

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIA DE LA RAMA JUDICIAL POR INHABILIDAD SOBREVINIENTE POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso

Ciertamente el acto administrativo de insubsistencia fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de cargos en la rama judicial conforme lo previsto en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 3º. del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, como quiera que se trata del ejercicio de una facultad discrecional, la interpretación y aplicación de dichas normas debe hacerse en armonía con aquella que autoriza al nominador la adopción de la medida, siempre y cuando sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa” (art. 36 C.C.A). Y, es en este último aspecto en el que se detiene la Sala, para señalar, que si bien al tenor de lo previsto en el PARÁGRAFO del artículo 150¹, de la Ley 270 de 1996 se establece que aquellos nombramientos de la Rama Judicial en los que surge inhabilidad en forma sobreviniente, dentro de las que cuenta la que interesa al caso concreto, esto es, “Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, “serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”, la norma en mención no puede ser aplicada atendiendo sólo a su interpretación gramatical para considerar lo allí dispuesto como un imperativo de inexorable cumplimiento en todas aquellas circunstancias en las que recaiga la enunciada medida de aseguramiento, pues debe entenderse como una potestad administrativa que el nominador ejerce con plena garantía de los derechos fundamentales de los servidores incursos en el juicio penal, atendiendo las circunstancias que se evidencian en cada caso en particular, sin dejar de considerar el fundamento ético que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la mencionada norma. En otras palabras, y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por el hecho de haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, “ya que

¹ Sobre la exequibilidad de esta norma la Corte Constitucional en sentencia C-037/96 señaló: “ (...) Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos. Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente.

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

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

Bajo estas condiciones se declarará la exequibilidad del artículo”.

corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria”². Por lo anterior, la Sala prohíja la tesis expresada por el Tribunal de primera instancia, y precisa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 79 del Decreto 261 de 2000³ en aquellos casos en los que concurra en el servidor judicial la causal de inhabilidad sobreviniente consistente en estar “bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, el nominador debe actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le permitan establecer frente a cada caso en particular la procedencia de la medida de declaratoria de insubsistencia, pues el mismo legislador ha previsto otras opciones que resultan más favorables para el servidor en cuanto no implican la pérdida del empleo, sin que se afecte la recta y eficaz administración de justicia, como es el caso de la suspensión temporal en el cargo, decisión que resulta menos lesiva frente a los derechos de rango constitucional que le asisten al funcionario enjuiciado y que se mantendría hasta tanto se decida por la autoridad competente su responsabilidad penal.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 150 NUMERAL 3 / DECRETO 261 DE 1996 - ARTICULO 79 NUMERAL 3 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”.

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-00689-01(0326-07)

Actor: ELCIDA MOLINA MENDEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró la nulidad de los actos acusados ordenando reintegrar a la señora Elcida Molina Méndez al cargo de Fiscal Delegada ante el

² Sobre el particular, véase la sentencia T-982/04 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³ En concordancia con lo previsto en el artículo 150 numeral 3 de la Ley 270 de 1996.

Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta.

ANTECEDENTES

ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander la nulidad de los siguientes actos administrativos: Resolución No. 2141 de octubre 27 de 2003, por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento y la Resolución No. 2888 de 29 de diciembre de 2003, por la cual se resuelve un recurso de reposición confirmando en todas sus partes la primera, ambas proferidas por la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a reintegrarla al cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, que venía desempeñando, o a otro cargo de similar o superior jerarquía.

Condenar a la demandada a reconocer y pagar a la Doctora Elcida Molina Méndez todas las sumas correspondientes a sueldos, gastos de representación, prima técnica, bonificaciones, vacaciones, cesantías que se causen, intereses de cesantía y demás prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, desde la fecha de su desvinculación hasta el día en que en cumplimiento a la sentencia sea efectivamente reintegrada al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.

Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Con la expedición de los actos administrativos se causó un daño moral que asciende a la cifra de un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deben ser pagados por la Nación – Rama Judicial Fiscalía General de la Nación.

Para fundamentar las pretensiones, expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

La Dirección Nacional de Fiscalías mediante Resolución No. 009 de 1 de julio de 1992, nombró en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito de Cúcuta, como Coordinadora a la Doctora Elcida Molina Méndez, quien venía desempeñándose como Juez Primero Superior de Cúcuta, desde el 1° de diciembre de 1988.

La actora ha tenido una trayectoria superior a los veintidós años de servicio, sin ningún llamado de atención, o investigación disciplinaria o penal.

El buen desempeño de las funciones por parte de Elcida Molina Méndez, dio lugar a que en cuatro oportunidades fuera encargada de un empleo con mayor responsabilidad y jerarquía, como es el de Directora Seccional de Fiscalías de Cúcuta, entre los años de 1993 y 2000.

Elcida Molina Méndez fue notificada el 10 de noviembre de 2003, del contenido de la Resolución 0-2141 de octubre 27 de 2003, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento efectuado a la misma, del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta.

Contra la Resolución 0-2141 del 27 de octubre de 2003, la actora interpuso recurso de reposición, siendo éste decidido mediante Resolución 0-2888 de 29 de diciembre de 2003, la cual fue notificada a la interesada el 21 de enero de 2004.

Estos actos contienen violación a los principios de la función pública, el principio de legalidad, desviación de poder, falsa motivación, debido proceso, ya que estos actos se inspiraron en móviles distintos, como se desprende del análisis de las circunstancias que rodearon la Fiscalía Seccional de Cúcuta, durante el tiempo comprendido entre el mes de marzo de 2003 al mes de marzo de 2004.

Con ocasión de la bomba que explotó en el Centro Comercial Alejandría, de la ciudad de Cúcuta, el día 5 de marzo de 2003 y que trajo como consecuencia 15 personas muertas y más de 60 heridas, el señor Presidente de la República manifestó a través de los medios de comunicación, que dichos actos de terrorismo se debían a la laxitud de los señores Fiscales que laboraban en Cúcuta, pues según

un informe allegado a su Despacho, en las Fiscalías de Cúcuta, existían Fiscales infiltrados de la subversión y Fiscales corruptos que por tanto, el señor Fiscal que ya tenía conocimiento de la situación tendría que mandar a la cárcel a los infiltrados y corruptos, declaración ésta que fue publicada en el Diario La Opinión del día 6 de marzo de 2003, constituyéndose así en un hecho notorio.

