Función Pública

Sentencia 448 de 2011 Corte Constitucional

SENTENCIA SU-448/11

(26 de mayo)

ACCIÃN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDIDIALES-Causales genÃ©ricas de procedibilidad

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumaciÃ³n de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un tÃ©rmino razonable a partir del hecho que originÃ³ la vulneraciÃ³n; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilÃcita obtenida con violaciÃ³n de esos derechos; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneraciÃ³n como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneraciÃ³n si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela.

LEGITIMACIÃN EN LA CAUSA DE PERSONAS JURÃDICAS-ReiteraciÃ³n de jurisprudencia

Esta CorporaciÃ³n ha reiterado que el tÃ©rmino "persona" contenido en el artÃculo 86 de la constituciÃ³n PolÃtica, comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurÃdicas, en tanto en dicha norma no se establece ninguna distinciÃ³n entre ellas. Sobre el particular la Corte Constitucional, sostuvo lo siguiente: "Como lo ha anotado ya la Corte Constitucional a propÃ³sito de la tutela, las personas jurÃdicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vÃas: "a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protecciÃ³n gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas. "b) Directamente: cuando las personas jurÃdicas son Titulares de derechos fundamentales no porque actÃºan en sustituciÃ³n de sus miembros, sino que lo son por sÃ mismas, siempre, claro estÃ¡, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas". Las personas jurÃdicas pueden considerarse titulares directas de derechos fundamentales, como los de libre asociaciÃ³n, debido proceso, buen nombre, igualdad, los cuales pueden ser desconocidos o amenazados por la acciÃ³n u omisiÃ³n de las autoridades o los particulares en los casos expresamente seÃ±alados por la ley (decreto 2591 de 1991, art. 42). De esta manera se entienden legitimadas para solicitar el amparo constitucional como mecanismo de protecciÃ³n de esos derechos. En consecuencia la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n estÃ¡ legitimada para interponer la acciÃ³n de tutela de la referencia.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-ReiteraciÃ³n de jurisprudencial PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Presupuestos que se deben cumplir

La inmediatez en la protecciÃ³n de los derechos fundamentales que se invocan como violados ha sido abordada por la Corte en forma reiterada a partir de la Sentencia SU-961 de 1999, en la que se precisÃ³ que en cada caso concreto es el juez quien debe establecer la razonabilidad del tÃ©rmino transcurrido entre el hecho vulnerante y la fecha en que se solicita el amparo, "impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acciÃ³n". Al evolucionar el concepto de inmediatez, la Corte estableciÃ³ algunos aspectos que deberÃan tomarse en cuenta al establecer la oportunidad en la presentaciÃ³n de una solicitud de amparo entre ellos: "1) si existe un motivo vÃ¡lido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el nÃºcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisiÃ³n y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acciÃ³n y la vulneraciÃ³n de los derechos de los interesados" La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en razÃ³n de la protecciÃ³n de la seguridad jurÃdica generada por el carÃ¡cter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces. Por ello, aÃºn admitiÃ©ndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad establecidas para estos casos, la protecciÃ³n de la seguridad jurÃdica y los derechos de terceros demanda la solicitud inmediata del amparo que, de no presentarse, desvirtÃºa la necesidad de la protecciÃ³n inmediata al igual que la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado.

ACCIÃN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales especÃficas de procedibilidad

En Sentencia C-590 de 2005, esta CorporaciÃ³n precisÃ³ las causales especiales de procedibilidad de la acciÃ³n de amparo contra sentencias, especificando que cualquiera de ellas que se invoque debe estar plenamente probada. Tales causales son: "a. Defecto orgÃ¡nico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profiriÃ³ la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuÃ³ completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fÃ¡ctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicaciÃ³n del supuesto legal en el que se sustenta la decisiÃ³n. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicciÃ³n entre los fundamentos y la decisiÃ³n. e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue vÃctima de un engaÃ±o por parte de terceros y ese engaÃ±o lo condujo a la toma de una decisiÃ³n que afecta derechos fundamentales. f. DecisiÃ³n sin

motivaciÃ³n, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fÃ¡cticos y jurÃdicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivaciÃ³n reposa la legitimidad de su Ã³rbita funcional. g. Desconocimiento del precedente, hipÃ³tesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurÃdica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h. ViolaciÃ³n directa de la ConstituciÃ³n".

ACCIÃN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo

En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el Ã¡mbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condiciÃ³n de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales. Al respecto ha seÃ±alado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisiÃ³n judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la ConstituciÃ³n, e) a pesar de que la norma en cuestiÃ³n estÃ¡ vigente y es constitucional, "no se adecÃºa a la situaciÃ³n fÃ¡ctica a la cual se aplicÃ³, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente seÃ±alados por el legislador"; (ii) cuando pese a la autonomÃa judicial, la interpretaciÃ³n o aplicaciÃ³n de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretaciÃ³n razonable o "la aplicaciÃ³n final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretaciÃ³n contraevidente (interpretaciÃ³n contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legÃtimos de una de las partes" o cuando en una decisiÃ³n judicial "se aplica una norma jurÃdica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenÃ©utica jurÃdica aceptable tal decisiÃ³n judicial; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposiciÃ³n aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la ConstituciÃ³n; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza "para un fin no previsto en la disposiciÃ³n"; (vi) cuando la decisiÃ³n se funda en una interpretaciÃ³n no sistemÃ¡tica de la norma, omitiendo el anÃ¡lisis de otras disposiciones aplicables al caso; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurÃdico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto. Se considera tambiÃ©n que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuaciÃ³n no estÃ¡ justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales; (viii) cuando sin un mÃnimo de argumentaciÃ³n se desconoce el precedente judicial. o (ix) "cuando el juez no aplica la excepciÃ³n de inconstitucionalidad frente a una violaciÃ³n manifiesta de la ConstituciÃ³n".

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-Aspectos constitucionales en materia de discrecionalidad

EMPLEOS DE CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-DiferenciaciÃ³n

Respecto de la diferenciaciÃ³n entre cargos de carrera y cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, se ha seÃ±alado que: "Si los empleados de carrera gozan de una prerrogativa especial cual es la estabilidad en el empleo, garantÃa que no tienen los empleados de libre nombramiento y remociÃ³n pues, como ya se anotÃ³, su permanencia en el cargo depende de la discrecionalidad del empleador, es razonable que, al suprimir los cargos de ambos, se les de un tratamiento diferente, pagando una indemnizaciÃ³n a los de carrera, para compensar de esta forma la pÃ©rdida de la estabilidad por causas ajenas a sus condiciones personales de idoneidad, capacidad y eficiencia profesional en el cumplimiento de sus funciones. "En los empleos de libre nombramiento y remociÃ³n, dado que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad, serÃa ilÃ³gico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones para su desvinculaciÃ³n. De ahÃ que la Corte haya dicho al referirse al plan de retiro compensado de estos funcionarios que "dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remociÃ³n, significa, reconocer y pagar una compensaciÃ³n sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vÃnculo con la administraciÃ³n, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores pÃºblicos.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-Discrecionalidad con que cuenta el nominador no puede ser entendida con un carÃ¡cter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho/DISCRECIONALIDAD RELATIVA EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-RelaciÃ³n con circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia

La discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n no puede ser entendida con un carÃ¡cter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no estÃ¡ emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relaciÃ³n con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisiÃ³n; asÃ las cosas, en principio, los actos de desvinculaciÃ³n de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remociÃ³n no requieren motivaciÃ³n y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan. La misma jurisprudencia constitucional "(…) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contrarÃa la Carta, pues su estabilidad es precaria en atenciÃ³n a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador". Por tal razÃ³n, la finalidad que se busca con dicha permisiÃ³n de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la funciÃ³n de direcciÃ³n, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la ConstituciÃ³n.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-Su existencia en el ordenamiento jurÃdico no puede ser la regla sino la excepciÃ³n

La ConstituciÃ³n ha seÃ±alado la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurÃdico existan cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, que no pueden ser la regla sino la excepciÃ³n. Quien determina que cargos son de libre nombramiento y remociÃ³n es (i) el legislador quien toma dicha decisiÃ³n a travÃ©s de la ley. No obstante la excepciÃ³n no puede convertirse en regla general. En la creaciÃ³n del cargo debe existir (ii) una razÃ³n suficiente que justifique el legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa; dichos cargos ademÃ¡s deben exigir una confianza plena y absoluta o implicar una decisiÃ³n polÃtica. En otras palabras, las funciones del cargo deben desarrollar un papel directivo, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional, en cuyo ejercicio se adopten polÃticas o directrices fundamentales, o los que implican la

necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. (iii) En estas ocasiones el desempeÃ±o del cargo debe "responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluaciÃ³n".

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÃN-Criterios auxiliares para su denominaciÃ³n

La jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios auxiliares para la denominaciÃ³n de un cargo como de libre nombramiento y remociÃ³n, estos criterios son: (i). la naturaleza de las funciones que corresponden a cada cargo y (ii). El grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades. El primer criterio implica que el cargo de libre nombramiento y remociÃ³n debe referirse a cargos de "funciones directivas, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional". Respecto del segundo criterio se entiende que dichos cargos deben "implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple". Pues bien, esta Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en un cargo de libre nombramiento y remociÃ³n y su estabilidad laboral sea precaria, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la ConstituciÃ³n- en el evento que haga parte de un grupo de proteccIÃ³n especial. AsÃ las cosas, son excepciones a la no motivaciÃ³n del acto de desvinculaciÃ³n de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, aquellos casos en los que se estÃ© en presencia de un funcionario que reÃºna los requisitos para pertenecer al retÃ©n social, como padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas prepensionadas o se estÃ© en presencia de una mujer embarazada.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÃN-Facultad de nombrar y remover de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia/PRODURADOR DELEGADO-ActÃºa en nombre del Procurador General de la NaciÃ³n, lo representa y sobre Ã©l recae la confianza intuito personae de parte de Ã©ste/PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÃN-Funciones delegables

El artÃculo 277 de la ConstituciÃ³n PolÃtica permite que el Procurador General de la NaciÃ³n desarrolle por sÃ o por medio de sus delegados una serie de responsabilidades constitucionales para el buen desempeÃ±o del servicio y de la funciÃ³n pÃºblica. Entre estas funciones delegables encontramos: vigilar el cumplimiento de la ConstituciÃ³n, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, defender los intereses colectivos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeÃ±en funciones pÃºblicas, ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes, imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, rendir anualmente informe de su gestiÃ³n al Congreso, exigir a los funcionarios pÃºblicos y a los particulares la informaciÃ³n que considere necesaria. Para el cumplimiento de dichas funciones, la ProcuradurÃ-a tiene atribuciones de policÃa judicial y puede interponer las acciones que considere necesarias. Pues bien, el cumplimiento de las responsabilidades por parte del nominador es el marco necesario de la comprensiÃ³n de la facultad discrecional de remover funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n. El Procurador General de la NaciÃ³n, teniendo una serie de funciones directas no delegables otorgadas por la ConstituciÃ³n acude, en algunos casos, a delegar aquellas que la propia ConstituciÃ³n le permite, circunstancia constitucional que exige que el delegatario goce de la plena confianza respecto de la sujeciÃ³n a las directrices del superior. Es esta una de las razones por las cuales se insiste en que el Procurador Delegado hace las veces del Procurador General de la NaciÃ³n, lo vincula plenamente, lo representa en el ejercicio de determinadas actividades pÃºblicas, y sobre Ã©l recae la confianza intuito personae, como expresamente se manifestÃ³ en la Sentencia C-245 de 1995.

ACCIÃN DE TUTELA CONTRA CONSEJO DE ESTADO-ConfiguraciÃ³n de defectos sustantivos en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

Esta Corte constata que la Sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, de 3 de mayo de 2007, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas, incurriÃ³ en defectos sustantivos por cuanto (i) tomÃ³ como fundamento una norma que no era pertinente al caso, (ii) dejÃ³ de aplicar las normas que eran pertinentes para la decisiÃ³n, y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debÃa aplicar, defectos estos que trajeron como consecuencia la violaciÃ³n del derecho fundamental al debido proceso de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n.

Referencia: Expediente T-2.176.281

Accionante: Edgardo Maya VillazÃ³n, Procurador General de la NaciÃ³n.

Accionado: Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, Sentencia de 3 de mayo de 2007 dentro de la acciÃ³n de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas.

Fallos objeto de revisiÃ³n: Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008 (Segunda instancia)1Â que modificÃ³ la Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 29 de mayo de 2008[1] (Primera instancia), declarando improcedente la acciÃ³n de tutela.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensiÃ³n1

1.1. Derecho fundamental invocado: derecho al debido proceso.

1.2. VulneraciÃ³n alegada: vÃa de hecho en la sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008 -segunda instancia- por:

(i)Defecto fÃ¡ctico por la inconducencia, impertinencia e ineficacia de las pruebas y por error de valoraciÃ³n de las mismas;

(ii) Defecto sustantivo derivado del desconocimiento de: (a) los artÃculos 278, numeral 6Â° de la Carta PolÃtica, 136 de la Ley 201 de 1995[2] y 36 del CÃ³digo Contencioso Administrativo[3]: discrecionalidad del nominador en los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n; (b) los artÃculos 90 de la ConstituciÃ³n PolÃtica y 16 de la Ley 446 de 1998: desproporcionalidad en el monto de la condena; (c) el artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica: prohibiciÃ³n de doble asignaciÃ³n del tesoro.

(iii) Defecto por ignorar el precedente constitucional.

(iv) Defecto orgÃ¡nico por incompetencia de quien adoptÃ³ la decisiÃ³n en segunda instancia.
Â
1.3. Hechos

La SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, del Consejo de Estado, supuestamente violÃ³ el derecho fundamental de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n al debido proceso, como consecuencia de haber confirmado la decisiÃ³n del 11 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de San AndrÃ©s -en descongestiÃ³n del de Cundinamarca-, que anulÃ³ el acto administrativo que declarÃ³ insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remociÃ³n. Y, ademÃ¡s, de haber ordenado el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante el lapso que estuvo desvinculado de la entidad, y no ordenar descontar de esa suma lo recibido mientras laborÃ³ en otras entidades pÃºblicas durante el mismo perÃodo.

1.4. PretensiÃ³n

1.4.1. Se deje sin efectos la sentencia del 3 de mayo de 2007, proferida por la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmÃ³ la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de San AndrÃ©s y, en consecuencia, se ordene a la citada CorporaciÃ³n proferir una nueva decisiÃ³n que respete el debido proceso afectado por los defectos puestos de presente en esta acciÃ³n de tutela.

