceso especialmente en uno de los anexos sobre irregularidades presuntamente presentadas en la adquisición de muebles y equipos para el H. Senado de la República debe el Despacho hacer pronunciamiento sobre ello indicando que se ha estudiado cada cuaderno del expediente y no se encuentra acusación concreta contra AMAURY GUERRERO. Se pudo constatar que éste señor acusado no tenía ninguna intervención en esos asuntos como quiera que ellos eran del resorte del ordenador del gasto que lo era el Presidente del Senado y más concretamente una comisión de la que Amaury no hacía parte. Además el expediente del que nos ocupamos se encaminó hacia lo

relacionado con las primas salariales ya vistas y nada o poco se hizo sobre los mentados contratos y por ende se carece de pruebas sobre ello.

Ante la inexistencia de medios probatorios que apunten de alguna manera hacia el referido acusado ya sea incriminándolo o exonerándolo, imperioso es sostener que la vía a seguir es abstenerse el Despacho de formulación acusación en su contra por este aspecto.

Todo lo considerado en esta resolución lleva al Despacho a manifestar que en este infolio procesal no se reúnen los requisitos de ley para acusar a AMAURY GUERRERO AGAMEZ, por manera que siguiendo los mandatos procesales se impone preclusión como decisión calificatoria”.

En consecuencia, considera la Sala que en el *sub lite* existen suficientes elementos de convicción para estimar que se ha configurado el daño consistente en la violación del derecho a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez por parte de la entidad demandada.

En lo que tiene que ver con la denuncia penal, la prueba documental permite inferir que el señor Amaury Guerrero fue vinculado al proceso penal, sindicado por funcionarios de la Oficina Jurídica dentro del marco de la investigación iniciada en razón de la denuncia formulada por la Contraloría General de la República de los delitos de peculado, falsedad y defraudación al tesoro público, dados los cobros en exceso en que habrían incurrido algunos funcionarios del Senado de la República y que, posteriormente, funcionarios vinculados a la oficina jurídica de la alta cámara, quienes fueron comisionados por el Presidente del Senado para investigar el asunto, allegaron a la actuación los informes presentados a la plenaria el 21 de julio de 1981.

Podría sostenerse que *prima facie* y, en sentido estricto, la sola iniciación de una investigación disciplinaria, penal o fiscal no comporta la violación al derecho al buen nombre o a la honra sino que ese constituye el escenario natural y configura el cumplimiento del deber de adelantar la actuación en la cual el vinculado contará con las oportunidades legales y constitucionales, de ejercer su derecho de defensa²⁵. No obstante, ya se expuso en párrafos anteriores, cómo la jurisprudencia internacional y nacional coincide en que el límite o frontera de esa actuación imprescindible para garantizar la efectiva materialización del control de la gestión pública y la plena realización del principio democrático se encuentra precisamente en las actuaciones dolosas o culposas de quienes elevan denuncias que adolecen de todo sustento fáctico, cuestión que, como también se explicó, comprende a la prensa escrita, oral o en red, pero se aplica con mayor rigor respecto de

²⁵ Sentencia C-720/06 23 de agosto de 2006. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández

las instituciones estatales que elevan denuncias en relación con servidores públicos vinculados a sus dependencias o a otras dependencias estatales.

En el caso concreto lo que se observa es que la entidad estatal demandada denunció un conjunto de irregularidades que, al menos respecto del señor Amaury Guerrero, no estuvo en capacidad de probar, motivo por el cual fue precluida la investigación en el año de 1994 como consta en las pruebas allegadas al expediente. Insiste la Sala en que, tal como se presentaron los hechos en el asunto bajo examen, los derechos al buen nombre y al honor del señor Guerrero fueron desconocidos por actuaciones atribuibles al Senado de la República, generando un daño moral que debe ser reparado.

En cuanto al daño moral ha dicho la doctrina que consiste en *“todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, pudiendo ser un sufrimiento físico, en cuyo caso la indemnización que lo compensa recibe el nombre de pretium doloris o un sufrimiento moral de origen diverso, en el cual la víctima sufre principalmente en su reputación, en sus autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio, en su integridad intelectual, afecciones, etc.”*²⁶.