Al día siguiente del pronunciamiento del señor Presidente de la República, el Fiscal General de la Nación, Doctor Luis Camilo Osorio Isaza viajó a la ciudad de Cúcuta, convocando a una reunión especial a todos los Fiscales que prestaban sus servicios en dicha Seccional, manifestando que en efecto, serían judicializados los Fiscales corruptos y los infiltrados de la subversión y otros serían declarados insubsistentes por ineficientes, lo que produjo la renuncia del Doctor Néstor Pacheco de la Dirección de Fiscalías, Seccional Norte de Santander.

El Fiscal General de la Nación notificó a todos los Fiscales que había destituido al entonces Director de Fiscalías Doctor Néstor Pacheco y había encargado de la Dirección Seccional de Fiscalías a la Dra. Ana María Flórez Silva.

El 24 de julio de 2003, la Doctora Elcida Molina Méndez presentó ante el señor Procurador General de la Nación, queja contra la Doctora Ana María Flórez Silva, Directora Seccional de Fiscalías, por los abusos de poder que se estaban cometiendo al interior de la Seccional de Cúcuta.

Mediante oficio 2567 de septiembre 4 de 2003 la Procuraduría General de la Nación le informa a la actora que el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial ha iniciado la indagación Preliminar Disciplinaria para atender la queja contra la Doctora Ana María Flórez Silva.

En la indagación Preliminar Disciplinaria, se recibieron las declaraciones de Miguel Arturo Bueno Ayala y de otros Fiscales, donde se reitera por estos la falta de independencia existente en la Fiscalía y la intromisión excesiva en los casos por parte de Ana María Flórez.

El Director Nacional de Fiscalías, en uso de sus atribuciones legales, cumplió las órdenes del Fiscal General de la Nación y mediante Resolución 000379 de marzo 13 de 2003, asignó de manera especial la investigación de primera instancia No. 6932 al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema, Andrés Fernando Ramírez Moncayo.

En providencia de marzo 27 de 2003, el Fiscal Delegado ante la Corte abre investigación formal contra la Doctora Elcida Molina Méndez, en la cual señala como antecedentes próximos la conformación de una comisión investigativa especial con ocasión de posibles actividades ilícitas realizadas por un exfuncionario al interior de la entidad y el hecho de que con posterioridad se hizo público el rumor de que de tiempo atrás en la Seccional de Fiscalías de Cúcuta se cumplían prácticas corruptas por parte de algunos fiscales y empleados a ella adscritos, sin que se hubiera señalado en ésta providencia, como lo ordena la Honorable Corte Suprema de Justicia, de que manera la Fiscalía tuvo conocimiento de la conducta imputada.

El Fiscal Delegado ante la Corte, inició investigación penal en contra de la Doctora Elcida Molina Méndez por los presuntos delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, el día 27 de marzo de 2003, en cuya apertura de instrucción consignó que la actuación hasta ahora cumplida era altamente elocuente de la comisión de dichos ilícitos. La única actuación que hasta ese momento existía era la inspección judicial practicada al proceso 49323 seguido contra Alvaro Esquivel y Otros por el presunto delito de tráfico de migrantes en el cual la doctora Elcida Molina Méndez intervino como Fiscal de segunda instancia, revocando las medidas de aseguramiento impuestas a los sindicatos, según providencia No. 252 del 31 de diciembre de 2002.

En la apertura de instrucción contra la Doctora Elcida Molina Méndez, no se dijo cómo la Fiscalía tuvo conocimiento de la conducta a ella imputada, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado acerca de la naturaleza y los requisitos de la Resolución de apertura de instrucción.

Desde la Resolución de apertura de investigación, el Fiscal instructor elaboró todo un juicio de responsabilidad en contra de la Doctora Elcida Molina Méndez, respecto a los dos delitos imputados, violando así las garantías judiciales referidas al debido proceso, el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa, y lo que es peor, falso juicio de identidad cuando valoró el conjunto probatorio desde una perspectiva ajena al tipo penal imputado a los sindicatos, desconociendo la política criminal del Estado en materia de tipificación del delito de tráfico de migrantes, así como los elementos que estructuran dicho delito.

Los Doctores Luis Enrique Tarazona y Pablo José Chacón Medina, rindieron declaración sobre la conducta intachable de la Doctora Elcida Molina Méndez, señalando que es una funcionaria proba, con criterio jurídico muy bien sustentado, ecuánime y justa en sus decisiones.

La actora el 8 de abril de 2003, remitió un escrito al Fiscal Delegado ante la Corte, mediante el cual solicita se abstenga de imponerle medida de aseguramiento.

Mediante Resolución de fecha 3 de septiembre de 2003, el citado Fiscal instructor define la situación jurídica de Elcida Molina Méndez, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria por el delito de prevaricato por acción.

Con las actuaciones referidas, a juicio de la demandante, el Fiscal instructor desconoció las declaraciones que dentro del proceso habían sido recaudadas sobre el comportamiento laboral, moral y ético de la Doctora Elcida Molina Méndez, como son los testimonios rendidos por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, Doctores Carlos Alejandro Chacón, Rafael Labrador Buitrago, Juan Carlos Conde Serrano; los testimonios rendidos por los Fiscales Seccionales de Cúcuta, Luz Carime Torres Poveda, Cira Elizabeth Vila Casado, Electa Paredes Casariego, Jesús Villamizar Mattos; el testimonio de la Juez Margarita Solano Quintero; el testimonio del Director Seccional de Fiscalías Luis Miguel Castro Valencia, los testimonios rendidos por el presidente del Colegio de Abogados Penalistas, Doctor Pablo Chacón Medina y por el presidente de la Asociación de Abogados Litigantes, Doctor Luis Enrique Tarazona, quienes contradicen la inferencia efectuada por el Fiscal instructor respecto al peligro que corría la comunidad por el desempeño de las funciones de la Doctora Elcida Molina Méndez como fiscal de segunda instancia.