1.4.2. En defecto de lo anterior solicita que se adopte una de las siguientes decisiones: (i) se ordene el descuento de las sumas devengadas por el seÃ±or ORLANDO DE JESÃS SOLANO BARCENAS, con cargo al erario pÃºblico y durante el tiempo en que estuvo desvinculado de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n; (ii) se reduzca el monto de la indemnizaciÃ³n al tiempo en que, por aplicaciÃ³n de la mÃ¡xima de la experiencia, podÃa estar vinculado el seÃ±or ORLANDO DE JESÃS SOLANO BARCENAS a la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n en el cargo de Procurador Delegado; (iii) se deje sin efecto la decisiÃ³n de reintegro en consideraciÃ³n al tiempo en que el demandado podÃa estar vinculado a la instituciÃ³n en el cargo de Procurador Delegado y a la aplicaciÃ³n del factor confianza que determina el ejercicio de dicho cargo.

1.5. Fundamento de la pretensiÃ³n

1.5.1. Defecto sustantivo:

(i) Desconocimiento de los artÃculos 278 numeral 6Â° de la Carta PolÃtica[4], 136 de la Ley 201 de 1995[5], y 36 del CÃ³digo Contencioso Administrativo[6], dado que para el caso se tiene que:

- Se trata de una decisiÃ³n de carÃ¡cter discrecional[7], que no requiere motivaciÃ³n.

- Las normas que la autorizaban (numeral 6Â° del artÃculo 178 de la Carta PolÃtica y artÃculo 136 de la Ley 201 de 1995) tienen como fin el respeto al principio de la confianza, por lo cual es una decisiÃ³n proporcional a los hechos que le sirven de causa, que no son otros que los que inspiran y mantienen ese principio.

(ii) Se ignoran los artÃculos 90 de la ConstituciÃ³n PolÃtica inciso primero[8] y 16 de la Ley 446 de 1998[9], por desproporcionalidad en el monto de la condena, dado que no se consideraron los criterios establecidos por el Consejo de Estado en relaciÃ³n con la responsabilidad extrapatrimonial del Estado, tales como: la vida probable de la vÃctima; la vida probable de los beneficiarios, el monto del ingreso y la destinaciÃ³n a la propia subsistencia, entre otros. TambiÃ©n se viola el principio de proporcionalidad, porque no se tuvo en cuenta que el tiempo mÃ¡ximo promedio de ejercicio de funciones de un Procurador Delegado es de cuatro (4) aÃ±os, dado que por ser funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n el tiempo de duraciÃ³n en el cargo es normalmente el que corresponde al perÃodo del Procurador General de la NaciÃ³n.

(iii) Desconocimiento de la norma constitucional aplicable al caso.

VulneraciÃ³n del artÃculo 128 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, que consagra la prohibiciÃ³n de recibir mÃ¡s de una asignaciÃ³n que provenga del erario, o de empresas o instituciones donde el Estado tenga parte mayoritaria, por lo cual si se ordena el reintegro de un funcionario se debe descontar lo que hubiera recibido por su trabajo en otras entidades del Estado durante el tiempo que estuvo desvinculado[10], cosa que no ocurriÃ³ en el caso donde se condenÃ³ a la entidad a que se le cancelaran los salarios por todo ese tiempo, sin que se ordenara ningÃºn tipo de descuento por el perÃodo en que se desempeÃ±Ã³ en otro cargo en el sector pÃºblico[11].

1.5.2. Defecto fÃ¡ctico por la inconducencia, impertinencia e ineficacia de las pruebas y por error en la valoraciÃ³n de las mismas.

(i) La decisiÃ³n objeto de la tutela se apoya en un acervo probatorio conformado por pruebas inconducentes, impertinentes e ineficaces[12], pues estÃ¡n encaminadas a demostrar una desviaciÃ³n de poder y una desmejora en la prestaciÃ³n del servicio pÃºblico, cuando la normatividad constitucional y legal[13] al igual que la jurisprudencia han seÃ±alado que esas situaciones son totalmente ajenas al ejercicio de la potestad discrecional del nominador, que sÃ³lo se apoya en el valor confianza, fundamental para integrar el grupo directivo de instituciones como la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n.

(ii) El juez incurriÃ³ en vÃa de hecho, dÃ¡ndole una interpretaciÃ³n errÃ³nea al sustento probatorio[14], ya que con base en el determinÃ³ que el acto fue expedido con una desviaciÃ³n de poder, cuando de las pruebas obrantes en el expediente se desprende claramente que la decisiÃ³n obedeciÃ³ a motivos de confianza[15].

1.5.3. Defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

Se ignoran los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional[16], sobre el ejercicio de la facultad discrecional en lo tocante a la designaciÃ³n y retiro de los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n, donde ha sostenido que en la vinculaciÃ³n o desvinculaciÃ³n de los servidores del nivel directivo, prevalece el elemento confianza, e implica el ejercicio de la facultad discrecional, que no exige ningÃºn tipo de motivaciÃ³n o procedimiento.

1.5.4. Defecto orgÃ¡nico.

Porque la decisiÃ³n objeto de tutela fue estudiada y aprobada por la SubsecciÃ³n A de la SecciÃ³n Segunda del Consejo de Estado, cuando, conforme al artÃculo 14 del Reglamento Interno, debiÃ³ ser estudiada y aprobada en sesiÃ³n conjunta de las subsecciones, *"en consideraciÃ³n a que con la sentencia que se tutela se modificÃ³ -sin advertirlo expresamente- la reiterada y uniforme jurisprudencia de la SecciÃ³n[17] sobre el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remociÃ³n para los empleados pÃºblicos de confianza".*

2. Respuesta del accionado[18].

En escrito del 21 de mayo de 2008, la doctora MarÃa InÃ©s Ortiz Barbosa, en calidad de Presidente de la SecciÃ³n Cuarta del Consejo de Estado, indicÃ³ que conforme a lo dispuesto por el Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen las reglas de competencia, la Sala de instancia no es competente para conocer de la presente solicitud de tutela.

ManifestÃ³ ademÃ¡s que el criterio mayoritario de esa SecciÃ³n para rechazar las acciones de tutela incoadas contra providencias judiciales, se basa en la sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1992.

3. DecisiÃ³n de tutela objeto de revisiÃ³n (Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008. Segunda instancia)

3.1. Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 29 de mayo de 2008[19]. (Primera instancia)

3.1.1. DecisiÃ³n: Se negÃ³ la tutela incoada por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n.

3.1.2. Fundamento de la decisiÃ³n: (i) se valorÃ³ la norma constitucional contentiva de la facultad discrecional, de manera que la interpretaciÃ³n acogida por dicha corporaciÃ³n judicial no es caprichosa, arbitraria o ajena al ordenamiento jurÃdico; (2) la accionada tampoco actuÃ³ por fuera del ordenamiento legal al valorar el acervo probatorio y (iii) en el recurso de apelaciÃ³n interpuesto contra la sentencia de primera instancia la accionante en tutela no se manifestÃ³ respecto del descuento de las sumas devengadas por el demandante en otro cargo pÃºblico.

3.2. ImpugnaciÃ³n[20]

La ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n impugnÃ³ el fallo de primera instancia exponiendo para ello argumentos semejantes a los sostenidos en la demanda.
El seÃ±or Solano BÃ¡rcenas intervino a su vez para oponerse a la impugnaciÃ³n presentada por la accionante21.

3.3. Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 29 de octubre de 2008. (Segunda instancia)[22]

3.3.1. DecisiÃ³n: Se modificÃ³ en su integridad el fallo de primera instancia que negÃ³ la acciÃ³n de amparo, para en su lugar, declararla improcedente,

3.3.2. Fundamento de la decisiÃ³n: El incumplimiento del presupuesto de inmediatez, en tanto desde la fecha de la sentencia emitida por el Consejo de Estado -3 de mayo de 2007-, a la presentaciÃ³n de la tutela inicialmente ante la misma CorporaciÃ³n accionada, siendo rechazada inmediatamente por Ã©sta con proveÃdo del 16 de noviembre de 2007, e instaurada nuevamente en el Seccional de Instancia el 19 de diciembre siguiente, transcurriÃ³ un tÃ©rmino superior a seis (6) meses.

4. ActuaciÃ³n en sede de RevisiÃ³n:

4.1. Solicitud de Pruebas

Mediante auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve (2009), se solicitÃ³ el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el caso del seÃ±or ORLANDO DE JESÃS SOLANO BARCENAS contra la PROCURADURÃA GENERAL DE LA NACIÃN, que fue allegado en copia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

4.2. IntervenciÃ³n del Procurador General de la NaciÃ³n[23]

El Procurador General de la NaciÃ³n tras hacer un recuento de los hechos que dieron lugar a esta demanda, manifestÃ³ que:

- La caracterÃstica mÃ¡s importante referida a los cargos directivos de libre nombramiento y remociÃ³n, es, justamente, la discrecionalidad que le asiste a los nominadores dado que la base de la relaciÃ³n entre Ã©ste y el empleado es la *"confianza"* y no el concepto del denominado "*buen servicio*" que fue acuÃ±ado por la aludida subsecciÃ³n del Consejo de Estado en su sentencia, a propÃ³sito de este caso, con el agravante de que la definiciÃ³n legal de Ã©ste Ãºltimo ya habÃa sido declarada inexequible por la Corte Constitucional a travÃ©s de la Sentencia C-501 de 2005.

- Al desconocer la discrecionalidad del nominador de funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n, esta categorÃa de servidores estÃ¡ llamada a desaparecer, generÃ¡ndose una forma de vinculaciÃ³n con estabilidad laboral casi absoluta.

-En las desvinculaciones de los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n, el acto administrativo es esencialmente no motivado.

- Las pruebas testimoniales recibidas en el trÃ¡mite contencioso se basaron solamente en meras y simples conjeturas o rumores relacionados con el supuesto motivo que tuvo el nominador para dar por terminado el vÃnculo administrativo-laboral.

- Se cambia el sentido que del tÃ©rmino discrecionalidad, se tiene constitucional, legal y jurisprudencialmente, atÃ¡ndolo a la manifestaciÃ³n indeterminada, del "*mejoramiento del servicio*".

4.3. IntervenciÃ³n del ciudadano JosÃ© LeÃ³n Jaramillo Jaramillo[24]

En su calidad de autor del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del doctor Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas, tiene un interÃ©s en el resultado del proceso que hacÃa necesario que se le hubiese citado al proceso Contencioso Administrativo, cosa que no ocurriÃ³ ni por parte de las autoridades judiciales ni por la ProcuradurÃa que tampoco pidiÃ³ su testimonio, o su vinculaciÃ³n al proceso como parte, por lo cual considera vulnerados tanto su derecho a la defensa como el del mismo Estado[25].

En las providencias dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el doctor Solano BÃ¡rcenas, se presentan: (i) un defecto sustantivo, en tanto los fallos cuestionados ordenan el pago de salarios y prestaciones sin descontar los que se hubiesen recibido de otra entidad del Estado; (ii) un defecto fÃ¡ctico, por acciÃ³n valorativa contra evidente, en tanto todos los testimonios, fueron de oÃdas y giraron alrededor de chismes.

4.4. Intervenciones del ciudadano Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas

En sus diferentes intervenciones reitera el carÃ¡cter arbitrario de la decisiÃ³n de declararlo insubsistente y la legalidad de los fallos proferidos en su favor, al tiempo que solicita denegar la acciÃ³n de tutela incoada por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, pues al respecto existe cosa juzgada constitucional por haber sido denegado el amparo en la acciÃ³n presentada por JosÃ© LeÃ³n Jaramillo Jaramillo, dado que, a juicio del interviniente, se trata de *"las mismas partes, los mismos hechos, los mismos conceptos de violaciÃ³n y argumentos de derecho, al igual que las mismas peticiones".*

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseÃ±ada, con base en la ConstituciÃ³n PolÃtica, artÃculos 86 y 241 numeral 9, desarrollados en el Decreto 2591 de 1991 -artÃculos 33 a 36-, y en virtud de Auto del 26 de febrero de 2009 de la Sala de SelecciÃ³n de Tutela NÃºmero Dos de la Corte Constitucional.

2. Problema de constitucionalida (sic)

la Corte debe establecer si en el trÃ¡mite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho seguido por el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas -funcionario de libre nombramiento y remociÃ³n- contra el acto administrativo emitido por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n que lo declarÃ³ insubsistente, se estructuran las causales de procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra decisiones judiciales, en concreto por la configuraciÃ³n de los defectos sustantivo, fÃ¡ctico, orgÃ¡nico, y desconocimiento del precedente, atentatorios contra el derecho consagrado en el artÃculo 29 Superior.

Por tanto corresponde a la CorporaciÃ³n determinar si la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, del Consejo de Estado violÃ³ el derecho fundamental

de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n al debido proceso, como consecuencia de haber confirmado la decisiÃ³n del 11 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de San AndrÃ©s en descongestiÃ³n del de Cundinamarca, que anulÃ³ el acto administrativo que declarÃ³ insubsistente al seÃ±or Solano BÃ¡rcenas- funcionario de libre nombramiento y remociÃ³n- ordenado el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar.

3. Causales genÃ©ricas de procedencia de la acciÃ³n de tutela contra decisiones judiciales

3.1. Causales genÃ©ricas

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumaciÃ³n de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un tÃ©rmino razonable a partir del hecho que originÃ³ la vulneraciÃ³n[26]; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilÃcita obtenida con violaciÃ³n de esos derechos[27]; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneraciÃ³n como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneraciÃ³n si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela[28].

3.2. LegitimaciÃ³n en la causa de las personas jurÃdicas
Â
3.2.1. Esta CorporaciÃ³n ha reiterado que el tÃ©rmino "persona" contenido en el artÃculo 86 de la constituciÃ³n PolÃtica, comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurÃdicas, en tanto en dicha norma no se establece ninguna distinciÃ³n entre ellas. Sobre el particular la Corte Constitucional, sostuvo lo siguiente:

"Como lo ha anotado ya la Corte Constitucional a propÃ³sito de la tutela, las personas jurÃdicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vÃas:

"a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protecciÃ³n gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

"b) Directamente: cuando las personas jurÃdicas son Titulares de derechos fundamentales no porque actÃºan en sustituciÃ³n de sus miembros, sino que lo son por sÃ mismas, siempre, claro estÃ¡, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas"[29].

3.2.2. Las personas jurÃdicas pueden considerarse titulares directas de derechos fundamentales, como los de libre asociaciÃ³n, debido proceso, buen nombre, igualdad, los cuales pueden ser desconocidos o amenazados por la acciÃ³n u omisiÃ³n de las autoridades o los particulares en los casos expresamente seÃ±alados por la ley (decreto 2591 de 1991, art. 42). De esta manera se entienden legitimadas para solicitar el amparo constitucional como mecanismo de protecciÃ³n de esos derechos. En consecuencia la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n estÃ¡ legitimada para interponer la acciÃ³n de tutela de la referencia.