La jurisprudencia de esta Sala ha definido el daño moral como aquel que se origina en *“el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”*²⁷. Los rasgos característicos del daño moral han sido sintetizados así: i) se presenta de manera autónoma; ii) se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño, esto es, que sea: a) particular; b) determinado o determinable; c) cierto; d) no eventual y debe e) relacionarse con un bien jurídicamente tutelado.

Existen en el plenario suficientes elementos de convicción que en conjunto conducen a afirmar, sin que haya lugar a dudarlo, que la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al honor y al buen nombre –bienes tutelados constitucionalmente–, ocasionaron al señor Amaury Guerrero Agámez un daño moral particular, determinable y no eventual.

²⁶ Julio César RIVERA, Gustavo GUIATTI, Juan Ignacio ALONSO “Cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Año IV, núm 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 317-398. Consultado en la página web www.juridicas.unam.mx, el día 22 de agosto de 2012.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de junio 30 de 2011, Rad. No. 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836), Cp. Danilo Rojas Betancourth.

En los considerandos de esta sentencia tuvo la Sala ocasión de recordar que la jurisprudencia constitucional ha adoptado el enfoque doctrinario encaminado a marcar una distinción conceptual entre el honor en sentido subjetivo y el honor en sentido objetivo. En esa línea de pensamiento, se ha recordado que mientras el honor desde una óptica subjetiva es *“dado por la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia, al margen de sus defectos y flaquezas”*²⁸ el honor, desde una perspectiva objetiva, es entretanto, *“el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano, es decir, la estimación ajena, fama o reputación”*²⁹.

En sentencia del 9 de Junio de 2010³⁰ el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de un señor por causas injustas, encontrándolo no culpable de las conductas que se le atribuían. La Corporación estimó que con dicha actuación la entidad demandada no solo lesionó el derecho a la libertad personal, sino que desconoció los derechos fundamentales al honor, el buen nombre y la honra, garantizados en la Constitución y consagrados también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos. En aquella ocasión el Consejo de Estado se pronunció como sigue acerca del derecho constitucional fundamental al honor:

“En el lenguaje ordinario³¹ ‘honor’ es la cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos, así como la ‘gloria o buena reputación’ que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas. De esta última acepción se puede extraer una definición de honor en sentido objetivo o trascendente, pero queda fuera de tal definición el aspecto inmanente o subjetivo. De ahí que no fuere de extrañar que las primeras definiciones de honor, dentro de la jurisprudencia, incidieran exclusivamente en el aspecto social del bien honor.

Sin embargo, ese doble carácter objetivo y subjetivo, sí que puede inferirse de la palabra ‘honra’ definida, entre otras acepciones, como ‘estima y respeto de la dignidad propia’ (sentido subjetivo) y buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito (sentido objetivo).

La palabra ‘fama’ se define en un doble aspecto: como ‘opinión que las gentes tienen de una persona’, lo que conecta con la dimensión objetiva o social del honor, y como ‘opinión que la gente tiene de la excelencia de un sujeto en su profesión o arte’. Esta última significación nos lleva a la idea de ‘honor’ en el sentido de ‘reputación profesional’³².

²⁸ Ibíd.

²⁹ Ibíd.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 9 de Junio de 2010. Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08775-01(19283). C.P. Enrique Gil Botero.

³¹ Diccionario de la Real Academia Española, edición 1992.

³² Vid. Infra, epígrafe: Honor y fama (entendida como reputación profesional).

Ya es clásica en nuestra doctrina la definición dada por DE CUPIS, el cual define honor como 'la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona'³³.

En esta definición, como en casi todas, se aprecia que el derecho al honor tiene un doble carácter, que ha sido recogido acertadamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el carácter subjetivo o inmanente y el carácter objetivo o trascendente. El primero viene determinado por la estimación que cada persona tiene de sí mismo. Mientras que el segundo de ellos consistiría en la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad³⁴.