La independencia de criterios y la autonomía ejercidas por todos los funcionarios que fueron desvinculados de la Fiscalía, fue el motivo determinante de la situación general que se vivió en Cúcuta; y respecto a la Doctora Elcida Molina Méndez, la medida de aseguramiento fue el medio del que se sirvió el Fiscal General de la Nación o nominador, para desvincularla del servicio en forma definitiva a través de los actos demandados.

Al ser declarada insubsistente la actora, no se consignaron las razones para esto en la Hoja de Vida, además, ya pasados más de tres meses de su desvinculación, no se ha designado a ninguna persona para que ocupe el cargo.

Según la demandante es un hecho notorio que la conexidad entre la declaratoria de insubsistencia como de los hechos que constituyen la imputación planteada de corrupción y nexos con la guerrilla, la colocan a ella y su familia en una situación de peligro inminente, ya que los grupos al margen de la ley, están asesinando en la ciudad de Cúcuta, a las personas que son acusadas de tener vínculos con la guerrilla o paramilitares.

Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2004, la demandante solicita al señor Procurador para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, información sobre las decisiones de fondo tomadas en relación con la queja presentada por ella.

Como normas vulneradas invocó los artículos 2, 3, 6, 11, 15, 21, 25, 29, 121, 122, 123, 209, 228, 250, y 251 numeral 2 de la Constitución Política, Decreto 261 de 2000 y Decreto 2400 de 1968.

LA SENTENCIA APELADA

A folios 490 y siguientes el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la sentencia objeto del recurso de apelación declaró la nulidad de los actos acusados ordenando a la Fiscalía General de la Nación reintegrar a la actora, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Existen en el proceso claros indicios que con la insubsistencia se sancionó a la actora por un hecho extraño a la Administración de Justicia y que nada tenía que ver con el ejercicio de las funciones que cumplía la afectada con la medida, según las razones que expusieron los testigos llamados al efecto de describir la situación a la que se vio avocada la Fiscalía Seccional con sede en Cúcuta, a raíz de los hechos que dieron lugar a la estigmatización de la Seccional, lo que redundó en un claro

perjuicio para las personas que a pesar de sus hojas de vida y su servicio a la entidad se vieron amenazadas en su integridad y en su estabilidad laboral.

Precisa la Sala que dentro del análisis de la legalidad de la actuación de la entidad demandada, es razonable que se determine frente a un caso concreto la procedencia de la declaratoria de insubsistencia, cuando la normatividad vigente da otras opciones más favorables para el trabajador como es el caso de la suspensión temporal en el empleo, y dadas las especiales connotaciones de la hoja de vida expuesta por la actora, la que si bien no obsta para una declaratoria de insubsistencia, no se puede olvidar en la forma en que se hizo so pena de desconocer más de 20 años de servicio ejemplar a la Institución.

Señala el Tribunal que se debe encontrar la respuesta en los parámetros legales y constitucionales que regulan el ejercicio de una atribución discrecional, y especialmente, en el principio de proporcionalidad, de tal forma que la adopción de la medida acusada, produjo el sacrificio de otros valores, principios y derechos de mayor valor constitucional que aquéllos que se pretendieron satisfacer a través de su desarrollo, siendo obligación concluir que las autoridades administrativas cuestionadas debieron obrar de conformidad con el contenido normativo del citado principio de proporcionalidad.

En el sub-examine, el a quo indicó que en el caso analizado se dictó por autoridad judicial, medida de suspensión judicial, para garantizar la transparencia y rectitud en la administración de justicia, que se justificaba, mientras la demandante estuviera sometida a detención domiciliaria por el presunto delito que se le endilgaba, sin que existiera motivo para modificar dicha situación, y proceder a la declaratoria de insubsistencia, cuando en términos constitucionales resulta menos gravoso continuar con la suspensión, en acatamiento del principio de proporcionalidad.

No es constitucionalmente admisible a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, desconocer la prevalencia que a partir de un análisis sistemático detenta la suspensión administrativa, básicamente en consideración a la necesidad de preservar derechos fundamentales, tales como, el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargo públicos, al mínimo vital y a la vida digna, que no porque se hayan predicado de un caso similar, acción de tutela, ST982 del 04. – dejen de tener plena aplicación en cualquier situación en que se desconozcan principios de favorabilidad para la clase trabajadora, mucho más como

ya se dijo en el caso de una persona de las altas condiciones morales y de idoneidad tanto como de servicio a la entidad a la cual sirvió sin investigación alguna por más de 20 años.

La defensa de la Fiscalía General de la Nación se concreta en el contenido de la norma escogida, de insubsistencia, haciendo énfasis en el carácter de libre nombramiento y remoción de la actora, cuando lo cierto es que la misma, de no estar signada por las especiales circunstancias del caso, sería aplicable sin consideración a la condición de carrera en que se pueda encontrar la persona declarada insubsistente.

Dice así la norma en cuestión:

“Artículo 79. No podrá ser nombrado ni desempeñar cargo en la Fiscalía General de la Nación: (...) 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.
(...)”

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

En opinión de la demandante, la declaratoria de insubsistencia no era procedente porque ya se encontraba suspendida y porque la medida era desproporcionada.

Consideró el Tribunal que dentro de las anteriores precisiones, la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se basó no en una atribución por fuera de las competencias legales que le han sido reconocidas a un servidor público en la ley, sino en aquella mediante la cual, la autoridad administrativa profiere el acto con la competencia suficiente para hacerlo, conforme a las ritualidades de forma prescritas en la Ley, pero el fin que conduce a su ejecución es manifiestamente distinto de aquel reconocido en el ordenamiento jurídico para su ejercicio, aún cuando el mismo, en cierto casos, resulte ajustado a un interés general o social.

Dadas las especiales condiciones que se denuncian en esta acción, se concluye que la medida acusada, resultó lesiva a la demandante, encontrando que para el nominador la declaratoria de insubsistencia, no era un imperativo legal, sino una necesidad relacionada con la búsqueda de fiscales infiltrados en la forma y

condiciones ya reiterados en esta acción, habiéndose demostrado que la actora no era la terrorista ni la infiltrada, y que contrario sensu quien resultó cuestionada por estos delitos fue ni más ni menos que la entonces Directora Seccional de Fiscalías, funcionaria ésta que a ese nivel como ocurre en todo el país, era la Delegada del nominador y quien daba informe al mismo de los asuntos relacionados con dichas Seccionales.