3.3. Inmediatez

3.3.1. La inmediatez en la protecciÃ³n de los derechos fundamentales que se invocan como violados ha sido abordada por la Corte en forma reiterada a partir de la Sentencia SU-961 de 1999[30], en la que se precisÃ³ que en cada caso concreto es el juez quien debe establecer la razonabilidad del tÃ©rmino transcurrido entre el hecho vulnerante y la fecha en que se solicita el amparo, *"impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acciÃ³n"*[31].

3.3.2. Al evolucionar el concepto de inmediatez, la Corte estableciÃ³ algunos aspectos que deberÃan tomarse en cuenta al establecer la oportunidad en la presentaciÃ³n de una solicitud de amparo entre ellos: *"1) si existe un motivo vÃ¡lido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el nÃºcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisiÃ³n y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acciÃ³n y la vulneraciÃ³n de los derechos de los interesados"*[32]

3.3.3. La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en razÃ³n de la procciÃ³n de la seguridad jurÃdica generada por el carÃ¡cter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces. Por ello, aÃºn admitiÃ©ndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad establecidas para estos casos, la protecciÃ³n de la seguridad jurÃdica y los derechos de terceros demanda la solicitud inmediata del amparo que, de no presentarse, desvirtÃºa la necesidad de la protecciÃ³n inmediata al igual que la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado[33].

3.3.4. En el caso se encuentra que la acciÃ³n fue interpuesta en forma oportuna porque entre la fecha en que se decidiÃ³ que no procedÃa la aclaraciÃ³n del fallo (30 de agosto de 2007) y la fecha en que se interpuso la tutela (inicialmente la tutela se presentÃ³ ante el Consejo de Estado del 16 de noviembre y fue rechazada por Ã©ste mediante providencia de la misma fecha para ser presentada nuevamente el 19 de diciembre de 2007, habÃan transcurrido 2 meses y medio en el primer caso y 3 meses y medio en la segunda oportunidad.

3.4. Otros mecanismos de defensa

Al responder la demanda, interponer el recurso de apelaciÃ³n y en los alegatos de instancia, la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n puso el Ã©nfasis en que el cargo que ocupaba el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas es de libre nombramiento y remociÃ³n, fundado exclusivamente en la confianza. Igualmente reiterÃ³ que la designaciÃ³n o retiro de un procurador delegado obedece a la potestad discrecional del nominador.

En relaciÃ³n con el tema de los descuentos de lo recibido de otras entidades del Estado entre el retiro y el reintegro, dado que en sentencia de primera instancia Ã©stos no se mencionaron, el demandante tuvo oportunidad de alegar en la apelaciÃ³n la necesidad de incluirlos y no lo hizo. Solo despuÃ©s de emitido el fallo de segunda instancia dentro del proceso contencioso administrativo la ProcuradurÃa solicitÃ³ la aclaraciÃ³n[34], que le fue negada; en tanto, al resolver la apelaciÃ³n, la decisiÃ³n del a quo fue confirmada en su integridad, de manera que la parte resolutiva no fue modificada. AdemÃ¡s, seÃ±alÃ³ el ad quem que lo que permite una aclaraciÃ³n son los conceptos que ofrezcan motivo de duda y no la inconformidad con la sentencia[35]. AsÃ las cosas, la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n participÃ³ durante el trÃ¡mite judicial contencioso que culminÃ³ con fallo favorable al demandante, agotÃ¡ndose los mecanismos ordinarios.

3.5. Otras causales

2.1.4 Por lo demÃ¡s, el actor (i) identifica la autoridad y el hecho que afecta sus derechos y (ii) no se trata de una acciÃ³n contra un fallo de tutela.

4. Causales especÃficas de procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra providencias judiciales

En Sentencia C-590 de 2005[36], esta CorporaciÃ³n precisÃ³ las causales especiales de procedibilidad de la acciÃ³n de amparo contra sentencias, especificando que cualquiera de ellas que se invoque debe estar plenamente probada. Tales causales son:

“a. Defecto orgÃ¡nico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profiriÃ³ la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuÃ³ completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fÃ¡ctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicaciÃ³n del supuesto legal en el que se sustenta la decisiÃ³n.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[37] o que presentan una evidente y grosera contradicciÃ³n entre los fundamentos y la decisiÃ³n.

e. Error inducido[38], que se presenta cuando el juez o tribunal fue vÃctima de un engaÃ±o por parte de terceros y ese engaÃ±o lo condujo a la toma de una decisiÃ³n que afecta derechos fundamentales.

f. DecisiÃ³n sin motivaciÃ³n, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fÃ¡cticos y jurÃdicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivaciÃ³n reposa la legitimidad de su Ã³rbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipÃ³tesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurÃdica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[39].

h. ViolaciÃ³n directa de la ConstituciÃ³n”.[40]

Para resolver el caso la Corte analizarÃ¡, en primer lugar, cada una de las vÃas de hecho alegadas - defecto sustantivo, fÃ¡ctico, orgÃ¡nico, el desconocimiento del precedente constitucional[41]y la violaciÃ³n directa de la ConstituciÃ³n- circunscribiÃ©ndolas al caso concreto. En el evento en que fruto del anÃ¡lisis prospere alguna de las causales alegadas, estima esta Corte que no es indispensable referirse a las restantes.

5. Defecto sustantivo en la jurisprudencia constitucional

Se examinarÃ¡, especÃficamente, la jurisprudencia constitucional sobre el defecto sustantivo, para posteriormente evaluar los fundamentos esbozados en la demanda de tutela.

5.1. En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el Ã¡mbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condiciÃ³n de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales[42]. Al respecto ha seÃ±alado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisiÃ³n judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente[43], b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada[44], c) es inexistente[45] d) ha sido declarada contraria a la ConstituciÃ³n[46], e) a pesar de que la norma en cuestiÃ³n estÃ¡ vigente y es constitucional, *“no se adecÃºa a la situaciÃ³n fÃ¡ctica a la cual se aplicÃ³, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente seÃ±alados por el legislador”*[47]; (ii) cuando pese a la autonomÃa judicial, la interpretaciÃ³n o aplicaciÃ³n de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretaciÃ³n razonable[48] o *“la aplicaciÃ³n final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretaciÃ³n contraevidente (interpretaciÃ³n contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legÃ-timos de una de las partes”*[49] o cuando en una decisiÃ³n judicial *“se aplica una norma jurÃdica de manera manifiestamente errada, sacando del*

marco de la juridicidad y de la hermenÃ©utica jurÃdica aceptable tal decisiÃ³n judicial"[50]; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes[51], (iv) la disposiciÃ³n aplicada se muestra, injustificadamente regresiva[52] o contraria a la ConstituciÃ³n[53]; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza *"para un fin no previsto en la disposiciÃ³n"*[54]; (vi) cuando la decisiÃ³n se funda en una interpretaciÃ³n no sistemÃ¡tica de la norma, omitiendo el anÃ¡lisis de otras disposiciones aplicables al caso[55]; (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurÃdico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto[56].

5.2. Se considera tambiÃ©n que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuaciÃ³n no estÃ¡ justificada en forma suficiente[57] de manera que se vulneran derechos fundamentales[58]; (viii) *cuando sin un mÃnimo de argumentaciÃ³n se desconoce el precedente judicial*[59]*. o (ix) "cuando el juez no aplica la excepciÃ³n de inconstitucionalidad frente a una violaciÃ³n manifiesta de la ConstituciÃ³n*[60]*".*

6. Defecto sustantivo alegado: violaciÃ³n de los artÃculos 278 numeral 6Â° de la Carta PolÃtica[61], 136 de la Ley 201 de 1995[62] y 36 del CÃ³digo Contencioso Administrativo

Para analizar este aspecto del defecto sustantivo alegado, se revisarÃ¡n en primer lugar, los (i) aspectos constitucionales y legales relacionados con la discrecionalidad en materia de cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, en segundo lugar, (ii) se esbozarÃ¡n los argumentos del demandante y de las sentencias de la jurisdicciÃ³n contenciosa administrativa, para finalmente (iii) analizar el caso concreto.

6.1. Discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n

6.1.1. Aspectos Constitucionales

6.1.1.1. La ConstituciÃ³n de 1991 estableciÃ³ como regla general para el acceso a los cargos pÃºblicos el sistema de carrera. No obstante, la Carta seÃ±alÃ³ que se exceptÃºan de dicho sistema los cargos de elecciÃ³n popular, *los de libre nombramiento y remociÃ³n, los trabajadores oficiales y los demÃ¡s que determine la ley.*[63]

6.1.1.2. AsÃ entonces, el principio que cobija las relaciones laborales del sistema de carrera es el de estabilidad laboral y, por lo tanto, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona requieren de motivaciÃ³n. No obstante, y consecuentes con lo mencionado, *"la jurisprudencia de esta CorporaciÃ³n ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artÃculo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados."*[64] En consecuencia, aquellas personas que ocupan cargos de carrera tienen una estabilidad mayor que aquellos que ocupan cargos de libre nombramiento y remociÃ³n cuya estabilidad es mÃ¡s *"dÃ©bil"* por cuanto pueden ser separados del cargo por la voluntad discrecional del nominador.[65]

6.1.1.3. Por consiguiente, teniendo como base la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la funciÃ³n de direcciÃ³n[66], entre otros[67], los cargos de *libre nombramiento y remociÃ³n* no requieren para que el funcionario allÃ nombrado sea desvinculado de motivaciÃ³n alguna[68]. Al respecto ha seÃ±alado esta CorporaciÃ³n:

Â "(…)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relaciÃ³n con su desempeÃ±o, no serÃ¡ removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remociÃ³n, "pues para Ã©stos la vinculaciÃ³n, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviaciÃ³n de poder.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnizaciÃ³n) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remociÃ³n 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"[69].

6.1.1.4. Respecto de la diferenciaciÃ³n entre cargos de carrera y cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, se ha seÃ±alado que

"Si los empleados de carrera gozan de una prerrogativa especial cual es la estabilidad en el empleo, garantÃa que no tienen los empleados de libre nombramiento y remociÃ³n pues, como ya se anotÃ³, su permanencia en el cargo depende de la discrecionalidad del empleador, es razonable que, al suprimir los cargos de ambos, se les de un tratamiento diferente, pagando una indemnizaciÃ³n a los de carrera, para compensar de esta forma la pÃ©rdida de la estabilidad por causas ajenas a sus condiciones personales de idoneidad, capacidad y eficiencia profesional en el cumplimiento de sus funciones.

"En los empleos de libre nombramiento y remociÃ³n, dado que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad, serÃa ilÃ³gico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones para su desvinculaciÃ³n. De ahÃ que la Corte haya dicho al referirse al plan de retiro compensado de estos funcionarios que "dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remociÃ³n, significa, reconocer y pagar una compensaciÃ³n sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vÃnculo con la administraciÃ³n, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores pÃºblicos." [70"71]

6.1.1.5. Ahora bien, la discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n no puede ser

entendida con un carÃ¡cter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no estÃ¡ emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relaciÃ³n con las *circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia* que puede darse con la toma de la decisiÃ³n;[72] asÃ las cosas, en principio, los actos de desvinculaciÃ³n de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remociÃ³n no requieren motivaciÃ³n y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan[73]. La misma jurisprudencia constitucional *"(...) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contrarÃa la Carta, pues su estabilidad es precaria en atenciÃ³n a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador"*[74]. Por tal razÃ³n, la finalidad que se busca con dicha permisiÃ³n de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la funciÃ³n de direcciÃ³n, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la ConstituciÃ³n.[75]

6.1.1.6. Por ende la propia ConstituciÃ³n ha seÃ±alado la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurÃdico existan cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, que no pueden ser la regla sino la excepciÃ³n. Quien determina que cargos son de libre nombramiento y remociÃ³n es (i) el legislador quien toma dicha decisiÃ³n a travÃ©s de la ley. No obstante la excepciÃ³n no puede convertirse en regla general. En la creaciÃ³n del cargo debe existir (ii) una razÃ³n suficiente que justifique el legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa; dichos cargos ademÃ¡s deben exigir una confianza plena y absoluta o implicar una decisiÃ³n polÃtica. En otras palabras, las funciones del cargo deben desarrollar un papel directivo, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional, en cuyo ejercicio se adopten polÃticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades[76]. (iii) En estas ocasiones el desempeÃ±o del cargo debe *"responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluaciÃ³n"*[77]

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios auxiliares para la denominaciÃ³n de un cargo como de libre nombramiento y remociÃ³n, estos criterios son: (i). la naturaleza de las funciones que corresponden a cada cargo y (ii). el grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades.[78] El primer criterio implica que el cargo de libre nombramiento y remociÃ³n debe referirse a cargos de *"funciones directivas, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional". Respecto del segundo criterio se entiende que dichos cargos deben "implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple"*

6.1.1.7. Pues bien, esta Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en un cargo de libre nombramiento y remociÃ³n y su estabilidad laboral sea precaria, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la ConstituciÃ³n- en el evento que haga parte de un grupo de protecciÃ³n especial.[79] AsÃ las cosas, son excepciones a la no motivaciÃ³n del acto de desvinculaciÃ³n de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, aquellos casos en los que se estÃ© en presencia de un funcionario que reÃºna los requisitos para pertenecer al retÃ©n social,[80] como padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas prepensionadas[81] o se estÃ© en presencia de una mujer embarazada.[82]

6.1.2. Aspectos legales. La ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n

6.1.2.1. La ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n es un Ã³rgano de control de origen constitucional[83]. La misma Carta seÃ±ala que el Procurador General de la NaciÃ³n, por sÃ o por intermedio de sus delegados o agentes, ejercerÃ¡ una serie de funciones establecidas por la ConstituciÃ³n.[84] Sin embargo, existen una funciones especÃficas que deben ser cumplidas directamente por el Procurador General[85], entre las que se encuentra la de *nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia*.