Con la delimitación de ese doble carácter, inmanente y trascendente, se pretende señalar que los ataques al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad personal y familiar, como en el ambiente social o profesional en el que cada persona se mueve. Así pues, el honor es un derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás³⁵.

"Además, el derecho al honor, al igual que ocurre con el resto de derechos de la personalidad, tienen su fundamento en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad..."³⁶.

También indicó Sala³⁷ –se mantienen las citas a pie de página en el texto transcrito–:

"...en varias oportunidades la jurisprudencia nacional ha protegido los derechos a la honra³⁸ y al buen nombre³⁹ desde la perspectiva del carácter

³³ Vid. De Cupis, A., *I diritti Della personalità*, cit., págs. 251 y ss.

³⁴ "La inmanencia o sismicidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma; y la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad". Vid. Entre otras, STS de 23 de marzo de 1987 (RAJ 1716), de 26 de junio de 1987 y 2 de marzo de 1989.

³⁵ Vid. SSTs de 4 de febrero de 1993 (RAJ 824) y de 21 de julio de 1993 (RAJ 6273).

³⁶ Plaza Penades, Javier. *El derecho al honor y la libertad de expresión*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Págs. 31 y ss.

³⁷ En el caso concreto, se definió que la vulneración de los derechos en mención se produjo por la publicación en algunos medios de comunicación de la noticia en la cual aparecía la víctima como autor de los delitos sobre los cuales era acusado, y sobre los que fue finalmente absuelto. Siguiendo lo expresado, el Consejo de Estado precisó que: *"En relación con la reparación de este perjuicio, la Sala ha aceptado que aun cuando, en principio, se debería hacer una rectificación por parte de quien informó erróneamente utilizando similares medios e igual difusión, esto sólo es efectivo si se realiza en un período inmediato o cercano a la divulgación de la noticia, de lo contrario, podría tener un efecto contraproducente, de allí que, en estos casos la condena a una suma de dinero es lo adecuado"*. En el caso concreto se precisó que además de la vulneración de los derechos mencionados, también se presentaron torturas y por tanto, se vulneró de igual forma el derecho a la integridad personal. Ahora, en lo que tiene que ver con la indemnización, se precisó que debido a que el actor no solicitó de forma separada los perjuicios, sino que solamente solicitó indemnización por perjuicios morales, el juez no podía actuar más allá de lo solicitado (aspecto sobre el cual me encuentro en desacuerdo), y por tanto lo único que se hizo fue aumentar la indemnización por este perjuicio, en relación con lo que se había determinado en primera instancia. A su vez, se indicó que de acuerdo a los hechos de la demanda y las pruebas que se encuentran en el proceso, es evidente que el daño moral se presentó en su mayor magnitud. Además se indicó que en el caso se presentó un perjuicio moral en los demás actores (familiares), atendiendo a las reglas de la experiencia.

³⁸ "Esta corporación ha sostenido que el derecho a la honra, se refiere 'a la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la

objetivo del derecho al honor⁴⁰, no obstante, como quiera que todos estos conceptos hacen parte integral de los derechos de la personalidad y en atención a la condición inherente de valores fundamentales susceptibles de protección, se debe entender que integran un solo bien jurídico constitucional, por lo tanto, la vulneración por parte del Estado a alguno de estos derechos fundamentales debe ser indemnizado.

En este campo la jurisprudencia ha reconocido un margen muy amplio de configuración a las autoridades judiciales quienes, sin perder de vista la necesidad de obrar guiados por criterios de razonabilidad y por las reglas de la experiencia, pueden definir de manera muy amplia las bases para establecer la indemnización por el daño moral.