La anterior providencia fue objeto de aclaración de voto por parte de los Magistrados Jaime Alberto Galeano Garzón y María Josefina Ibarra Rodríguez, cuyas razones se resumen a continuación:

Manifiestan que aunque comparten la decisión de anular el acto administrativo acusado y restablecer el derecho a la accionante, consideran que las razones de la decisión debían fundamentarse diferente y que no quedaron claras en la sentencia precedente.

Citan la Sentencia T-982 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, de la cual concluyen que el nominador frente a un funcionario cobijado por medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación tiene la facultad discrecional de decidir si hay lugar o no a la declaratoria de insubsistencia o, por el contrario, basta con la suspensión temporal en el empleo, en cuyo caso deberá acudir al principio de proporcionalidad frente a valores que se pretenden proteger.

En el caso concreto de la tutela a la cual se hace referencia, la Corte decidió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, ante la presencia de un perjuicio irremediable que sobre esos derechos pudiera llegarse a presentar, a partir de la declaratoria de insubsistencia sin haberse aún definido su responsabilidad criminal en las conductas punibles que se le imputaban.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folio 551 y siguientes del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

No aparece en este proceso contencioso administrativo, prueba siquiera sumaria, de que la señora Elcida Molina Méndez estuviera inscrita en carrera, entonces siendo ello así, su nombramiento bien podía ser declarado insubsistente en cualquier momento por el nominador, como en efecto sucedió, y sin motivarlo de ninguna manera, tal como la ley lo faculta; criterio que también ha sido reiterado jurisprudencialmente por el Honorable Consejo de Estado.

Ahora bien tampoco prueba la actora, que con su retiro se desmejoró el servicio en la Fiscalía General de la Nación, es decir no hay elementos probatorios dentro de este proceso contencioso administrativo, que conduzca a deducir que por no estar al frente del cargo que ocupaba, la entidad vio deteriorada su actividad. Tampoco es posible construir este cargo de las pruebas que obran en el proceso aquí referido.

CONSIDERACIONES

DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

1.- Resolución No. 2141 del 27 de octubre de 2003 expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento efectuado a la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta.

En la parte motiva del acto se expresaron, entre otras razones las que a continuación transcribe la Sala:

“(…)

Que mediante providencia fechada 3 de septiembre de 2003, proferida por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado de Segunda Instancia No. 7228, se resolvió situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sustituida por Detención Domiciliaria, en contra de ELCIDA MOLINA MENDEZ, como presunta autora responsable por la conducta punible de Prevaricato por Acción.

Que a solicitud de la Secretaría General, la Oficina Jurídica por medio del oficio OJ 02117 del 8 de octubre de 2003, emitió concepto jurídico sobre la situación administrativo laboral de la servidora Elcida Molina Méndez, indicando que: “(…)De las anteriores normas, se desprende que la señora Elcida Molina Méndez, se encuentra incurso en la causal establecida en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley

270 de 1996, concordante con lo previsto en el numeral 3º del artículo 79 del Decreto 261 de 2000”.

(...)

Que de los considerandos anteriores se advierte que la doctora Elcida Molina en la causal de inhabilidad sobreviniente descrita.

Que la situación que da origen a la inhabilidad sobreviniente se mantiene, teniendo en cuenta que la medida de aseguramiento de detención preventiva, impuesta a la doctora Molina Méndez, por la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 3 de septiembre de 2003, no ha sido revocada ni suspendida.

Que mediante oficio No. 3822 del 17 de septiembre de 2003, el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, informó que la decisión por medio de la cual se impuso medida de aseguramiento, sustituida por detención domiciliaria, en contra de la doctora Elcida Molina Méndez, cobró ejecutoria el día 16 de septiembre del presente año a las cuatro (4) de la tarde.

Que el numeral 2º del artículo 100 del Decreto Ley 261 de 22 de febrero de 2000 establece: “Se producirá retiro definitivo del servicio en los siguientes casos:...2. Insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente.”

Que el nominador está facultado para declarar insubsistente el nombramiento en aquellos eventos en los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente.” (Fls. 25-28).

2.- Resolución No. 2888 de 29 de diciembre de 2003 proferida por el Fiscal General de la Nación mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

En la motivación del acto se expresó:

“(...)

De la norma antes transcrita⁴, se infiere que quienes se encuentren afectados con la imposición de una medida de aseguramiento que implique privación de la libertad no pueden hacer parte del equipo de trabajo de un ente encargado de investigar y acusar a quienes infrinjan la ley penal, toda vez que su integridad y honestidad está siendo cuestionada. Si el afectado con tal decisión judicial es un servidor de la Fiscalía General de la Nación, debe ser retirado del servicio de conformidad con el artículo 100 del citado decreto.

(...)

Resulta entonces que el retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente es una institución que opera por mandato de la ley y es de ineludible cumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que “El interés protegido es el colectivo involucrado en la certidumbre de los antecedentes intachables del funcionario” (Consejo de Estado, concepto Rad. 1786/98 C.P. Alberto Arango Mantilla).

⁴ Se refiere al numeral 3 del artículo 79 del Decreto 261 de 2000

(...), la resolución recurrida, pretende acatar la obligación en cabeza de los diferentes órganos del Estado, de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos, buscando siempre asegurar la realización de sus fines, propendiendo por atender y satisfacer los intereses generales de la comunidad, razón por la cual, se exige que la función pública a nuestro cargo se desarrolle con arreglo, entre otros principios, al de moralidad, permitiendo de esta forma asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y genera la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante el país.

(...)

Así las cosas, el acto recurrido se profirió debido a la existencia de la inhabilidad sobreviniente, que recae sobre la doctora Elcida Molina Méndez, por lo que no es de recibo por este Despacho, lo predicado en el escrito de impugnación sobre la inaplicabilidad de la inhabilidad sobreviniente por encontrarse suspendida en el cargo.

Si en gracia de discusión se aceptara lo expuesto por el recurrente, estaríamos incurriendo en un grave desconocimiento de los principios en los que se basa la función pública consagrados en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, más aún tratándose de una entidad como la Fiscalía General de la Nación que, por su especial función requiere el máximo de transparencia y moralidad por parte de quienes integran el organismo.

(...), el proceso penal que se adelanta como consecuencia de la comisión de un delito, busca la determinación y sanción de conductas punibles, actos que pugnan contra los propósitos de la función pública y la sociedad en general; por su parte el trámite administrativo por el cual se declara la insubsistencia por inhabilidad en forma sobreviniente, es autónomo y constituye una forma del retiro del servicio, con lo que se pretende la buena marcha de la administración con personal idóneo y de excelente conducta moral.”.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

LA VINCULACIÓN LABORAL DE LA ACTORA

1.- De acuerdo con la constancia sobre servicios prestados, expedida por la Analista de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ ingresó a la entidad el 1º de marzo de 1981, y se desempeñó en los siguientes cargos:

- Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta: Del 1 de marzo de 1981 al 12 de abril de 1982.
- Juez Noveno de Instrucción Criminal de Cúcuta: Del 9 de junio de 1982 al 14 de febrero de 1985.
- Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta: Del 15 de febrero de 1985 al 30 de noviembre de 1988.

- Juez Primero Superior de Cúcuta: Del 1 de diciembre de 1988 al 30 de junio de 1992.
- “QUE, MEDIANTE RESOLUCION No. 009 DEL 01 DE JULIO DE 1992, EMANADA DE LA DIRECTORA NACIONAL DE FISCALIAS, FUE NOMBRADA EN PROVISIONALIDAD COMO FISCAL DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE CUCUTA, POSESIONÁNDOSE EN LA MISMA FECHA SEGÚN ACTA No. 178, DE ESTA DIRECCIÓN.”. (fl. 193 cuad. Ppal).

2.- A folio 208 del cuaderno principal del expediente obra otra constancia de servicios prestados en la cual se indica que el último cargo desempeñado por la señora Elcida Molina Méndez fue el de Fiscal ante Tribunal de Distrito, y le figura como fecha de retiro el 10 de noviembre de 2003.

LA FORMACIÓN ACADÉMICA Y EXPERIENCIA PROFESIONAL DE LA ACTORA

De los certificados laborales y académicos se establece su amplia experiencia y suficientes conocimientos en la rama del derecho penal (cuaderno No. 12).

Según consta en la documentación aportada, durante su trayectoria profesional ha asistido entre otros eventos a los siguientes:

Seminario de actualización sobre el código de procedimiento penal (7, 8 y 9 de mayo de 1987), Jornadas Internacionales de Derecho Penal (8-12 de agosto de 1989), curso de actualización jurídica (29, 30 y 31 de marzo de 1990), Seminario de Seguridad Personal y Protección a Funcionarios de la Rama Jurisdiccional (26-29 junio de 1990), II Congreso Mundial de Medicina Legal, IV Congreso de la Asociación Panamericana de Ciencias Forenses, VI Congreso de la Sociedad Colombiana de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2-5 de noviembre de 1990), cursos de actualización jurídica y de actualidad del código de procedimiento civil realizados por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (1991-1992), Seminario sobre el Sistema Acusatorio de Justicia Criminal (16 de noviembre al 5 de diciembre de 1992), II Congreso Nacional de Jueces y Fiscales (18 al 20 de noviembre de 1993), Seminario Taller Análisis y Desarrollo de la Constitución Política (24 al 25 de septiembre de 1993).

Dentro de los cargos desempeñados por la señora Molina Méndez, resalta la Sala:

- Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta. Grado 17, según nombramiento en propiedad de acuerdo con acto administrativo número 40 de 10 de octubre de 1988, expedido por el Tribunal Superior de Cúcuta, cargo en el cual fue inscrito en el escalafón de Carrera Judicial mediante Resolución No. CSCJ-071 de 1989 (fl. 66 cuad. 12).
- Juez Primero Superior de Cúcuta, Grado 17, por nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Acuerdo No. 03 de Enero 29 y 30 de 1992 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (fl. 68 vuelto cuad. 12).
- Por medio de Resolución No. 009 del 1 de julio de 1992 fue nombrada en provisionalidad como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito de Cúcuta. En el mismo acto se designó como Coordinadora de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Distrito de Cúcuta (fl. 64 vuelto cuad. 12).
- Mediante Resolución No. 030 del 22 de febrero de 1993 fue nombrada en encargo como Directora Seccional de Fiscalías de Cúcuta (fl. 63 cuad. 12).
- Por medio de Resolución No. 0724 del 11 de agosto de 1993 fue nombrada de nuevo en encargo como Directora Seccional de Fiscalía de Cúcuta (fl. 61 vuelto cuad. 12).
- Mediante Resolución No. 00069 del 18 de junio de 1996 el Director Seccional de Fiscalías de Cúcuta, le asignó a la Doctora ELCIDA MOLINA, funciones de Jefe de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Cúcuta (fl. 58).
- Por medio de Resolución No. 00187 del 16 de septiembre de 1997 se le asignaron “por tiempo indefinido” funciones de Jefe de Unidad de las Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Distrito Judicial de Cúcuta (fl. 57 cuad. 12).
- Mediante Resolución No. 2-1088 del 12 de junio de 2000 fue encargada como Directora Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Cúcuta (fl. 56).
- Por medio de Resolución No. 84 del 17 de marzo de 2003 se le asignaron funciones del Despacho de la Fiscalía Segunda de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de la ciudad de Cúcuta, desde el 18 al 21 de marzo de 2003, a la Doctora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ (fl. 52).

DE LA SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO Y LA SEPARACIÓN DEL SERVICIO

Mediante Resolución No. 0619 del 3 de septiembre de 2003 se suspendió en el ejercicio del cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a la Doctora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria, “como presunta responsable del delito de prevaricato por acción” (fl. 50 cuad. 12).

La anterior decisión obedeció a que el señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, el 27 de marzo de 2003 profirió resolución de apertura de instrucción en contra de la demandante, por el concurso de delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión cometidos en ejercicio de sus funciones como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Los hechos que dieron origen a la investigación penal y que se transcriben en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 25 de agosto de 2004, son los siguientes:

“Al conocer del recurso de apelación contra la resolución del 16 de septiembre de 2002, interpuesto por el defensor del sindicado ÁLVARO ESQUIVEL CÁRDENAS, respecto de quien se adelantaba investigación por el delito de Tráfico de migrantes, dentro del radicado número 49323, impulsada en la Fiscalía Primera de la Unidad de Vida Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de San José de Cúcuta y que afectaba a todos con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin derecho a la excarcelación, la doctora ÉLCIDA MOLINA MÉNDEZ, Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, decidió revocarla con pronunciamiento del 31 de diciembre de la misma anualidad, haciéndola extensiva a Margarita Rosa Bolado Galvis, Pedro Elías Esquivel Bolado y otros”.

“Al adoptar la decisión, la fiscal de segunda instancia encartada desconoció que el informativo se había originado en labores desplegadas por detectives del D.A.S., demostrativas del albergue ilegal de un grupo de ciudadanos extranjeros, chinos para su mayor precisión, en el conjunto residencial “Hacaritama” de esa ciudad, como quiera que el 28 de agosto de 2002 fueron encontrados 23 hombres en el interior de la vivienda de Álvaro Esquivel Cárdenas, funcionario al servicio de la Fiscalía General de la Nación.”

“Así mismo la ahora sindicada dejó de lado factores tan importantes como el mediar sorprendimiento en flagrante delito, confesión extrajudicial hecha por la esposa de Esquivel Cárdenas, presunto ofrecimiento de dinero que este último hiciera a un agente del D.A.S., y pésimas explicaciones brindadas por los involucrados en el hecho, circunstancias todas estas

puestas de manifiesto con claridad por la instructora, con fundamento en las cuales edificó la medida detentiva materia dealzada, puesto que se hallaba frente a la conducta punible de Tráfico de migrantes, prevista como tal en el artículo 188 del Código Penal.”

“Y, por último, caso omiso hizo también la funcionaria de segunda instancia, doctora MOLINA MÉNDEZ de los ataques realizados por el defensor de Esquivel Cárdenas contra la fiscal de primera instancia, plasmados en el memorial contentivo del recurso, limitándose simplemente a llamarle la atención e instándolo a no repetirlo en el futuro.”.(fl. 2 y s.s. cuaderno 5).

Por medio de Resolución No. 0-2141 del 27 de octubre de 2003, acto demandado, el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento efectuado a la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la Dirección Seccional de Fiscalías (fls. 25-28 cuad. Ppal).

Los motivos que dieron origen a la declaratoria de insubsistencia de la demandante, y según se expresan en el acto administrativo, se contraen al hecho de que, al tenor de lo previsto en el numeral 3 del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, concordante con lo previsto en el numeral 3 del artículo 79 del Decreto 261 de 2000, surgió una inhabilidad en forma sobreviniente en la medida en que la servidora Elcida Molina Méndez fue sujeto de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sustituida por detención domiciliaria, como presunta responsable por la conducta punible de prevaricato por acción.

Este último acto fue confirmado mediante la Resolución No. 0-2888 del 29 de diciembre de 2003 (fls. 30-32 cuad. Ppal).

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SEÑORA ELCIDA MOLINA MÉNDEZ

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante sentencia del 25 de agosto de 2004 absolvió a la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ del cargo de prevaricato por acción del que fue acusada (fls. 1-40 cuad. 5).

ANÁLISIS DE LA SALA

No pasa por alto la Sala los argumentos expuestos por el A quo, los cuales determinaron declarar la nulidad de los actos acusados accediendo a las pretensiones de la actora. Dicha decisión se fundamentó en la probada

existencia de desviación de poder, aunque reconoce el Tribunal que la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se basó no en una atribución por fuera de las competencias legales que le han sido reconocidas a un servidor público en la ley, sino en aquella mediante la cual, la autoridad administrativa profiere el acto con la competencia suficiente para hacerlo, conforme a las ritualidades de forma prescritas en la ley, pero el fin que conduce a su ejecución es manifiestamente distinto de aquel reconocido en el ordenamiento jurídico para su ejercicio, aún cuando el mismo, en ciertos casos, resulte ajustado a un interés general o social.

En el presente caso, la entidad demandada expone como argumento principal del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que la actora podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación alguna, es decir, en la forma como se hizo, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador dada su condición de empleada nombrada en provisionalidad.

Sobre el particular debe decir la Sala en primer lugar, que el aspecto de la provisionalidad no es motivo de discusión en la presente controversia, pues la propia actora en su escrito de demanda manifiesta que no estaba inscrita en carrera e igualmente lo confirma la entidad demandada.

No obstante ser éste el argumento principal, no puede la Sala dejar de considerar en esta instancia aspectos que guardan estrecha relación con el mismo, y que de manera expresa, aún cuando sin mayores elementos de juicio controvierte el recurrente, como son el ejercicio de la facultad discrecional que subyace a la decisión de retiro por declaratoria de insubsistencia y las razones del servicio que motivaron dicha decisión, aspectos éstos que fueron considerados en la sentencia de primera instancia en la que se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados por haberse encontrado acreditada la causal de desviación de poder.

El A quo al resolver el problema jurídico planteado en torno a la legalidad de los actos administrativos demandados, desestimó el argumento de defensa de la Fiscalía General de la Nación relacionado con el carácter de empleada de libre nombramiento y remoción que ostentaba la actora y la facultad discrecional del nominador –argumento sobre el que se insiste en el recurso-, al considerar que este hecho no era relevante al caso, pues, de no ser por las “especiales circunstancias”, el artículo 79 del Decreto 261 de 2000, numeral 3º., “sería

aplicable sin consideración a la condición de carrera en que se pueda encontrar la persona declarada insubsistente” (fl. 514).