6.1.2.2. Pues bien, la ley 27 de 1992[86] que desarrollaba el artÃculo 125 de la ConstituciÃ³n, seÃ±alÃ³ en su artÃculo 4Â° aquellos empleos que serÃan de carrera y aquellos que serÃan de libre nombramiento y remociÃ³n. De igual manera el parÃ¡grafo de dicho artÃculo indicaba que los Procuradores Delegados ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, tendrÃan el mismo perÃodo de los funcionarios ante los cuales actuaran. Dichos contenidos normativos fueron demandados por inconstitucionales, razÃ³n por la cual esta CorporaciÃ³n en ejercicio de sus competencias seÃ±alÃ³ que la suprema direcciÃ³n del Ministerio PÃºblico estÃ¡ en cabeza del Procurador General de la NaciÃ³n, lo que necesariamente implica que los diferentes Ã³rganos y funcionarios que lo conforman se encuentran *articulados y subordinados orgÃ¡nica, funcional y tÃ©cnicamente a dicha instituciÃ³n y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y seÃ±ala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos Ã³rganos a efecto de asegurar la coordinaciÃ³n de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones*.[87]

6.1.2.3. Respecto del cargo de Procurador Delegado se indicÃ³ *que "es un alter ego del Procurador, hace las veces de Ã©ste, y lo vincula plena y totalmente. AquÃ opera la figura de la representatividad, por cuanto el delegado actÃºa en nombre del delegante. Es una transferencia de la entidad propia -en nivel jurÃdico, no real- a otro, con tres notas: plena potestad, autonomÃa de ejecuciÃ³n y confianza intuito personae"*[88]. SeÃ±alando tambiÃ©n que la autonomÃa e independencia con que actÃºan los delegados del Procurador se predica frente a los funcionarios ante los cuales ejercen sus funciones, mÃ¡s no con respecto al Procurador General de la NaciÃ³n, *del cual son dependientes o subordinados.*

6.1.2.4. Posteriormente la ley 201 de 1995 estableciÃ³ la estructura y organizaciÃ³n de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. En esta se seÃ±alÃ³ a los Procuradores Delegados como integrantes del nivel central[89], fungiendo como agentes del Procurador General[90], ejerciendo las funciones que les seÃ±alara la ley o las que les fueran delegadas por el Procurador General de la NaciÃ³n[91]. El cargo de Procurador Delegado estaba establecido como de libre nombramiento y remociÃ³n[92].

6.1.2.5. En relaciÃ³n con los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n en la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, esta CorporaciÃ³n afirmÃ³ que dicho seÃ±alamiento *"no vulnera en sÃ mism[o] (sic) la Carta. NingÃºn obstÃ¡culo constitucional impide la provisiÃ³n de los empleos de la*

mencionada clase se realicen por nombramiento ordinario, por lo cual los artÃculos 135, 137 y 180 de la Ley 201 de 1995, en los apartes demandados, serÃ¡n declarados exequibles, ya que tales normas se limitan a indicar que en el Ministerio PÃºblico existen cargos de libre nombramiento y remociÃ³n, y que la provisiÃ³n de los mismos se harÃ¡ por nombramiento ordinario"[93]. La anterior ley fue derogada por el Decreto - Ley 262 de 2000[94] el cual modificÃ³ la estructura y la organizaciÃ³n de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. En este cuerpo normativo se establece que la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n ejercerÃ¡ sus funciones bajo la suprema direcciÃ³n del Procurador General de la NaciÃ³n[95]. Dentro de las funciones[96] del Procurador General se encuentra la de ejercer directamente aquellas seÃ±aladas en el art. 278 constitucional, como la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia; distribuir las funciones y competencias atribuidas en la ConstituciÃ³n o la ley a la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, entre las distintas dependencias y servidores de la entidad; designar el funcionario que conocerÃ¡ de los asuntos en los cuales al Viceprocurador General le sea aceptado impedimento o resultare procedente una recusaciÃ³n; expedir, como supremo director del Ministerio PÃºblico, las directivas y circulares que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones pÃºblicas y para prevenir la comisiÃ³n de faltas disciplinarias de los servidores pÃºblicos, entre muchas otras. Igualmente se seÃ±ala que las funciones del art. 277 constitucional[97] y cualquier otra atribuida por el legislador podrÃ¡n ejercerlas el Procurador General o delegarlas en cualquier servidor pÃºblico o dependencia de la entidad, acorde con el mismo Decreto ley. Se agrega que las funciones y competencias que en ese decreto se atribuyen a las procuradurÃas delegadas, se ejercerÃ¡n si el Procurador General de la NaciÃ³n resuelve asignarlas, distribuirlas o delegarlas en virtud de las facultades previstas en este artÃculo. No obstante, el Procurador General podrÃ¡ ejercer dichas funciones, pudiendo asumirlas en cualquier momento o delegarlas en otros funcionarios, dependencias de la entidad o comisiones especiales disciplinarias.

6.1.2.6. La jurisprudencia constitucional posterior ratificÃ³ la flexibilidad y precariedad de la estabilidad laboral de los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n. EspecÃficamente, respecto de la evaluaciÃ³n a dicha clase de funcionarios, se afirmÃ³ que permite que la separaciÃ³n eventual del cargo sea mÃ¡s objetiva; sin embargo en el evento de que la evaluaciÃ³n no existiere el Procurador podrÃa optar por hacerla. No obstante lo anterior, se hace claridad precisando que la posibilidad de evaluaciÃ³n a los funcionarios referidos en momento alguno se opone a la facultad de libre nombramiento y remociÃ³n que puede ejercer el Procurador cuando lo considere necesario, ni puede entenderse que deben ser obligatoriamente evaluados para ejercer la potestad de remociÃ³n[98]. Lo anterior ratifica el margen del Procurador General de la NaciÃ³n, como supremo director de la entidad, en el ejercicio de la libertad de nombramiento y remociÃ³n de los funcionarios que accedan a dicho tipo de cargos.

6.1.2.7. Ahora bien, respecto de los Procuradores Delegados se puede afirmar que hacen parte del nivel central de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n[99], dependen directamente del Procurador General de la NaciÃ³n[100] y su empleo es de libre nombramiento y remociÃ³n[101]. Por tal razÃ³n, pueden ser retirados del servicio a travÃ©s de la situaciÃ³n administrativa denominada "insubsistencia discrecional", entendida como la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n[102].

6.2. Argumentos de la demanda de tutela y de las sentencias de la JurisdicciÃ³n Contencioso Administrativa

6.2.1. ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n[103]

6.2.1.1. Se afirma, en cabeza del entonces Procurador General, que la Sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A, violÃ³ el debido proceso al desconocer y transgredir los artÃculos 278 numeral 6Â° de la ConstituciÃ³n, 136 de la ley 201 de 1995 y 36 del CÃ³digo Contencioso Administrativo. Se indica que el acto administrativo atacado en nulidad fue proferido por el Procurador General de la NaciÃ³n (E), con fundamento en los artÃculos ya mencionados. El primero de ellos indica que el Procurador General de la NaciÃ³n ejercerÃ¡ directamente la funciÃ³n de nombrar y remover de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. El segundo seÃ±ala que los Procuradores Delegados son empleados de libre nombramiento y remociÃ³n. Y finalmente, la norma del CÃ³digo Contencioso Administrativo manifiesta que el contenido de una decisiÃ³n, de carÃ¡cter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

6.2.1.2. Con base en dichas normas, se insiste, el acto administrativo demandando es legal y conforme a las potestades que ostenta el Jefe del Ministerio PÃºblico para retirar del servicio a los Procuradores Delegados, sin que se requiera un procedimiento previo ni mucho menos motivaciÃ³n. Se agrega que la discrecional es fundamental en este tipo de actos administrativos en razÃ³n de la especialidad de la relaciÃ³n laboral entre el jefe de la entidad y sus empleados de libre nombramiento y remociÃ³n, la cual se caracteriza por el alto grado de confianza y colaboraciÃ³n para el direccionamiento de la respectiva entidad. El demandante expresa que la jurisprudencia contencioso administrativa no sÃ³lo ha admitido la legalidad de la solicitud o peticiÃ³n de renuncia a funcionarios de alto nivel, en consideraciÃ³n a su investidura, sino tambiÃ©n la legalidad de la desvinculaciÃ³n a travÃ©s de la declaratoria de insubsistencia, mÃ¡s aÃºn cuando esta figura se encuentra concebida legalmente.

6.2.1.3. Por tal razÃ³n, el demandante afirma que la sentencia objeto de tutela desconoce las atribuciones constitucionales y legales del Procurador General de la NaciÃ³n para ejercer la potestad discrecional en relaciÃ³n con el nombramiento y remociÃ³n de los Procuradores Delegados, que se soporta en la confianza. Se adiciona que la sentencia que se ataca confunde la potestad discrecional de libre nombramiento y remociÃ³n fundamentada en razones de confianza, con la facultad discrecional que obedece al mejoramiento del servicio. En consecuencia, el acto administrativo declarado nulo cumpliÃ³ con los presupuestos seÃ±alados en la norma constitucional y en las disposiciones legales ya referidas.

6.2.2. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de San AndrÃ©s, Providencia y Santa Catalina, de marzo 11 de 2004, Primera Instancia en la AcciÃ³n de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el seÃ±or Solano Barcenas[104]

6.2.2.1. Advierte la Sentencia que la finalidad de la acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige a que el juez administrativo

verifique la legalidad del acto administrativo demandado. El juicio consiste -se afirma- en determinar si el acto administrativo se ajusta o no a las normas de superior jerarquÃa. Se indica que *"no es del caso realizar tal anÃ¡lisis frente a normas de orden constitucional, a menos que ellas deban aplicarse en forma directa por no existir norma legal aplicable al caso, lo que ocurre en esta litis."*

6.2.2.2. Afirma la providencia que para la prosperidad del cargo por desvÃo de poder contra el acto declaratorio de insubsistencia, es necesario la plena prueba de los hechos constitutivos del desvÃo de poder, esto es, que se acredite que los fines perseguidos con la expediciÃ³n del acto no fueron la satisfacciÃ³n del interÃ©s pÃºblico ni el logro del buen servicio pÃºblico. AsÃ las cosas, y luego de basarse en testimonios recibidos respecto de los antecedentes administrativos del actor y la personalidad del nominador encargado, se concluye que en el *"Consejo de Procuradores"* el seÃ±or Solano Barcenas asumiÃ³ una *"actitud prudente dada su situaciÃ³n de estar investigado por la FiscalÃa"* al abstenerse de opinar respecto del tema propuesto en dicho Consejo, razÃ³n por la cual el nominador habrÃa ordenado su inmediata separaciÃ³n del cargo. Por tal razÃ³n, el Tribunal no encontrÃ³ que la abstenciÃ³n manifiesta del actor a dar la opiniÃ³n solicitada a su superior, fuere ilegal o contraria a derecho, mÃ¡s aÃºn cuando el actor dijo abiertamente cual era la causa de la misma. En consecuencia, concluye la sentencia que los motivos que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia no tuvieron como finalidad el buen servicio pÃºblico sino que al parecer *"constituyen el reflejo de un momento emocional del funcionario que para la fecha de expediciÃ³n del acto demandado, detentaba la facultad de libre nombramiento y remociÃ³n".* Con base en lo anterior, se asevera que la presunciÃ³n de legalidad del acto demandado quedÃ³ desvirtuada, motivo por el cual se declara la nulidad solicitada y el restablecimiento del derecho.

6.2.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo SecciÃ³n Segunda- SubsecciÃ³n A- de 3 de mayo de 2007. Segunda Instancia en la AcciÃ³n de Nulidad y Restablecimiento del Derecho referida[105]

6.2.3.1. En esta providencia se constatÃ³ que el demandante era empleado sujeto al rÃ©gimen de libre nombramiento y remociÃ³n, no estaba inscrito en carrera, no gozaba de periodo fijo, ni tenÃa a su favor ningÃºn otro fuero de relativa estabilidad laboral en su cargo. Por tanto, se afirma, su nombramiento podÃa declararse insubsistente en cualquier momento sin motivaciÃ³n ninguna, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador. Se asevera que una medida semejante se supone inspirada en *"razones del buen servicio"* y el acto que ella contiene goza de la presunciÃ³n de legalidad.

6.2.3.2. Se seÃ±ala igualmente que el cargo desempeÃ±ado por el demandante de Procurador Delegado fue concebido como un empleo de "absoluta confianza" del Supremo Director del Ministerio PÃºblico, en los tÃ©rminos del artÃculo 277 constitucional, pues quien desempeÃ±a aquella dignidad no solo ejerce dicha funciÃ³n en calidad de representante suyo sino, ademÃ¡s, se somete a las polÃticas, programas y proyectos implementados al interior del organismo. Precisamente, se agrega, en razÃ³n del grado inmenso de confidencialidad que se predica respecto de los procuradores delegados y judiciales, es que se ha permitido al nominador un margen amplio de discrecionalidad para decidir acerca de la permanencia de estos empleados en la funciÃ³n pÃºblica, sin que puedan desconocerse presupuestos normativos de la ley. Sin embargo, no quiere lo anterior decir, que dicha facultad sea absoluta.

6.2.3.3. La sentencia analiza si existiÃ³ desviaciÃ³n de poder, por cuanto se entiende que el problema jurÃdico gira en torno a si la insubsistencia acusada no obedece a "razones del servicio" sino a la animadversiÃ³n y rivalidad que le profesaba el entonces Procurador General de la NaciÃ³n (e) al demandante. Por consiguiente, y despuÃ©s de valorar nuevamente los diferentes testimonios rendidos, se afirma que existe prueba de que la causa eficiente de la declaratoria de insubsistencia obedece a la "animadversiÃ³n que le profesaba el entonces Procurador General de la NaciÃ³n (E) [al demandante] quien aprovecha la situaciÃ³n de incertidumbre que reinaba en ese momento en el Ã³rgano de control...". Por tanto, se encuentra la existencia de un "serio indicio" de la desviaciÃ³n de poder en que incurre la administraciÃ³n al desvincular al demandante de la entidad "*sin consideraciÃ³n alguna del buen servicio como sustento obligatorio de una medida discrecional".*

6.2.3.4. Posteriormente se realiza un anÃ¡lisis teÃ³rico de la prueba indiciaria. Finalmente se concluye que el retiro del demandante no obedeciÃ³ a razones del buen servicio sino al simple capricho personal del nominador quien, sin ninguna fÃ³rmula de juicio ni valoraciÃ³n prÃ¡ctica alguna, resolviÃ³ prescindir de un funcionario pÃºblico. Por los anteriores argumentos se confirma la decisiÃ³n de primera instancia.