Lo cierto es que una lectura detenida de los pormenores del caso bajo examen de la Sala en la presente oportunidad y luego de un examen cuidadoso de los elementos de convicción existentes, llevan a concluir que para el señor Amaury Guerrero Agámez el haber tenido que enfrentar una investigación penal por cargos –de peculado, falsedad y defraudación– tan graves como carentes de sustento, significó un sufrimiento que le afectó todos los aspectos de su vida poniendo gravemente en entredicho su dignidad como ser humano. Pero también tuvo que ver, como él mismo lo señaló en el escrito de apelación, con el desconocimiento de “*su credibilidad, prestigio e imagen pública y política*”.

colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana’ Igualmente, ha señalado que este derecho está íntimamente relacionado con las actuaciones de cada persona, pues de ellas depende la forma como transfiere su imagen y son ellas las que en últimas fundamentan un criterio objetivo respecto de la honorabilidad del comportamiento del ciudadano en la sociedad. *“La doctrina de esta corporación sobre el alcance de dicho derecho, se ha desarrollado en dos campos, en primer lugar, vinculando su desarrollo al concepto del honor, es decir, a la buena reputación que se presume por parte del individuo a partir de la ejecución de un comportamiento virtuoso, y en segundo lugar, superando dicho criterio eminentemente subjetivo, y en su lugar, sujetándolo a la conformidad o aquiescencia del sujeto con las opiniones que los demás tienen sobre sus virtudes”*. Corte Constitucional, sentencia T-787 del 18 de agosto de 2004.

³⁹ *“El buen nombre es un derecho típicamente proyectivo, que supone la constante valoración a través del tiempo de la conducta del individuo, a partir de las acciones realizadas en su esfera de convivencia. Así mismo, en reiterada jurisprudencia se ha expresado que los miembros de la sociedad juzgan los comportamientos de las personas, los evalúan y califican. Es por eso que este derecho depende única y exclusivamente de quien pretende ser el titular del mismo, pues es de acuerdo a su proceder en el medio social o de su actuar en el mundo de lo público, de donde se desprende la imagen que el resto de los individuos va a tener de él. // Por consiguiente, el derecho al buen nombre, es una valoración individual y colectiva que tiene su origen en todos los actos y hechos que una persona realice, para que, a través de ellos, la comunidad realice un juicio de valor sobre su comportamiento”*. Corte Constitucional, sentencia T-787 del 18 de agosto de 2004.

⁴⁰ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-026, C-060 y C-063 de 1994, C-489 de 2002, T-679 de 2005, y del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, expediente 15.183, del 29 de enero de 2009, expediente 16.576 y del 28 de mayo de 2009, expediente AC-2008-01091.

Constituye un hecho notorio que las graves acusaciones realizadas contra varios funcionarios del Senado de la República en general y – específicamente, con nombre propio y mediando plena individualización e identificación–, contra el actor de la presente acción, se convirtieron en noticia con repercusión nacional. A ello se agrega la iniciación formal de una actuación carente de todo sustento fáctico, como pudo establecerlo la Fiscalía más de diez años después de iniciada formalmente la investigación.

Es probable que no todos los hombres ni todas las mujeres le concedan la importancia que le confirió el señor Amaury Guerrero a la recuperación de su honor y de su buen nombre. Es factible que existan asimismo quienes consideren que hay en esta vida bienes más importantes. Ese, sin embargo, no es el caso del actor en el proceso de la referencia. El accionante luchó por obtener el reconocimiento de que las acusaciones hechas contra él carecían de sustento y lo logró. Todos los demás acusados dentro de la misma investigación se acogieron a la prescripción; él no. Hasta el último instante confió en que la justicia le daría la razón y así fue.

Lo dicho hasta este lugar permite a la Sala concluir que en el asunto de autos las entidades demandadas deben indemnizar el daño moral atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Como ya se ha dicho en diferentes apartes del presente proveído, estamos acá ante un caso especialmente sensible, pues existe un conflicto claro entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Puestas de esta manera las cosas, la Sala dictará medidas encaminadas a que las entidades responsables del agravio reconozcan la falla cometida y así lo manifiesten ante el afectado y sus familiares, de suerte que el señor Amaury Guerrero Agámez sea restablecido en su honor y buen nombre y, en consecuencia, perciba al menos que las entidades comprometidas con la violación de sus derechos hacen un esfuerzo por devolverle, en cuanto ello sea factible, su dignidad, su estima, su imagen, su prestigio y su reputación, valores éstos, grave e injustamente desconocidos y que son tan centrales en la vida de toda persona.