De manera puntual señala la entidad recurrente que la demandante no probó que con su retiro se desmejoró el servicio, y que no existen elementos probatorios dentro del proceso que conduzcan a deducir que por no estar al frente del cargo que ocupaba “la entidad vio deteriorada su actividad”. El supuesto de hecho que toca con las razones del servicio y que se alega expresamente en el escrito de apelación está íntimamente ligado con la causal de desviación de poder de cuyo análisis se ocupó el Tribunal de primera instancia, razón por la cual la Sala, no obstante la aparente imprecisión en los juicios argumentativos con los que se ataca la providencia de primera instancia, acometerá el estudio de los motivos de inconformidad del apelante en lo que se refiere a la causal de desviación de poder en tanto que para la entidad, el acto fue expedido “ajustándose a las disposiciones legales vigentes”, sin que “se configuren los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de nulidad”.

El asunto bajo examen plantea un complejo dilema judicial: de una parte, el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora se produjo en su momento en forma legal, sin que aparezca causal legal que permita invalidarlo, dado que la detención de que fue objeto, en la legislación aplicable a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, autorizaba plenamente su desvinculación. Pero, de otro lado, la demandante, sometida en su momento a investigación penal con detención, declarada insubsistente por ese motivo y finalmente absuelta mediante sentencia ejecutoriada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resulta envuelta en una situación del todo injusta si esta jurisdicción declara ajustado a derecho el acto administrativo que la declaró insubsistente.

Para la Sala, ciertamente el acto administrativo de insubsistencia fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de cargos en la rama judicial conforme lo previsto en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 3º. del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, como quiera que se trata del ejercicio de una facultad discrecional, la interpretación y aplicación de dichas normas debe hacerse en armonía con aquélla que autoriza al nominador la adopción de la medida, siempre

y cuando sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa” (art. 36 C.C.A).

Y, es en este último aspecto en el que se detiene la Sala, para señalar, que si bien al tenor de lo previsto en el PARÁGRAFO del artículo 150⁵, de la Ley 270 de 1996 se establece que aquellos nombramientos de la Rama Judicial en los que surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, dentro de las que cuenta la que interesa al caso concreto, esto es, “Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional “, “serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”, la norma en mención no puede ser aplicada atendiendo sólo a su interpretación gramatical para considerar lo allí dispuesto como un imperativo de inexorable cumplimiento en todas aquellas circunstancias en las que recaiga la enunciada medida de aseguramiento, pues debe entenderse como una potestad administrativa que el nominador ejerce con plena garantía de los derechos fundamentales de los servidores incursos en el juicio penal, atendiendo las circunstancias que se evidencian en cada caso en particular, sin dejar de considerar el fundamento ético que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la mencionada norma.

En otras palabras, y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un

⁵ Sobre la exequibilidad de esta norma la Corte Constitucional en sentencia C-037/96 señaló: “ (...) Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos. Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente.

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

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

Bajo estas condiciones se declarará la exequibilidad del artículo”.

funcionario de la Rama Judicial por el hecho de haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, “ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria”⁶.

Por lo anterior, la Sala prohíja la tesis expresada por el Tribunal de primera instancia, y precisa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 79 del Decreto 261 de 2000⁷ en aquellos casos en los que concurra en el servidor judicial la causal de inhabilidad sobreviniente consistente en estar “bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, el nominador debe actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le permitan establecer frente a cada caso en particular la procedencia de la medida de declaratoria de insubsistencia, pues el mismo legislador ha previsto otras opciones que resultan más favorables para el servidor en cuanto no implican la pérdida del empleo, sin que se afecte la recta y eficaz administración de justicia, como es el caso de la suspensión temporal en el cargo, decisión que resulta menos lesiva frente a los derechos de rango constitucional que le asisten al funcionario enjuiciado y que se mantendría hasta tanto se decida por la autoridad competente su responsabilidad penal.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, la actora, en su condición de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, fue acusada por el delito de prevaricato por omisión, siendo absuelta mediante sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia proferida el 25 de agosto de 2004, en la que se expresaron, entre otras, las siguientes razones, que resultan relevantes para el presente asunto:

“(…)

La Fiscal acusada, entonces, partió de considerar que siendo un hecho cierto la presencia de los inmigrantes de manera ilegal en el territorio colombiano, la conducta de los procesados no se ajustaba a los parámetros del tipo penal imputado, pues el contacto de aquellos con los forasteros estuvo orientado a prestar una colaboración materializada en abrigo y comida, sin que se precise el ánimo de lucro, pues en el caso de ESQUIVEL BOLADO, dada su profesión de transportador es normal apenas lógico que recibiera los \$100.000 a cambio de transportarlos y, en

⁶ Sobre el particular, véase la sentencia T-982/04 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ En concordancia con lo previsto en el artículo 150 numeral 3 de la Ley 270 de 1996.

relación con la alimentación y bebidas, destaca que los extranjeros suministraron los recursos.

Es admisible, para la Corte, que ante una disposición legal, relativamente novedosa en el ordenamiento colombiano, la aquí procesada, MOLINA MÉNDEZ, dada su trayectoria académica y judicial, realizara una interpretación de la norma sin que, como la jurisprudencia de la Sala lo tiene establecido, sea relevante el acierto de la decisión de la cual discrepa la Fiscalía Delegada ante esta corporación, sin que se pueda afirmar que a sus funcionarios les asita la única razón o la única verdad, pues, como es bien sabido, en materias de naturaleza jurídica no existen posiciones absolutas de las cuales no se pueda discrepar.

(...)

Desde esa perspectiva, no le asiste razón al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, al Ministerio Público y al Representante de la Parte Civil, cuando pretenden que el epílogo de la actuación procesal sea adverso a la procesada por el delito de prevaricato por acción, pues muy por encima de una posible interpretación sesgada y parcializada, como lo sugiere la acusación, se aprecia en la funcionaria judicial acusada la vocación de respeto de las garantías fundamentales de que son titulares los procesados, de otra parte, la Sala descarta con énfasis que en el proceso exista prueba alguna que permita deducir que actuó bajo el estímulo de la amistad con algunas de las personas que obtuvieron su libertad al revocar la detención preventiva que las afectaba, como peregrinamente lo mencionó el Ministerio Público en su intervención en la vista pública. La Corte, así mismo, no desestima que para la apertura de la investigación que dio lugar a esta causa, hubiere influido el manto de duda que se extendió en la ciudad de Cúcuta sobre funcionarios de probidad acreditada a lo largo de extensa e intensa carrera judicial, paradójicamente, promovido por quienes, posteriormente, tuvieron que soportar medidas drásticas por hechos que tienen la connotación semántica de “filtraciones” indebidas. La independencia judicial, la autonomía de los funcionarios judiciales y la seriedad que le es propia a la administración de justicia, deben estar a salvo de interferencias o sugerencias que las afecte, aun en materia leve” (fl. 273 cuad. ppal).

A juicio de la Sala, en el proceso existían elementos de prueba que permitían al nominador realizar una valoración razonada que justificara la definición de la situación laboral de la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, respecto de quien ya se había dispuesto la suspensión en el ejercicio del cargo por solicitud de autoridad judicial (Resolución No. 0619 del 3 de septiembre de 2003), con la declaratoria de insubsistencia en el cargo. De acuerdo con las circunstancias que antecedieron a la decisión, el nominador debió considerar, en primer lugar, el hecho de que se trataba de una funcionaria con una trayectoria en la Rama Judicial superior a los veintidós años de servicio, con amplios conocimientos en la especialidad del derecho penal; de otra parte, existían evidencias sobre las particulares circunstancias que motivaron la apertura de instrucción en su contra, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia; además, de ponderar la gravedad

de los hechos imputados. Así como las circunstancias que, según lo expresan los testimonios traídos al proceso⁸ y de cuyo análisis se ocupó el A quo, entorpecían para la época, el ambiente laboral al interior de la Fiscalía General de la Nación. Todo ello debió ser valorado por el nominador pues en conjunto permitía razonablemente adoptar una medida menos gravosa para los derechos de la enjuiciada.

El ejercicio de la facultad discrecional, atributo propio del derecho público, no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, en tanto que el mismo tiene en el ordenamiento trazados precisos límites, unos de orden Constitucional, y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa.

En asuntos como el presente el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora, derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, las especiales circunstancias que fueron calificadas por la Corte Suprema de Justicia como el “manto de duda que se extendió en la ciudad de Cúcuta sobre funcionarios de probidad acreditada a lo largo de extensa e intensa carrera judicial”, así como la gravedad de los hechos, y la naturaleza del delito imputado, por enunciar algunas razones, permitían razonablemente considerar admisible la medida de la suspensión administrativa, en aras de preservar los derechos fundamentales de la parte actora, tales como el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, el derecho al mínimo vital y a la vida digna.

⁸ Folios 338 y siguientes del cuaderno principal. Los testigos refieren “persecución contra algunos fiscales” con ocasión de las declaraciones rendidas por el señor Presidente de la República luego de la ocurrencia de atentados terroristas en la ciudad de Cúcuta en el año 2003. El testigo Orlando Clavijo Torrado, manifiesta: (...) y es entonces cuando sucede la (sic) el estallido de la bomba en el centro comercial Alejandría, el aterrizaje de dos avionetas una de matrícula colombiana y otra de matrícula venezolana con un supuesto cabecilla de las FARC, viene el Fiscal General de la Nación, nos reúne a todos los fiscales en el Hotel Bolívar, nos increpa fuertemente de que en Cúcuta la delincuencia está desenfrenada y nosotros no nos damos cuenta, consecuencia de todo lo cual es la insubsistencia del doctor Néstor Pacheco y el nombramiento inmediato de la Doctora Ana María Flórez Silva como Directora Seccional de Fiscalías...”. Por su parte, la testigo Elecsa Paredes Casadiego, refirió entre otros aspectos: “(...) Como lo dije en respuestas anteriores la persecución que la Doctora Ana María inició en contra nuestra hizo que ésta judicializara dos casos en los cuales le profririeron detención domiciliaria (se refiere a la demandante), casos que ella hizo aparecer como si tuvieran relación con los hechos de infiltración a los que se había referido el señor Presidente, pero ninguno como se puede demostrar con los mismos procesos tiene dicha relación, pues fueron investigaciones por prevaricato que la Doctora Flórez aprovechó para mostrar al país como hechos de infiltración cuando así no era (...)”.

El ejercicio de la facultad discrecional debe ir de la mano con el respeto y primacía de los valores inalienables del trabajador, por ello, corresponde a las autoridades, dentro de la vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales, y concretamente en lo que corresponde al ejercicio de la función pública, deben, a partir de la aplicación del principio de la proporcionalidad, preservar los derechos fundamentales de los servidores del Estado.

En este orden de ideas, el acto de declaratoria de insubsistencia de la señora ELCIDA MOLINA MÉNDEZ, a juicio de la Sala, y para el caso concreto, aún cuando aparentemente resulta acorde con el ordenamiento jurídico, en realidad es desproporcionado al ejercicio de la facultad discrecional.

En el caso concreto, la hoja de vida de la actora calificada por sus méritos personales derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, así como su preparación académica, constituye razón suficiente para demostrar que el nominador a través de la suspensión administrativa en el ejercicio del cargo, podía asegurar la vigencia de un orden justo, y la recta y eficaz administración de justicia, hasta tanto se decidiera, conforme al principio de presunción de inocencia, la responsabilidad penal de la enjuiciada, haciendo de esta manera menos gravosa su situación laboral, con garantía de sus derechos fundamentales.

Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A. El contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre las alternativas de las que dispone la administración en casos como el presente, permite constatar si la decisión que se adopta respeta los límites establecidos por el mencionado artículo 36 del C.C.A.

El acto administrativo de declaratoria de insubsistencia está viciado por desviación de poder, en tanto que la autoridad administrativa al utilizar su poder discrecional se apartó de los fines que el legislador confirió a esta clase de actuaciones, al consagrar una serie de limitaciones para quienes desempeñan cargos en la Rama Judicial.

Por las razones que anteceden se impone declarar incólume la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander de 29 de septiembre de 2006, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Elcida Molina Méndez contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