7. El Caso Concreto

Respecto del primer argumento -violaciÃ³n de los artÃculos 278 numeral 6Â° de la Carta PolÃtica[106], 136 de la Ley 201 de 1995[107] y 36 del CÃ³digo Contencioso Administrativo-, encuentra esta CorporaciÃ³n que efectivamente la sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A de 3 de mayo de 2007, incurre en causal especÃfica de procedibilidad de la tutela contra providencia judiciales, al haber sido dictada incurriendo en un defecto sustantivo. Lo anterior con base en los siguientes argumentos constitucionales:

7.1. La propia ConstituciÃ³n convalida la existencia, en nuestro ordenamiento, de cargos de libre nombramiento y remociÃ³n[108]. Ella misma faculta al legislador para que determine los cargos que son de libre nombramiento y remociÃ³n, teniendo una razÃ³n suficiente para establecer excepciones a la carrera administrativa y seÃ±alando cargos que exijan una confianza plena y absoluta, quiere esto decir que sean cargos que desarrollen *un papel directivo, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional, en cuyo ejercicio se adopten polÃticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades*[109]. La jurisprudencia constitucional ha establecido como criterios auxiliares para la denominaciÃ³n de un cargo como de libre nombramiento y remociÃ³n, la naturaleza de las *funciones que corresponden a cada cargo (debe referirse a cargos de funciones directivas, de manejo, de conducciÃ³n u orientaciÃ³n institucional)* y el grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades *(debe implicar un alto grado de confianza, es decir, "de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple).*

7.2. La comprensiÃ³n constitucional (numeral 6.1.1) respecto de estos cargos implica que el nominador goza de un amplio margen de

discrecionalidad para la remociÃ³n del funcionario; inversamente proporcional a la estabilidad laboral precaria e Ãnfima de que goza el servidor. Dicha discrecionalidad tiene como sustento que los servidores que ejerzan la funciÃ³n pÃºblica en dichos cargos de libre remociÃ³n deben gozar de la *plena confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal y el sometimiento a la direcciÃ³n* -entre otros- de parte del nominador. Dichas tipologÃas respecto del nominador traen consigo que el uso de la discrecionalidad pueda ejercerse en cualquier momento de la relaciÃ³n laboral. En consecuencia, la exigencia de dichas particularidades respecto del nominador de cargos de libre remociÃ³n, es atemporal y puede hacerse valer mientras se goce de la facultad legal tanto de nombrar como de remover.

Precisamente dichos distintivos respecto del nominador, hacen que los actos que declaran la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remociÃ³n no requieran de motivaciÃ³n por ser apreciaciones discrecionales, libres y facultativas del nominador. Esta Corte ha aceptado que dicha facultad no es absoluta y que la relatividad de la misma -lo que permite su ejercicio- deriva de las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que pueden darse con la toma de la decisiÃ³n.[110]

7.3. La ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, como Ã³rgano constitucional, estÃ¡ en cabeza del Procurador General, direcciÃ³n suprema reiterada en los diferentes contenidos normativos que han estructurado el Ministerio PÃºblico[111]. El Procurador General, por sÃ o por intermedio de sus *delegados o agentes*, ejercerÃ¡ una serie de funciones establecidas por la ConstituciÃ³n. Algunas funciones especÃficas deben ser cumplidas directamente por el Procurador General entre las que se encuentra la de *nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.* Que el Procurador General tenga la suprema direcciÃ³n del Ministerio PÃºblico implica que los diferentes Ã³rganos y funcionarios que lo conforman se encuentran *articulados y subordinados orgÃ¡nica, funcional y tÃ©cnicamente a dicha instituciÃ³n y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y seÃ±ala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos Ã³rganos a efecto de asegurar la coordinaciÃ³n de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones*.[112]

Las diferentes normas con fuerza de ley que han organizado y estructurado la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, han seÃ±alado el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remociÃ³n, respecto del cual constitucionalmente se ha comprendido que es un alter ego del Procurador, hace las veces de Ã©ste, y lo vincula plena y totalmente. El Procurador Delegado actÃºa en nombre del Procurador General, lo representa y sobre Ã©l debe recaer la confianza intuito personae de parte de Ã©ste.

7.4. De una parte, se ha probado dentro del proceso de tutela que a julio de 1996, el seÃ±or JosÃ© LeÃ³n Jaramillo Jaramillo ejercÃa como Procurador General de la NaciÃ³n (E); por tal razÃ³n era el *Supremo Director de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n* y contaba con la facultad constitucional de *remover, de conformidad con la ley, a los funcionarios de su dependencia*. De otra parte, se tiene por cierto que el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas, para la misma Ã©poca, se desempeÃ±aba en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia de la AutonomÃa, la DescentralizaciÃ³n y los Derechos de las Entidades Territoriales, cargo que de acuerdo con la ley 201 de 1995[113] -vigente en ese momento- era de libre nombramiento y remociÃ³n. En otras palabras, el legislador de 1995 determinÃ³, en uso de la libertad de configuraciÃ³n legislativa que le es propia, que el cargo de Procurador Delegado serÃa de aquellos de libre nombramiento y remociÃ³n, teniendo razones suficientes para establecerlo como excepciÃ³n a la carrera administrativa, por cuanto exigÃa una confianza plena y absoluta por parte del nominador.

Pues bien, mediante Decreto 294 de julio de 1996 se declarÃ³ insubsistente el nombramiento del seÃ±or Solano BÃ¡rcenas en el cargo de Procurador Delegado el cual ostentaba. AsÃ las cosas, en principio, el Procurador General de la NaciÃ³n (E), siendo el supremo director de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, en uso de su facultad constitucional y habiendo removido *(declarado insubsistente)* al seÃ±or Solano BÃ¡rcenas como Procurador Delegado, actuÃ³ ajustado a la ConstituciÃ³n[114] por cuanto lo realizÃ³ de conformidad con la ley, en este caso la ley 201 de 1995 artÃculo 136 que establecÃa dichos cargos como de libre nombramiento y remociÃ³n.

7.5. No obstante lo anterior, el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas optÃ³ por demandar la nulidad del aludido acto administrativo solicitando el restablecimiento del derecho. El Consejo de Estado, SeccciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A, fungiendo como segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho comentado, entendiÃ³ que la insubsistencia acusada no obedeciÃ³ a *"razones del servicio*" sino a la animadversiÃ³n y rivalidad que le profesaba el entonces Procurador General de la NaciÃ³n (e) al demandante. Por consiguiente, y despuÃ©s de valorar nuevamente los diferentes testimonios rendidos, se afirmÃ³ que existÃa prueba de que la causa eficiente de la declaratoria de insubsistencia obedeciÃ³ a *la "animadversiÃ³n que le profesaba el entonces Procurador General de la NaciÃ³n (E) [al demandante] quien aprovecha la situaciÃ³n de incertidumbre que reinaba en ese momento en el Ã³rgano de control….".* Con base en dicha conclusiÃ³n, la sentencia evidencia un "serio indicio" de la desviaciÃ³n de poder en que incurriÃ³ la administraciÃ³n al desvincular al demandante de la entidad *"sin consideraciÃ³n alguna del buen servicio como sustento obligatorio de una medida discrecional".* Finalmente se aseverÃ³, en consecuencia, que el retiro del demandante no obedeciÃ³ a razones del buen servicio sino a la animadversiÃ³n del Procurador General de la NaciÃ³n (E) respecto del Procurador Delegado declarado insubsistente.

7.6. Si bien es cierto la Sentencia de Segunda Instancia anotada partiÃ³ de varios supuestos esbozados en esta providencia, esto es la suprema direcciÃ³n del Procurador General de la NaciÃ³n respecto del Ministerio PÃºblico, la facultad de nombrar y remover los funcionarios de su dependencia de conformidad con la ley, el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remociÃ³n y la confianza plena que requiere Ã©ste respecto del nominador, las conclusiones respecto de la discrecionalidad utilizada por el nominador -la cual serÃa ajena al buen servicio- fueron ajenas a la comprensiÃ³n constitucional ((numeral 6.1.1) que esta CorporaciÃ³n ha otorgado a las normas que eran aplicables al caso bajo anÃ¡lisis. Por tal razÃ³n, el defecto sustantivo que afecta a la sentencia atacada, se configura debido a que el Juez de Segunda Instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, dictÃ³ una sentencia que: (i) tomÃ³ como fundamento una norma que no era pertinente al caso; (ii) dejÃ³ de aplicar las normas que eran pertinentes al caso; y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debÃa aplicar.

7.7. En efecto, se tuvo en cuenta una norma que, especÃficamente, no era pertinente al caso, por cuanto si bien el artÃculo 277 de la

ConstituciÃ³n, al que hace alusiÃ³n expresa la sentencia[115] atacada, guarda relaciÃ³n con la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n en lo que toca con las funciones que puede desempeÃ±ar el Procurador General de la NaciÃ³n por sÃ o por medio de sus delegados y agentes. Lo cierto es que la norma que era aplicable y pertinente para el caso bajo anÃ¡lisis, era el artÃculo 278 constitucional, sobre el cual la sentencia no hizo evaluaciÃ³n alguna. El art. 278 seÃ±alado es aquel que determina las funciones que debe ejercer el Procurador General de la NaciÃ³n de manera directa; entre ellas se encuentra el numeral sexto que establece como funciÃ³n directa del supremo director del Ministerio PÃºblico el *nombrar y remover* de conformidad con la ley, los funcionarios de su dependencia. Precisamente era esta norma la pertinente a evaluar en el presente caso, pues se trataba del uso de la facultad constitucional del Procurador General de *remover o declarar insubsistente* un funcionario de su dependencia acorde con la ley. AsÃ, con base en el artÃculo 278 constitucional mencionado, era indispensable que la Sentencia de Segunda Instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, estimara, ponderara y apreciara el artÃculo 136 de la ley 201 de 1995 vigente para la Ã©poca -sobre el cual la providencia guarda total silencio- que seÃ±alaba el cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remociÃ³n.

7.8. En este orden de ideas, la sentencia cuyo defecto sustantivo se alega, dejÃ³ de aplicar, evaluar y considerar el artÃculo 278 constitucional y el artÃculo 136 de la ley 201 de 1995 vigente para la Ã©poca, disposiciones que contenÃan los presupuestos normativos especÃficos que estaban en discusiÃ³n, esto es la facultad del Procurador General de la NaciÃ³n de remover a los funcionarios de su dependencia y la denominaciÃ³n del cargo de Procurador Delegado como de libre nombramiento y remociÃ³n.

7.9. Debido a los defectos referidos, la sentencia que se estudia en sede de tutela no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debÃa aplicar y los contenidos normativos en discusiÃ³n. Aunque la providencia de Segunda Instancia analizÃ³ la discrecionalidad que asistÃa al Procurador General de la NaciÃ³n (E), solamente la evaluÃ³ en relaciÃ³n con uno de los referentes de Ã©sta, es decir las “razones del buen servicio”, dejando de lado otros aspectos indispensables que la jurisprudencia constitucional ha seÃ±alado -no solamente las razones de buen servicio- para el entendimiento constitucional de la discrecionalidad del nominador al remover -declarar insubsistente- funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n. Este examen aislado realizado en la Sentencia de Segunda Instancia que se estudia, llevÃ³ a que el fallador, con base en los testimonios aportados al proceso, unÃvocamente concluyera, aunque de forma descontextualizada, que la discrecionalidad utilizada por el nominador no tenÃa sustento en razones del buen servicio sino en la supuesta animadversiÃ³n del Procurador General (E) respecto del Procurador Delegado, lo que la tornaba arbitraria e ilustrativa de una desviaciÃ³n de poder.

7.10. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[116] no solamente ha tenido en cuenta la discrecionalidad del nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remociÃ³n atada a las *razones del buen servicio*, sino que la ha valorado otros aspectos, sentencias Ã©stas con efectos erga omnes que otorgaban luces sobre los contenidos normativos discutidos.

Era indispensable apreciar que el cargo de Procurador Delegado desempeÃ±ado por el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas como Procurador Delegado implicaba un papel directivo, de manejo y de orientaciÃ³n institucional, en cuyo ejercicio se adoptaban polÃticas o directrices[117] que aparejaban la *confianza absoluta*[118] de parte del seÃ±or Procurador General. Por tal razÃ³n, la relaciÃ³n que debÃa existir entre el Procurador Delegado seÃ±or Solano BÃ¡rcenas y el Procurador General de la NaciÃ³n (E) seÃ±or Jaramillo Jaramillo -bajo el entendimiento de la ConstituciÃ³n - era de *plena confianza, de confidencialidad, de seguridad, de conocimiento personal y de sometimiento a la direcciÃ³n*[119]. Precisamente, en el evento en que el nominador no encuentre que su relaciÃ³n laboral con un funcionario bajo su dependencia y que ocupe un cargo de libre nombramiento y remociÃ³n, goce de su confianza plena, de la confidencialidad necesaria, del conocimiento personal y del convencimiento del sometimiento de Ã©ste a su direcciÃ³n, puede hacer uso de la facultad discrecional de remover a dicho funcionario, por cuanto dichas tipologÃas especiales de la relaciÃ³n laboral son imprescindibles para el cumplimiento de las responsabilidades que le atribuye la ConstituciÃ³n[120].

7.11. AsÃ las cosas, entiende esta Corte que la sentencia debiÃ³, en primer lugar, justipreciar el uso de la facultad discrecional del Procurador General de la NaciÃ³n (E) para declarar insubsistente al Procurador Delegado Solano BÃ¡rcenas, respecto de las razones del buen servicio; e igualmente, debiÃ³ ponderar dicha facultad en relaciÃ³n con la plena confianza, la confidencialidad necesaria, la seguridad, el conocimiento personal y el convencimiento del sometimiento a sus Ã³rdenes, de parte del entonces Procurador General encargado y su dependiente funcionario.

7.12. TÃ©ngase presente que el artÃculo 277 de la ConstituciÃ³n PolÃtica permite que el Procurador General de la NaciÃ³n desarrolle por sÃ o por medio de sus delegados una serie de responsabilidades constitucionales para el buen desempeÃ±o del servicio y de la funciÃ³n pÃºblica. Entre estas funciones delegables encontramos: vigilar el cumplimiento de la ConstituciÃ³n, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, defender los intereses colectivos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeÃ±en funciones pÃºblicas, ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes, imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, rendir anualmente informe de su gestiÃ³n al Congreso, exigir a los funcionarios pÃºblicos y a los particulares la informaciÃ³n que considere necesaria. Para el cumplimiento de dichas funciones, la ProcuradurÃa tiene atribuciones de policÃa judicial y puede interponer las acciones que considere necesarias.

Pues bien, el cumplimiento de las responsabilidades por parte del nominador es el marco necesario de la comprensiÃ³n de la facultad discrecional de remover funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n. El Procurador General de la NaciÃ³n, teniendo una serie de funciones directas no delegables otorgadas por la ConstituciÃ³n[121] acude, en algunos casos, a delegar aquellas que la propia ConstituciÃ³n[122] le permite, circunstancia constitucional que exige que el delegatario goce de la plena confianza respecto de la sujeciÃ³n a las directrices del superior. Es esta una de las razones por las cuales se insiste en que el Procurador Delegado hace las veces del Procurador General de la NaciÃ³n, lo vincula plenamente, lo representa en el ejercicio de determinadas actividades pÃºblicas, y sobre Ã©l recae la confianza intuito personae, como

expresamente se manifestÃ³ en la Sentencia C-245 de 1995, desconocida en la Sentencia bajo anÃ¡lisis.

7.13. El anÃ¡lisis aislado realizado en la sentencia, violatorio de los derechos fundamentales de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, es el que lleva a concluir al Juez de Segunda Instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que la declaraciÃ³n de insubsistencia del seÃ±or Procurador Delegado proviene de la *"animadversiÃ³n que le profesaba el entonces Procurador General de la NaciÃ³n (E)",* circunstancia que genera un "serio indicio" de la supuesta desviaciÃ³n de poder, por desatenciÃ³n de razones del buen servicio. Sin llegar al desconocimiento de la valoraciÃ³n dada por el Juez de Segunda Instancia, respecto de los testimonios recaudados en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de que permiten concluir que existÃa una animadversiÃ³n de parte del Procurador General de la NaciÃ³n (E) seÃ±or Jaramillo Jaramillo respecto del Procurador Delegado seÃ±or Solano BÃ¡rcenas, no puede aceptar esta CorporaciÃ³n que dicha decisiÃ³n compruebe, por sÃ sola, la ausencia de razones del buen servicio para adoptarse, ignorando la jurisprudencia constitucional en la materia.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional conduce a relevar que el Procurador Delegado -en este caso el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas- fungÃa como representante del Procurador General de la NaciÃ³n, hacÃa las veces de Ã©ste, lo vinculaba plenamente, de modo que el nexo funcional entre los dos debÃa basarse en una relaciÃ³n de confianza plena y personal de parte del Procurador General de la NaciÃ³n (E) seÃ±or Jaramillo Jaramillo. Y lo era porque el cargo desempeÃ±ado por el Procurador Delegado para la Vigilancia de la AutonomÃa, la DescentralizaciÃ³n y los Derechos de las Entidades Territoriales, estaba subordinado orgÃ¡nica, funcional y tÃ©cnicamente al Procurador General de la NaciÃ³n (E), quien lo orientaba, dirigÃa y le seÃ±alaba las directrices y pautas que debÃan ser observadas, no solo en las funciones propias sino en aquellas que constitucionalmente le fueran delegadas.[123]

7.14. AsÃ las cosas, de haber tenido presente la sentencia que se analiza -el contexto de la jurisprudencia constitucional respecto de los contenidos normativos que versan sobre la discrecionalidad en la remociÃ³n de funcionarios amovibles por el nominador-, la decisiÃ³n hubiere sido otra, en garantÃa de los derechos fundamentales de esta entidad constitucionalmente diseÃ±ada. Era preciso efectuar un anÃ¡lisis respecto de la plena confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal y el sometimiento a las Ã³rdenes del Procurador General de la NaciÃ³n (E), luego de haberse concluido que existÃa una animadversiÃ³n de Ã©ste ÃºltimO hacia el Procurador Delegado. El examen pudo haber concluido que una relaciÃ³n laboral basada en la antipatÃa, la enemistad, la ojeriza o la malquerencia, hacÃa imposible que gozara de las caracterÃsticas que la jurisprudencia constitucional ha entendido para este tipo de correlaciÃ³n. Lo que hubiera permitido concluir que, precisamente por lo anterior y con base en razones del buen servicio, no era posible que el Procurador General de la NaciÃ³n (E) cumpliera a cabalidad sus funciones y responsabilidades constitucionales, al no contar con un Procurador Delegado sobre el que recayera su confianza plena, como se viene manifestando en esta providencia. Todo esto, se insiste, por cuanto la sentencia atacada en sede de tutela, no valorÃ³ ni tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional con efectos erga omnes, que esta CorporaciÃ³n habÃa emitido sobre los contenidos normativos que debieron ser aplicados al caso bajo estudio.

8. ConclusiÃ³n

8.1. AsÃ las cosas, esta Corte constata que la Sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, de 3 de mayo de 2007, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas, incurriÃ³ en defectos sustantivos por cuanto (i) tomÃ³ como fundamento una norma que no era pertinente al caso, (ii) dejÃ³ de aplicar las normas que eran pertinentes para la decisiÃ³n, y (iii) no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debÃa aplicar, defectos estos que trajeron como consecuencia la violaciÃ³n del derecho fundamental al debido proceso de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. En consecuencia, esta Corte revocarÃ¡ la Sentencia de tutela de segunda instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de 29 de octubre de 2008, que modificÃ³ en su integridad el fallo de primera instancia declarando improcedente la acciÃ³n, para en su lugar tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n.

8.2. En suma, se dejarÃ¡ sin valor y sin efectos jurÃdicos la Sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, de 3 de mayo de 2007 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas contra el Decreto 294 de 8 de julio de 1996 expedido por el Procurador General de la NaciÃ³n (E), por el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia, la AutonomÃa, la DescentralizaciÃ³n y los Derechos de las Entidades Territoriales.

III. DECISIÃ□N

En mÃ©rito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la ConstituciÃ³n PolÃtica,

RESUELVE:

Primero. - LEVANTAR la suspensiÃ³n de tÃ©rminos ordenada en el presente proceso.

Segundo. - REVOCAR la Sentencia de Tutela de Segunda Instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de 29 de octubre de 2008, que modificÃ³ en su integridad el fallo de primera instancia declarando improcedente la acciÃ³n, para en su lugar TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n.

Tercero.- Por ende, DEJAR SIN VALOR Y SIN EFECTOS JURÃ□DICOS la Sentencia del Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, de 3 de mayo de 2007 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas contra el Decreto 294 de 8 de julio de 1996 expedido por el Procurador General de la NaciÃ³n (E), por el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia, la AutonomÃa, la DescentralizaciÃ³n y los Derechos de las Entidades Territoriales.

Cuarto. - LÃBRESE la comunicaciÃ³n de que trata el artÃculo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allÃ contemplados.

CÃ³piese, notifÃquese, insÃ©rtese en la gaceta de la Corte Constitucional y CÃºmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrado
Impedimento aceptado Ausente en comisiÃ³n

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Impedimento aceptado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELÃAS PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaraciÃ³n de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

ACLARACIÃN DE VOTO DEL MAGISTRADO NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA SU448/11

Referencia: expediente T-2176281.

AcciÃ³n de tutela presentada Edgardo Maya VillazÃ³n, Procurador General de la NaciÃ³n contra la SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A del Consejo de Estado.

Magistrado ponente:

MAURICIO GONZÃLEZ CUERVO.

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado sustanciador, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaraciÃ³n sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resoluciÃ³n adoptada, por cuanto comparto la percepciÃ³n de que sÃ existen en este caso una vÃa de hecho de carÃ¡cter ostensible, que permitiera dejar sin efectos la sentencia emitida en segunda instancia por el Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento iniciado por el seÃ±or Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la nociÃ³n de “vÃa de hecho” y en relaciÃ³n con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisiÃ³n adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con mÃ¡s amplitud frente a otras decisiones124, no comparto el alcance, en mi opiniÃ³n desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acciÃ³n de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectÃºa (consideraciones 3.1 y 4 del fallo) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentaciÃ³n, radica en el hecho de que, en la prÃ¡ctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” (citadas en las pÃ¡ginas 13 a 18) a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrÃan justificar la impugnaciÃ³n comÃºn contra una decisiÃ³n judicial, dejando asÃ la imagen de que esta Corte estima que la acciÃ³n de tutela constituye un recurso complementario, aÃ±adible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trÃ¡mite de la acciÃ³n de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o mÃ¡s) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisiÃ³n adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situaciÃ³n que difiere, de lejos, del propÃ³sito de protecciÃ³n subsidiaria a los derechos fundamentales que animÃ³ al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artÃ-

culo 86 superior.

AdemÃ¡s, no sobra acotar que si bien esta corporaciÃ³n con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una lÃnea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento125, de suyo sÃ³lo argÃ¼ible frente a la casaciÃ³n penal por ser Ã©sta la instituciÃ³n regulada en el precepto parcialmente declarado inexequible (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedÃ³ decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se considerÃ³, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurÃdica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrÃ¡tico de la autonomÃa funcional del juez”, “la independencia y desconcentraciÃ³n que caracterizan a la administraciÃ³n de justicia” y “la funciÃ³n garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declarÃ³ inexequible la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyÃ©ndose que de inferirse la materializaciÃ³n de alguna de ellas, en opiniÃ³n de quien realiza el control tutelar, de por sÃ le estÃ¡ permitido remover o dejar sin efecto la decisiÃ³n judicial, cual si aplicara un recurso ordinario mÃ¡s, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carÃ¡cter excepcionalÃsimo y, en la prÃ¡ctica, se ha abatido la seguridad jurÃdica, que es tambiÃ©n un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisiÃ³n adoptada con mi acuerdo y participaciÃ³n incluye algunas consideraciones con alcances de tal Ãndole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÃGINA:

1. AcciÃ³n de tutela presentada el 19 de diciembre de 2007. Ver folios 1 a 26 del cuaderno 1. Inicialmente la tutela se presentÃ³ ante el Consejo de Estado y fue rechazada por Ã©ste mediante providencia del 16 de noviembre de 2007, folios 27 a 29 cuaderno 1.

2. ARTÃCULO 136. Empleos de Carrera. Todos los empleos de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n y de la DefensorÃa del Pueblo, son de Carrera, con excepciÃ³n de los de libre nombramiento y remociÃ³n.

3. ARTÃCULO 36.—Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisiÃ³n, de carÃ¡cter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

4. ARTÃCULO 278. El Procurador General de la NaciÃ³n ejercerÃ¡ directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisiÃ³n motivada, al funcionario pÃºblico que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la ConstituciÃ³n o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la ProcuradurÃa o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigaciÃ³n y sanciÃ³n de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razÃ³n del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promociÃ³n, el ejercicio y la protecciÃ³n de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

5. Vigente para la Ã©poca de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n el de Procurador delegado.

6. ARTÃCULO 36. —Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisiÃ³n, de carÃ¡cter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

7. Copia del Decreto 294 del 8 de julio de 2006 expedido por el seÃ±or JosÃ© LeÃ³n Jaramillo Jaramillo, por el cual se declara insubsistente el nombramiento del doctor Orlando Solano BÃ¡rcenas. Folio 4 cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8. ConstituciÃ³n PolÃtica "ART. 90.- El Estado responderÃ¡ patrimonialmente por; los daÃ±os antijurÃdicos que le sean imputables, causados por la acciÃ³n o la omisiÃ³n de las autoridades pÃºblicas".

9. Ley 446 de 1998 "ART. 16.- ValoraciÃ³n de daÃ±os. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administraciÃ³n de justicia, la valoraciÃ³n de daÃ±os irrogados a las personas y a las cosas, atenderÃ¡ los principios de reparaciÃ³n integral y equidad y observarÃ¡ los criterios tÃ©cnicos actuariales"

Un despido, cuando es injusto y lo pide el demandante, genera, en aplicaciÃ³n de las normas transcritas, la reparaciÃ³n integral del daÃ±o, para lo cual han de atenderse los criterios de equidad y tÃ©cnicos actuariales.

10. Menciona al respecto las sentencias del 16 de mayo de 2002, con ponencia de la doctora ANA MARGARITA OLAYA FORERO (expediente No. 1659), y del 8 de agosto de 2003 (expediente No. 1244-02), Magistrado Ponente doctor TARSICIO CÃCERES TORO.

11. (i) Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el doctor Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas. Folios 42 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (ii) ContestaciÃ³n de la demanda por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. Folios 72 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (iii) Alegatos de conclusiÃ³n presentados por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. Folios 299 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (iv) Fallo de primera instancia del 11 de marzo de 2004 en el Contencioso Administrativo. Folios 335 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (v) Recurso de apelaciÃ³n contra la sentencia de primera instancia, interpuesto por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. Folios 368 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (vi) Alegatos de conclusiÃ³n en el Consejo de Estado presentados por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n. Folios 368 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (vii) IntervenciÃ³n de la ProcuradurÃa Segunda Delegada ante el Consejo de Estado; (viii) Fallo de segunda instancia en el Contencioso Administrativo del 3 de mayo de 2007. Folios 427 y ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (ix) NotificaciÃ³n por edicto fijado el 27 de julio de 2007 de la providencia proferida por el Consejo de Estado. Folio 447 cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (x) Solicitud de aclaraciÃ³n del fallo de segunda instancia presentada por la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n, para que se indicara expresamente que la citada entidad deberÃa descontar los valores que el seÃ±or Solano BÃ¡rcenas hubiese recibido por su vinculaciÃ³n a otras entidades del Estado durante el tiempo de su retiro. Folio 448 cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; (xi) Providencia del 30 de agosto de 2007 que deniega la aclaraciÃ³n de la sentencia del 3 de mayo de 2007, con base en el artÃculo 309 del CÃ³digo Contencioso Administrativo, por considerar que la parte resolutiva del fallo de primera instancia fue confirmada sin modificaciÃ³n alguna y porque lo que da lugar a la aclaraciÃ³n es la redacciÃ³n ininteligible y no la inconformidad con el fallo. Folios 501 ss., cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

12. Manifiesta que “Hay tres versiones al respecto:
• JesÃºs Orlando GÃ³mez LÃ³pez (Folios 201-203) no recuerda exactamente lo sucedido el dÃa en que se expide el acto de insubsistencia; Henry Joya Pineda (Folios 204-205), no tuvo conocimiento de la reuniÃ³n a que se hace referencia y Amanda Marlene Restrepo CeledÃ³n (Folios 283-284, desconoce los motivos de la insubsistencia.

• Oscar Alberto Jinete del Villar (Folios 08-212 y 214-216), Nubia GonzÃ¡lez CerÃ³n (Folios 270-271) y GermÃ¡n PabÃ³n GonzÃ¡lez (Folios 281-282), coinciden en afirmar que la insubsistencia de ORLANDO SOLANO BARCENAS se produjo al culminar la reuniÃ³n del Consejo de Procuradores en donde se tratÃ³ el tema relacionado con el enfrentamiento entre la entidad y la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, en consideraciÃ³n a su intervenciÃ³n dentro de la misma.

• Santiago GÃ³mez Parra (Folios 222-224), Gustavo Adolfo GarcÃa Moreno (Folios257-261), Emiro de JesÃºs Merlano Pineda (Folios 275-279) y HÃ©ctor Ovidio Zapata PulgarÃn (Folios 303-305), sostienen que al momento de tomar posiciÃ³n frente a la situaciÃ³n con la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, el doctor ORLANDO SOLANO BARCENAS se abstuvo de hacer cualquier comentario y que una vez terminada la reuniÃ³n, en horas de la tarde, fue declarado insubsistente”. (Negrilla del texto)

13. a) EL artÃculo 278, numeral 6Â° de la Carta PolÃtica, le otorga el Procurador General de la NaciÃ³n la potestad de designar y remover, "de conformidad con la ley, a los funcionarios y empleados de su dependencia".

b) La Ley 201 de 1995, en su artÃculo 136 -vigente para la Ã©poca de los hechos- en desarrollo de dicho precepto constitucional, establecÃa que los procuradores delegados son empleados de libre nombramiento y remociÃ³n.

Norma que reconocÃa el carÃ¡cter de servidor pÃºblico de absoluta confianza del nominador, en razÃ³n a las funciones que se le asignan, como lo han predicado diferentes decisiones tanto de la Corte Constitucional151 como del mismo Consejo de Estado [6]

c) El acto administrativo por medio del cual el Procurador General de la NaciÃ³n hace uso de dicha potestad se enmarca dentro de los denominados discrecionales de tipo particular, de los que regula el artÃculo 36 del C.C.A.

"ART. 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisiÃ³n, de carÃ¡cter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa"

14. SeÃ±ala el tutelante que “El material probatorio arroja con claridad absoluta que la posiciÃ³n asumida por el entonces Procurador Delegado y posteriormente demandante fue la de abstenerse de hacer cualquier comentario y de tomar posiciÃ³n frente al tema tratado en el Consejo de Procuradores Delegados celebrado el dÃa 8 de julio de 1996, lo que lleva a concluir que el Procurador General de la NaciÃ³n le perdiÃ³ la confianza a su "alter ego" y decidiÃ³, de inmediato, declararlo insubsistente, en ejercicio de su potestad discrecional, de carÃ¡cter constitucional y legal.

Luego, las pruebas testimoniales acreditan la situaciÃ³n fÃ¡ctica que determinÃ³ la pÃ©rdida de confianza y, por ende, la declaratoria de insubsistencia del Procurador Delegado. Los declarantes que estuvieron en la reuniÃ³n y la recuerdan, al unÃsono asÃ lo afirman. // Si bien por tratarse de una facultad discrecional no hay necesidad de su motivaciÃ³n y, menos de su prueba, en este caso estÃ¡ mÃ¡s que acreditada la causa de la pÃ©rdida de la confianza con el acervo probatorio que confirma este hecho y que ignorÃ³ la SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A, del Consejo de Estado, cuando dice que la insubsistencia obedeciÃ³ a una animadversiÃ³n".

15. Las declaraciones de los testigos en el proceso contencioso administrativo: JesÃºs Orlando GÃ³mez LÃ³pez, folios 190 a 192 cuaderno 1; Henry Joya Pineda, folios 193 y 194 cuaderno 1; Oscar Alberto Jinette del Villar, folios 197 a 205 cuaderno 1; Amparo Rojas de Restrepo, folios 205 a 209 cuaderno 1; Santiago GÃ³mez Parra, folios 211 a 213 cuaderno 1; Gustavo Adolfo GarcÃa Moreno, folios 243 a 247 cuaderno 1; Nubia GonzÃ¡lez CerÃ³n, folios 256 a 257 cuaderno 1; Emiro de JesÃºs Merlano Pineda, folios 262 a 266 cuaderno 1; GermÃ¡n PabÃ³n GonzÃ¡lez, folios 267 y 268 cuaderno 1; Amanda Marlene Restrepo CeledÃ³n, folios 270 a 272 cuaderno 1; Hector Ovidio Zapata PulgarÃn, folios 289 a 291 cuaderno 1; JosÃ© Hugo ValdÃ©s Corral, folios 312 a 316 cuaderno 1; Guido Alfonso Granadillo GÃ³mez, folios 285 ss., cuaderno 1.

16. Menciona entre las sentencias de la Corte las siguientes: C-734 de 2000, C-1177 de 2001, C-514 de 1994, C-245 de 1995, C-334 de 1996. En dichas providencias se manifiesta que la posibilidad de desvincular libremente a funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n no contrarÃa la Carta y obedece a la necesidad de existencia de un grado especial de confianza con el funcionario debido a las funciones que ejerce. En el caso particular de la ProcuradurÃa se ha dicho que el Delegado es un alter ego del Procurador, por lo cual es razonable que, como inmediato colaborador del Procurador General de la NaciÃ³n sea de su libre nombramiento y remociÃ³n.

17. Menciona en defensa de su argumento las sentencias del 24 de octubre de 1984 (expediente No. 10512), Consejero Ponente Doctor JoaquÃn VanÃn, del 27 de julio de 1992 (expediente No. 3771), Consejero Ponente Doctor Diego Younes Moreno, y del 26 de abril de 2007 (expediente No. 1999-5519), Consejera Ponente Doctora Ana Margarita Olaya Forero.

18. Folios 97 a 99 y 102 a 123 cuaderno 2.

19. Folios 194 a 224 del cuaderno 2.

20. Folios 1 a 18 cuaderno 3.

21. Folios 1 y ss. cuadernos escrito de oposiciÃ³n presentado por el beneficiario de los fallos de instancia Dr. Orlando de JesÃºs Solano BÃ¡rcenas.

22. Folios 62 a 77 cuaderno 3.

23. Ver cuaderno de la Corte Constitucional.

24. Ver cuaderno de la Corte Constitucional.

25. Manifiesta que no se puede "un derecho procesa! con otro derecho procesal absolutamente diferente. Me explico: A) una cosa es el derecho que tienen, las entidades estatales (la administraciÃ³n), llamadas a juicio para definir su responsabilidad, para "...denunciar, llamaren garantÃa o contra demandar...." u optar "... mÃ¡s adelante...por acudir, de ser necesario, en acciÃ³n de repeticiÃ³n contra el agente..." contra el autor del acto cuya nulidad se depreca, derecho que, en algunos casos, pueden o no ejercer libremente. // y B) otra cosa, totalmente distinta, es el derecho procesal IRRENUNCIABLE que tiene cualquier ciudadano (servidor publico o NO o ex servidor publico), cualquier persona natural o jurÃdica, de ser notificada personalmente del auto admisorio de una demanda contenciosa cuando, de aquella o del acto acusado, se pueda deducir que esa persona tiene interÃ©s directo en el resultado del proceso cuya demanda es admitida, como lo ordena clara y perentoriamente el NUMERAL 3 DEL ARTÃCULO 207 DEL CÃDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO norma que a la letra manda,. "...3. Que se notifique personalmente a la persona o personas que, segÃºn la demanda O LOS ACTOS ACUSADOS, tengan interÃ©s directo en el resultado del proceso".

26. Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o

27. M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez "La Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilÃcita, debe en consecuencia proceder a su exclusiÃ³n. Pero, deberÃ¡ siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilÃcita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desapariciÃ³n forzada o ejecuciÃ³n extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtenciÃ³n de una prueba con violaciÃ³n de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vÃnculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desapariciÃ³n forzada o ejecuciÃ³n extrajudicial, es decir, mediante la perpetraciÃ³n de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realizaciÃ³n de los derechos y garantÃas del individuo. AdemÃ¡s, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder ademÃ¡s a remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicaciÃ³n de la regla de exclusiÃ³n no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilÃcita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisiÃ³n. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana".

28. Reiterada en T-243 de 1008 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

29. Sentencia C-003 de 1993 M.P. Alejandro MartÃnez Caballero. En el mismo sentido ver sentencias T- 411 de 1992, M.P. Alejandro MartÃnez Caballero, T-241 DE 1993, M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo, T-016 de 1994, M..P Hernando Herrera Vergara, T- 138 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-133 de 1995, M.P. Fabio MorÃ³n DÃaz, entre otras.

30. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

31. Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta decisiÃ³n, la Corte desarrollÃ³ ampliamente el concepto de inmediatez con ocasiÃ³n de una acciÃ³n de tutela interpuesto por varios accionantes respecto de la prelaciÃ³n de la lista de elegibles. Sobre el punto de la inmediatez tambiÃ©n se puede consultar la Sentencia T-344 del 27 de marzo de 2000. M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo

32. En esta misma lÃnea se encuentra la sentencia T-1229 de 2000.

33. Sentencia T-443 de 2008 M.P. Mauricio GonzÃ¡lez Cuervo

34. Folio 500 de las copias enviadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

35. Folios 502 a 504 de las copias enviadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

36. M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

37. Sentencia T-522/01

38. En Sentencia T-1192/03Â M.P. Eduardo Montealegre Lynett se reiterÃ³ la jurisprudencia consignada en la Sentencia SU-014 de 2001 M.P. Martha Victoria SÃ¡chica MÃ©ndezÂ donde “la Corte estableciÃ³ que cuando actuaciones de terceras personas inducÃan en error al juez, se configuraba la “vÃa de hecho por consecuencia”. Con ello la Corte indicaba que la violaciÃ³n de los derechos fundamentales de la persona no le eran imputables al juez, pero que la decisiÃ³n judicial resultaba inconstitucional”.En la Sentencia T-68 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte: (v) Finalmente, el defecto o vÃa de hecho por consecuencia se estructura cuando la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurÃdicas adelantadas por autoridades distintas a quien la profiere, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantÃas fundamentales. En estos casos, aun cuando la decisiÃ³n se haya adoptado con pleno acatamiento de la normatividad aplicable y dentro de una valoraciÃ³n juiciosa de las pruebas, la vÃa de hecho se produce como consecuencia de la negligencia de otras instancias pÃºblicas, que obligadas a colaborar con la administraciÃ³n de justicia, por acciÃ³n o por omisiÃ³n no lo hacen en forma diligente. Tal como lo seÃ±alÃ³ la Corte ‘si bien el criterio imperante frente a la vÃa de hecho es el de que Ã©sta se origina en una actuaciÃ³n judicial arbitraria o manifiestamente contraria a derecho, puede ocurrir que tal defecto no sea atribuible directamente al juez de la causa, sino a la acciÃ³n u omisiÃ³n de otras autoridades publicas -en la mayorÃa de los casos administrativas- que debiendo colaborar armÃ³nicamente en la funciÃ³n de administrar justicia, con su conducta negligente inducen en error al operador jurÃdico y permiten que a travÃ©s de la decisiÃ³n se afecten en forma grave los derechos y garantÃas constitucionales de quienes intervienen en la actuaciÃ³n judicial. ”Â

39. Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

40. Ver ademÃ¡s Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-060/09 M.P. Mauricio GonzÃ¡lez Cuervo, T-130 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

41. Ver, entre otras, Sentencias T-737 de 2007 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o. Ver adicionalmente, entre otras, las sentencias T-231 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-336 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-055 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-204 de 1998, M.P., Hernando Herrera Vergara, T-555 de 1999, M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo, T-1009 de 2001, M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, SU-1300 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-157-2002, MP: Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-622 de 2002 M. P. ÃlvaroTafur Galvis, T-554 de 2003 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, T-932 de 2003 M. P. Jaime AraÃºjo RenterÃa, T-039 de 2005 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-171 de 2006 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, T-636 de 2006 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o T-808 de 2006 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa,T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-358 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-446 de 2007 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez T-458 de 2007 M.P. ÃlvaroTafur Galvis, T-737 de 2007 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, T-828 de 2007 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa, T-908 de 2006 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa. T-953 de 2006 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o,T-077 de 2009 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez.

42. Ver al respecto, entre otras, Sentencias T-573 de 1997. M.P. Jorge Arango MejÃa,Â T-567 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-001 de 1999. M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo, T-377 de 2000. M.P. Alejandro MartÃnez Caballero, T-1009 de 2000 M.P. Carlos Gaviria DÃaz, T-852 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-453 de 2005 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, RenterÃaT-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz, T-001 de 1999 M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo, T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell.T-522 de 2001 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-842 de 2001 M.P. ÃlvaroTafur Galvis, SU-159 de 2002 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.,T-205 de 2004 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, , T-701 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-807 de 2004 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, T-1244 de 2004 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-056 de 2005 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa, T-189 de 2005 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo RenterÃa, T-061 de 2007 M.P Humberto Antonio Sierra Porto , T-018 de 2008 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, T-051 de 2009 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, T-060 de 2009 M.P Mauricio GonzÃ¡lez Cuervo, T-066 de 2009 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa.

43. Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa en esta oportunidad concluyÃ³ la Corte que “En efecto, en su fallo el Tribunal omitiÃ³ aplicar la norma que se ajustaba al caso y, en su lugar, empleÃ³ otra que no era pertinente.”

44. Ver sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez AquÃ la Corte concluyÃ³ la existencia de un defecto sustantivo “por cuanto el juez se basÃ³ en una norma legal que habÃa perdido su vigencia”.

45. Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo RenterÃa. En esa oportunidad dijo la Corte “Todo lo anterior lleva a concluir a la Corte Constitucional que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en su sentencia del 18 de noviembre de 2004, confirmada en el auto por medio del cual resolviÃ³ el recurso de reposiciÃ³n el 11 de mayo de 2005, aplicÃ³, en la sanciÃ³n que impuso a los demandantes, una norma que no existÃa, consistente en un impedimento por haber cumplido con el deber propio de los jueces. Es decir, que verdaderamente crearon una norma, pues dictar providencia dentro de un proceso no puede constituir, como se vio, causal de prejuzgamiento. Por ello incurrieron en un defecto sustantivo constitutivo de vÃa de hecho, violatoria del derecho fundamental al debido proceso de los actores”.

46. Al respecto, consultar sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa. En esta providencia se dijo que “incurre en una vÃa de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisiÃ³n con base en una disposiciÃ³n: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contraÂ¬rio a la ConstiÂ¬tuÂ¬ciÃ³n, porque la Corte Constitucional previamente asÃ lo declarÃ³ con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicaciÃ³n claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte ConstiÂ¬tucional que excluyÃ³ del ordenamiento jurÃdico el sentido normativo Ãºnico e Ãnsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisiÃ³n”.

47. Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

48. T-051 de 2009 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa. Ver sentencias T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte:” Sobre el tema relacionado con las vÃas de hecho ocasionadas por interpretaciones judiciales contrarias a la ConstituciÃ³n y la procedencia de la tutela para conjurarlas, la Corte tuvo oportunidad de precisar que debe aparecer probado que la aplicaciÃ³n de la norma se hizo (i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales , (ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados , (iii) sin respetar el principio de igualdad , y (iv) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio ” y T-1222 de 2005 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o. Dijo la Corte en esta ocasiÃ³n: “para que una interpretaciÃ³n judicial se considere constitutiva de vÃa de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lÃ³gico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad”

49. Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver ademÃ¡s Sentencia T-001 de 1999 M.P. JosÃ© Gregorio HernÃ¡ndez Galindo “Diferente es el caso de la ostensible aplicaciÃ³n indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. AllÃ puede darse la vÃa de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurÃdico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998)”.

50. Sentencia T-066 de 2009 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa. “En esta hipÃ³tesis no se estÃ¡ ante un problema de interpretaciÃ³n normativa, sino ante una decisiÃ³n carente de fundamento jurÃdico, dictada segÃºn el capricho del operador jurÃdico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisiÃ³n”. Ver ademÃ¡s Sentencia T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz.

51. Sentencia T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell. Dijo la Corte en esta oportunidad que “Considera la Sala que las razones que se aducen en las providencias cuestionadas contradicen de manera ostensible tanto la cosa juzgada, como la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-157/98, pues la Corte al declarar inexequible el inciso segundo del art. 2 de la ley 393/97, segÃºn el cual la interpretaciÃ³n por el juez del no cumplimiento de la norma por la autoridad debÃa ser restrictiva y aparecer evidente el incumplimiento considerÃ³, por el contrario, que Ã©ste debÃa ser deducido razonablemente por el juez con base en el anÃ¡lisis de la norma y de las pruebas incorporadas al proceso. // Igualmente, dichas Corporaciones desconocieron el valor de la doctrina constitucional de la Corte en cuanto al sentido y alcance interpretativo de la referida norma constitucional. // Es mÃ¡s, con dicha conducta el Tribunal y el Consejo contrariando la decisiÃ³n del intÃ©rprete autorizado de la ConstituciÃ³n introdujeron al texto del art. 87 una regla que no fue diseÃ±ada por el Constituyente, restringiendo de este modo la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia a travÃ©s de la acciÃ³n de cumplimiento”. En la Sentencia T-842 de 2001 M.P. ÃlvaroTafur Galvis puntualizÃ³ la Corte que “constituye vÃa de hecho apartarse de la cosa juzgada constitucional”. En la Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte explicÃ³ que “una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la ConstituciÃ³n le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicaciÃ³n final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretaciÃ³n contraevidente (interpretaciÃ³n contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legÃtimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las Sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicciÃ³n constitucional como de la jurisdicciÃ³n de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

Igualmente esta CorporaciÃ³n, mediante la sentencia T-1244 de 2004 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa manifestÃ³ que la autoridad judicial (juez laboral) habÃa incurrido en una causal de procedibilidad de la acciÃ³n de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexaciÃ³n de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitÃa, a pesar de que la interpretaciÃ³n que habÃa hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad seÃ±alaban el sentido de la norma y la obligaciÃ³n de indexar. Dijo la Corte que a partir de la sentencia SU-120 de 2003 M.P. ÃlvaroTafur Galvis, la Corte Constitucional ha sostenido que, “en

principio, la primera mesada pensional debe ser indexada". Esta posiciÃ³n ha sido reafirmada a travÃ©s de las sentencias T-663 de 2003 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, T-1169 de 2003M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, y T-805 y T-815 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. AÃ±adiÃ³ que la misma tesis se defendiÃ³ en la Sentencia C-601 de 2000 M.P. Fabio MorÃ³n DÃaz.

SeÃ±alÃ³ ademÃ¡s que "En el proceso que se analiza, el actor solicitÃ³ que se condenara al Banco a indexar su primera mesada pensional y al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 31 de julio de 1998. El Tribunal decidiÃ³ concederle el pago de los intereses moratorios, pero se negÃ³ a ordenar la indexaciÃ³n de la pensiÃ³n, por cuanto ello constituirÃa una doble sanciÃ³n". A partir de allÃ y con base en la reiterada jurisprudencia concluyÃ³ la Corte que la posiciÃ³n del Tribunal constituÃa una vÃa de hecho por defecto sustantivo, dado que "la indexaciÃ³n y los intereses moratorios tienen un objetivo distinto. Mientras los Ãºltimos se imponen para sancionar al deudor que ha incumplido con el pago de sus obligaciones, la indexaciÃ³n persigue actualizar el valor del dinero, pretensiÃ³n plenamente justificada en una economÃa que sufre los efectos de la inflaciÃ³n" (…) AsÃ, pues, no le asiste razÃ³n al Juzgado cuando afirma que las Ã³rdenes de indexar el pago de la primera pensiÃ³n y de pagar interese de mora constituyen una doble sanciÃ³n por el mismo motivo. Evidentemente, las dos Ã³rdenes tienen un referente comÃºn, cual es el de que el pago atrasado de las mesadas le significa al pensionado una pÃ©rdida en el valor adquisitivo de su ingreso, pero mientras que la indexaciÃ³n persigue ponerle remedio a esta situaciÃ³n actualizando el valor del dinero, los intereses de mora tienen por fin lograr que el causante del hecho indemnice al afectado por los daÃ±os inferidos.".

Â Ver tambiÃ©n, sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett "14. El defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionÃ³, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicaciÃ³n indebida, por error grave en su interpretaciÃ³n o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada. // En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador , (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la ConstituciÃ³n le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicaciÃ³n final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretaciÃ³n contraevidenteÂ (interpretaciÃ³n contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legÃtimos de una de las partesÂ (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicciÃ³n constitucional como de la jurisdicciÃ³n de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva. (…) En este sentido, concluye la Corte, la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal de Sincelejo al haber aplicado la normatividad vigente en la materia segÃºn su propio entendido de los hechos del caso, y ademÃ¡s, al haber respetado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de CasaciÃ³n Laboral que resultaba aplicable, ajustÃ³ su conducta tanto a la ConstituciÃ³n como a la ley, lo que lleva a afirmar que no se configurÃ³ defecto sustantivo alguno que permitiese la procedibilidad de la acciÃ³n de tutela en el caso concreto". T-1060 de 2009 M.P. Mauricio GonzÃ¡lez Cuervo

52. Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

53. Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

54. T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz. Dijo la Corte: "La vÃa de hecho predicable de una determinada acciÃ³n u omisiÃ³n de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio mÃ¡s radical aÃºn en cuanto que el titular del Ã³rgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicciÃ³n y la consiguiente atribuciÃ³n de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicaciÃ³n del derecho a las situaciones concretas y a travÃ©s de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta pretericiÃ³n de los trÃ¡mites y procedimientos establecidos, no podrÃ¡ imputarse al Ã³rgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la "malversaciÃ³n" de la competencia y de la manifiesta actuaciÃ³n ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilizaciÃ³n de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposiciÃ³n (defecto sustantivo) …"

55. Consultar Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez. Dijo allÃ la Corte que "un examen atento del contenido de la referida providencia judicial evidencia que la falladora incurriÃ³ en una vÃa de hecho por cuanto la decisiÃ³n se apoya en una interpretaciÃ³n asistemÃ¡tica del ordenamiento jurÃdico (defecto sustantivo)…" por cuanto "no se tuvo en cuenta la naturaleza jurÃdica del contrato de cuenta corriente bancaria ni la modalidad del mismo que habÃa sido suscrito por el accionante con la entidad crediticia, es decir, la demandada no adelantÃ³ una necesaria interpretaciÃ³n sistemÃ¡tica entre las normas del CÃ³digo Penal, que tipifican el delito de estafa, y las disposiciones legales de carÃ¡cter comercial que regulan esta clase de contratos comerciales".

Â Sentencia T-056 de 2005 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa. AquÃ la Corte encontrÃ³ que "el mismo despacho judicial provocÃ³ un defecto sustantivo en el mismo auto al desconocer abiertamente el artÃculo 319 del CÃ³digo de Procedimiento Civil". Ver ademÃ¡s T-066 de 2009 M.P. Jaime AraÃºjo RenterÃa. Ver ademÃ¡s Sentencias T-1216 de 2005, M P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-298 de 2008 M.P. Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o.

56. Sentencia T-114 de 2002, T- 1285 de 2005.

57. Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

58. Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa. Ver Sentencia T-1285 de 2005. AdemÃ¡s, en la sentencia T-193 de 1995, esta CorporaciÃ³n seÃ±alÃ³: "Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicaciÃ³n de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autÃ³nomamente que deben apartarse de la lÃnea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisiÃ³n, pues, de lo contrario, estarÃan infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A

travÃ©s de los recursos que se contemplan en cada jurisdicciÃ³n, normalmente puede ventilarse este evento de infracciÃ³n a la ConstituciÃ³n". Sobre este tema, tambiÃ©n puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.

59. Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

Ver las sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

60. Sobre el tema pueden consultarse ademÃ¡s, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005. En la sentencia T-522 de 2001, la Corte seÃ±alÃ³ que: "es evidente que se desconocerÃa y contravenÂ¬drÃa abiertamente la Carta PolÃtica si se aplica una disposiciÃ³n cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen mediÂ¬das de aseguramiento a los sindicados porque los procesos se adelantan ante jueces especializados", razÃ³n por la cual el juez, al constatar su existencia, tendrÃa que haber aplicado la excepciÃ³n de inconstitucionalidad.Â Â Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa. Ver ademÃ¡s Sentencia T-808 de 2007 M.P. Catalina Botero Marino "... en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexiÃ³n entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomÃa e independencia que la ConstituciÃ³n le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse ademÃ¡s, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones mÃ¡s favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurÃdico".

61. ARTÃCULO 278. El Procurador General de la NaciÃ³n ejercerÃ¡ directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisiÃ³n motivada, al funcionario pÃºblico que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la ConstituciÃ³n o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la ProcuradurÃa o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigaciÃ³n y sanciÃ³n de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razÃ³n del ejercicio de su cargo.
2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promociÃ³n, el ejercicio y la protecciÃ³n de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

62. Vigente para la Ã©poca de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n el de Procurador delegado.

63. Art. 125 constitucional.

64. Sentencia T- 494 de 2010.

65. Sentencia T-800 de 1998

66. Sentencia C-838 de 2003. "(...) Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados pÃºblicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remociÃ³n. El alto grado de confianza que el desempeÃ±o de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. ademÃ¡s, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de direcciÃ³n general, lo que implica participar en el diseÃ±o y la formulaciÃ³n de las polÃticas institucionales de la entidad pÃºblica donde prestan sus servicios, asÃ como las altas decisiones en relaciÃ³n con los planes, programas y proyectos en el Ã¡mbito de su competencia. Es decir, quienes ocupan un cargo de nivel directivo, son empleados diferentes de quienes los asesoran, o de los encargados de la ejecuciÃ³n de lo que aquellos resuelven. No se trata de empleos simplemente de carÃ¡cter administrativo, sino que, por la muy elevada posiciÃ³n en que se encuentran, de ellos depende no solamente la polÃtica institucional sino, en gran medida, su labor determina planes y programas de trascendencia econÃ³mica, polÃtica y social, circunstancia esta que los diferencia por completo de los demÃ¡s empleados de las entidades respectivas."

67. Sentencia C-368 de 1999

68. IbÃdem.

69. Sentencia C- 443 de 1997.

70. C-479/92 ya citada

71. Sentencia C-540 de 1998. M. P. Carlos Gaviria DÃaz. En el mismo sentido, C-527 de 1994, C-104 de 1994 y C-479 de 1992.

72. Sentencia C-734 de 2000

73. IbÃdem.

74. IbÃdem.

75. Art. 125 constitucional.

76. Sentencia C-514 de 1994

77. Sentencia C-195 de 1994, C- 181 de 2010.

78. Sentencia C- 312 de 2003 y C- 161 de 2003, entre otras.

79. Sentencia T-862 de 2009

80. Sentencia T- 862 de 2009

81. Sentencia T-1239 de 2008.

82. Sentencia T-800 de 1998,

83. Arts. 275 y ss. Constitucionales.

84. Art. 277 Constitucional.

85. Art. 278 constitucional.

86. Esta ley fue derogada por el art. 87 de la ley 443 de 1998.

87. Sentencia C-245 de 1995

88. IbÃdem.

89. Art. 2 ley 201 de 1995

90. Arts. 78 y79 de la ley 201 de 1995.

91. Art. 53 y ss ley 201 de 1995

92. Art. 136 de la ley 201 de 1995

93. Sentencia C-334 de 1994. Al respecto se puede observar tambiÃ©n la Sentencia C-031 de 1997.

94. Art. 262.

95. Art. 1.

96. Art. 7

97. ART. 277.—El Procurador General de la NaciÃ³n, por sÃ o por medio de sus delegados y agentes, tendrÃ¡ las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la ConstituciÃ³n, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.

3. Defender los intereses de la sociedad.

4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeÃ±en funciones pÃºblicas, inclusive las de elecciÃ³n popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurÃdico, del

patrimonio pÃºblico, o de los derechos y garantÃas fundamentales.

8. Rendir anualmente informe de su gestiÃ³n al Congreso.

9. Exigir a los funcionarios pÃºblicos y a los particulares la informaciÃ³n que considere necesaria.

10. Las demÃ¡s que determine la ley.

98. Sentencia C- 429 de 2001.

99. Art. 2 Decreto Ley 262 de 2000

100. Art. 23 Decreto Ley 262 de 2000

101. Art. 182 Decreto ley 262 de 2000

102. Art. 165 del Decreto ley 262 de 2000

103. Folios 1 a 26 cuad. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

104. Folio 239 y ss, Cuad.. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

105. Folios 427 y ss cuad. Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A

106. ARTÃCULO 278. El Procurador General de la NaciÃ³n ejercerÃ¡ directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisiÃ³n motivada, al funcionario pÃºblico que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la ConstituciÃ³n o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la ProcuradurÃa o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigaciÃ³n y sanciÃ³n de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razÃ³n del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promociÃ³n, el ejercicio y la protecciÃ³n de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

107. Vigente para la Ã©poca de los hechos mencionaba entre los funcionarios de libre nombramiento y remociÃ³n de la ProcuradurÃa General de la NaciÃ³n el de Procurador delegado.

108. Art. 125

109. Sentencia C-514 de 1994

110. Sentencia C-734 de 2000

111. Ley 27 de 1992, ley 201 de 1995 y decreto ley 262 de 2000.

112. Sentencia C-245 de 1995

113. Art. 136

114. Art. 278 Numeral 6

115. Folio 432 cuad. Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubsecciÃ³n A

116. Sentencias de Constitucionalidad C-838 de 2003, C-368 de 1999, C-443 de 1997, C-540 de 1998, C-734 de 2000, C-514 de 1994, C-195 de 1994, C-181 de 2010, C-312 de 2003, C-161 de 2003.

117. Art. 65 ley 201 de 1995

118. Sentencia C-514 de 1994

119. Sentencia C-838 de 2003

120. Arts. 277 y 278 ConstituciÃ³n PolÃtica.

121. Art. 278

122. Art. 277

123. Sentencia C- 245 de 1995

124. Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, asÃ como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011., 125. C-590 de 2005

Fecha y hora de creación: 2024-06-03 11:33:22