La Sala estima que, bajo esa óptica, la indemnización guarda el delicado equilibrio que resulta indispensable mantener cuando se busca garantizar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales y evitar que el ejercicio del control sobre la gestión de quienes voluntariamente han decidido trabajar en el servicio público y comprometerse con la preservación del interés general, control indispensable en una sociedad democrática, pueda verse desestimulado o entorpecido.

En ese orden, la Sala dispondrá de medidas destinadas a resarcir el perjuicio moral, esto es, medidas encaminadas a morigerar las afrentas a la honra y buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez consistentes en la publicación de la totalidad de la presente sentencia en la página web del Senado de la República. Lo anterior, siempre y cuando, el agraviado, una vez consultado, así lo considere.

En el mismo sentido atrás mencionado, en la parte resolutive de la presente sentencia se ordenará que dentro de los diez días siguientes a su notificación, en acto solemne con la presencia de altas personalidades del Estado y en compañía de los familiares del actor o privadamente en compañía de sus familiares –sí, una vez consultado, así lo considera el damnificado–, en ceremonia que se efectuará en la instalaciones del Congreso de la República, se reconozca de manera clara la falla cometida y se haga lectura de la decisión adoptada por la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General, el 30 de marzo de 1994, y, en tal sentido, se restablezcan los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez desconocidos por el Senado de la República dado el incumplimiento de las particulares cargas que atañe observar cuando se atribuyen acusaciones como las formuladas contra el actor.

Ahora, como se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Sección, para fijar el monto de la indemnización por el daño moral debe acudir al *arbitrio iudicis*. En pocas palabras, dado el carácter personalísimo y subjetivo de los bienes que se pretende compensar –en el caso concreto y, como quedó plenamente demostrado, la vulneración del derecho a la honra y al buen nombre–, debe resarcirse el perjuicio según los criterios sentados por la jurisprudencia de esta Sección, sin que sea factible someter su tasación a “*reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización*”⁴¹.

Sobre la indemnización del daño moral ha reiterado la Corporación⁴²:

“la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada sin duda por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba; debe entenderse, entonces, que los medios de

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de 9 de junio de 2010; Rad. No. 52001-23-31-000-1997-08775-01(19283). CP. Enrique Gil Botero.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rad. No. 19001-23-31-000-1997-01042 (19835), CP. Hernán Andrade Rincón.

prueba que para el efecto se alleguen al proceso, sirven para demostrar la existencia de la afectación, pero en ninguna forma constituyen una medida del dolor que de forma exacta pueda adoptarse, por ello la jurisprudencia ha establecido que con fundamento en dichas pruebas, corresponde al juez tasar de forma discrecional, que no arbitraria, el valor de tal reparación. Ha dicho la Corporación, que respecto de los perjuicios morales el pretium doloris, se determina conforme al prudente arbitrio de los jueces. Se ha establecido con claridad que si bien esta Corporación ha señalado pautas a los Tribunales para facilitar la tarea de determinar el perjuicio moral, aquéllas no son obligatorias. Igualmente se ha determinado que viene a ser razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto, han de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: 'la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad'".

Teniendo en cuenta lo dicho y considerando especialmente la naturaleza, al tiempo que la gravedad de la lesión causada, el Senado de la República deberá pagar por concepto de perjuicios morales al señor Amaury Guerrero Agámez la suma de setenta (70) SMLMV.

En lo que se refiere al daño generado por la no reelección del actor en el cargo de Secretario General del Senado, en tanto comporta una violación al derecho al trabajo, cabe sostener que en cuanto a su alcance, la ha señalado la jurisprudencia constitucional que su protección no trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho para ocupar determinados puestos o cargos públicos de libre nombramiento y remoción⁴³. En efecto se ha dicho:

"según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hacen parte del núcleo esencial del derecho al trabajo la facultad de ocupar determinados puestos o cargos públicos, de estar vinculada una persona a una entidad, empresa u organización definidas o de cumplir funciones en un lugar específico. Estas ventajas, mutables y accidentales, que se alteran durante la relación laboral, que son accesorias al nódulo central del derecho y, por tanto, no hacen parte fundamental del mismo, no son amparables, en principio, por vía de tutela. Tal fue el sentido del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia T-047/95 que en lo pertinente se transcribe:

'El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí'.

Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de

⁴³ Sentencia T-799 de 14 de diciembre de 1998. Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados". (Sentencia T-047/95. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

Ahora, respecto del caso concreto y vista la jurisprudencia precedente, puede decirse que el derecho aducido por el tutelante no tiene la categoría de fundamental, pues permanecer indefinidamente en un cargo determinado, en principio no es una prerrogativa que se encuentra adscrita al núcleo esencial del derecho al trabajo. Así lo ha dicho la Corte Constitucional en pasadas oportunidades, y lo ha refrendado recientemente en una Sentencia de unificación jurisprudencial, en la que sentó las siguientes apreciaciones:

Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad 'precaria' (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

"(...)

En conclusión, no se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable". (Sentencia SU-250/98, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

En síntesis, no se ve como la conducta de la entidad demandada hubiera podido resultar determinante en la causación de este daño alegado por el actor, quien por un lado cuestionó la no reelección como Secretario General del Senado y por otro su derecho al trabajo, si se tiene en cuenta que solo gozaba de la expectativa de ser reelegido y aunque definitivamente lo sucedido bien puede haber influido negativamente, lo cierto es que todo aquél que pretende ser reelegido en un cargo público como el del Secretario del Senado con la connotación política que conlleva, está sujeto a que precisamente a tiempo de la confrontación de su nombre salgan a relucir tanto las ejecutorias como las dificultades, particularmente las investigaciones que se adelantaban en su contra. No es dable discutir un mejor derecho para ser reelegido en el nuevo periodo constitucional cuatrienal, ni que la alta Corporación incurrió en una violación a un deber impuesto por una norma superior. En ese orden de ideas, si bien aparece configurado un daño porque el actor no fue reelegido no resulta antijurídico como quiera que los cargos de connotación política están sujetos a respaldos con los que al parecer el actor no contaba.

En consecuencia, con la salvedad indicada se revocará la decisión del tribunal que negó las súplicas de la demanda.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

FALLA:

REVÓQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de octubre de 2002, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda y **DECLÁRESE**, en los términos establecidos en las consideraciones de la presente providencia, la responsabilidad extracontractual de naturaleza patrimonial de la Nación colombiana – Senado de la República– por la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez al haber elevado contra él denuncia penal por los delitos de peculado, falsedad y prevaricato sin cumplir con las exigencias debidas en relación con el sustento fáctico de la denuncia presentada.

Como consecuencia de la anterior declaración **CONDÉNESE** al Senado de la República a pagar la suma de SETENTA (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales al señor Amaury Guerrero Agámez.

ORDÉNESE al Senado de la República que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, divulgue su contenido completo en la página web de la entidad de tal manera que sea fácil su consulta durante un término no menor de un año. Lo anterior, siempre y cuando el agraviado, una vez consultado, así lo considere.

ORDÉNESE al Senado de la República que dentro de los diez días siguientes a la notificación del presente proveído, en acto solemne con la presencia de altas personalidades del Estado y en compañía de los familiares del actor o privadamente en compañía de sus familiares –sí, una vez consultado, así lo considera el damnificado–, en ceremonia que se efectuará en las instalaciones del Congreso de la República, se reconozca de manera clara la falla cometida y se haga lectura de la decisión adoptada por la Unidad de Delitos contra la administración pública de la Fiscalía General, el 30 de marzo de 1994, y, en tal sentido, se restablezcan los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre del señor Amaury Guerrero Agámez desconocidos por el Senado de la República dado el incumplimiento de las particulares cargas que atañe observar cuando se atribuyen acusaciones como las formuladas contra el actor.

SIN COSTAS por no aparecer causadas.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada