CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación: 76001233100020030372 1 01
Actor: ALEXANDRA BARBOSA LÓPEZ
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Número Interno: 1584-2010
Autoridades Nacionales

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 29 de agosto de 2014, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de marzo del 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la cual negó las pretensiones de la demanda.

EL ESCRITO DE DEMANDA

Pretensiones.-

ALEXANDRA BARBOSA LÓPEZ por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad de las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, proferidas por la Fiscalía General de la Nación mediante las cuales declaró insubsistente su

nombramiento en el cargo que desempeñaba como Técnico Judicial I de la Unidad de Fiscalía Local de Tuluá.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, a cancelarle el valor de los salarios, primas, subsidios, vacaciones y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta que se ordene su reintegro, sin solución de continuidad.

Fundamentos fácticos[1].-

La demandante expuso que fue vinculada a la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 0-852 de 23 de mayo de 1994, como Asistente Judicial Local en la Dirección Seccional de Buga a partir del 5 de julio del mismo año.

Igualmente señaló que por medio de Resolución 0-0963 de 28 de abril de 1998 fue nombrada como Técnico Judicial I, y el 26 de mayo del mismo año tomó posesión del cargo, el cual desempeñó hasta el momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento, el 13 de febrero de 2003.

Narró que el 11 de enero de 2002, el Director Seccional de Fiscalías de Guadalajara de Buga, profirió auto de apertura de investigación disciplinaria en su contra y con fundamento en los mismos hechos, la entidad demandada inició proceso penal en su contra por el delito de falsedad ideológica en documento público.

De la misma manera explicó que mediante Resolución 000553 de 26 de abril de 2002 la investigación fue asignada a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Pereira, quien por medio de Resolución de 8 de julio de 2002 impuso a la demandante medida de aseguramiento de

[1] Ver folios 26 a 63

detención preventiva, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente, así mismo formuló control de legalidad, que fue declarado improcedente el 31 de marzo de 2003 por el Tribunal Superior de Buga.

Posteriormente, indicó que el 13 de febrero de 2003 el Fiscal General de la Nación expidió la Resolución 0-0276, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento, por cuanto se encontraba incursa en causal de inhabilidad por existir en su contra medida de aseguramiento. Frente a dicha decisión interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto desfavorablemente, mediante Resolución 0-0905 de mayo de 09 de 2003.

Finalmente, manifestó que el 08 de julio de 2003 la entidad demandada profirió Resolución de acusación y revocó la medida de aseguramiento que le había sido impuesta y para el momento de presentación de la demanda aún no ha sido proferida sentencia.

NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 25 y 29.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 2 y 36.

Como concepto de vulneración de la normativa invocada, argumentó que los actos administrativos demandados fueron proferidos con desviación de poder, por cuanto la declaratoria de insubsistencia no se efectuó con el fin de mejorar el servicio, sino que tuvo como fundamento consideraciones e intereses ajenos a los fines esenciales del Estado.

A juicio de la parte demandante, la finalidad con la que fue expedida la resolución de insubsistencia era sancionarla por la conducta que se le atribuía, es decir, se pretendía su destitución, sin agotar el procedimiento disciplinario previsto por la ley, puesto que antes de que se decidiera de

fondo su situación y encontrándose en trámite el proceso disciplinario que se adelantaba en su contra, se profirieron los actos administrativos demandados.

Manifestó que la situación descrita vulnera las garantías mínimas que deben asegurarse al sujeto pasivo dentro de la acción disciplinaria, puesto que sin duda se pretendió materializar una sanción disciplinaria omitiendo el debido proceso.

Agregó que la motivación de la insubsistencia estuvo basada en la inhabilidad sobreviniente, producto de la medida de aseguramiento impuesta, sin tener en cuenta que se encontraba en trámite del control de legalidad, figura procesal que consiste en examinar la legalidad formal y material de la detención preventiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demandada[2] al considerar que las resoluciones acusadas gozan de legalidad, por haber sido expedidas conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y al Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

En sustento de su argumento, señaló que la ley contempla como inhabilidad para desempeñarse dentro de la entidad haberse dictado en su contra medida de aseguramiento que implique privación de la libertad, razón por la cual se profirieron las resoluciones atacadas, pues la situación de la señora Alexandra Barbosa encuadraba en la circunstancia descrita en la ley.

Seguidamente explicó que la Corte Suprema de Justicia se pronunció en relación con la diferencia entre la suspensión y la “inhabilitación”, para señalar que la primera es una medida provisional e inmediata, cuyo propósito

[2] Ver folios 83 a 91

desde el punto de vista penal es hacer efectiva la medida de aseguramiento. Desde ese punto de vista, tiene como fin evitar la perturbación de la buena marcha de la administración, para permitir proveer el cargo con un reemplazo.

En cuanto a la "inhabilitación", de que trata el ordinal 3ª del artículo 150 de la Ley Estatutaria de Justicia, es una medida permanente, que dispone la separación definitiva del servicio de una persona contra quien se ha dictado una medida de aseguramiento que implica la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 8 de marzo de 2010, denegó las súplicas de la demanda al considerar que la entidad demandada actuó conforme a la ley al declarar la insubsistencia del cargo de la actora.

Para el efecto, señaló que la facultad discrecional del nominador no se suspende por la existencia de una investigación penal y/o disciplinaria, pues cada una de las actuaciones es autónoma e independiente, en consecuencia el Fiscal General tenía la facultad de declarar insubsistente el nombramiento.

Igualmente, indicó que la ley no exige que el nominador agote un procedimiento disciplinario previo para poder declarar insubsistente un nombramiento, pues se trata de una causal que otorga a la entidad demandada dicha potestad, sin embargo éste debe evaluar bajo criterios de razonabilidad su procedencia.

Consideró que la Fiscalía General de la Nación actuó conforme a la ley, toda vez que la decisión adoptada fue proporcional a los hechos investigados.

Finalmente, afirmó que no existe prueba alguna que demuestre que la Fiscalía General de la Nación utilizó la declaratoria de insubsistencia para vulnerar el debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, mediante escrito que obra a folios 180 a 189, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en el que reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

Adicionalmente, afirmó que la medida de aseguramiento no es una causal objetiva, lo que implica que el nominador debe realizar un procedimiento administrativo previo para establecer la procedencia de la declaratoria de insubsistencia.

Indicó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a su vez se sustenta en pronunciamientos de la Corte Constitucional, particularmente la sentencia T-982 de 2004, la declaratoria de insubsistencia solo procede cuando la medida de aseguramiento implique privación de la libertad sin derecho a excarcelación, no obstante, aunque a la señora Alexandra Barbosa López se le reconoció dicho beneficio la Administración dispuso su retiro, decisión que al tenor de lo expuesto resulta desproporcionada o irrazonable, dado que era necesario expresar porqué la insubsistencia era la medida adecuada y no otra como la suspensión.

MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico gira en torno a determinar si es procedente la declaración de insubsistencia del nombramiento de un servidor de la Fiscalía General de la Nación por la inhabilidad sobreviviente consistente en medida de aseguramiento pese que le fue concedido el beneficio de excarcelación, y si para adoptar tal decisión es necesario exponer las razones que demuestran que dicha medida es razonable y proporcional.

Establecido lo anterior se determinará la legalidad de las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, mediante las cuales el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Técnico Judicial I de la Unidad de Fiscalía Local de Tuluá.

Naturaleza del cargo desempeñado por la actora y su vinculación

El artículo 1º de la Ley 116 de 1994, que modificó los artículos 66 y 68 del Decreto 2699 de 1991, sustituido por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 vigente para la época en que la demandante se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, textualmente establece:

> *"Los empleos de la fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:*
>
> 1. *Vicefiscal General de la Nación.*
> 2. *Secretario General*
> 3. *Jefes de Oficina de la Fiscalía General.*
> 4. *Directores Nacionales y jefes de división de la Fiscalía General.*
> 5. *Director de Escuela*
> 6. *Directores Regionales y seccionales.*
> 7. *Los empleados del despacho del fiscal general, del Vicefiscal y de la Secretaría General.*
> 8. *Los fiscales y funcionarios de las fiscalías regionales.*
> 9. *Los empleados del cuerpo técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional.*

Los demás cargos serán de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos"

De la norma transcrita se concluye que el cargo de Técnico Judicial I, desempeñado por la señora Alexandra Barbosa López para la época de la declaratoria de insubsistencia, era de carrera administrativa.

No obstante, no obra prueba alguna de que la actora se encontrara inscrita en el escalafón de carrera judicial, ni que haya participado en un concurso de meritos para acceder al empleo que ocupaba, por el contrario, a folios 19 a 21 fueron allegados los nombramientos de la demandante en provisionalidad como Asistente Judicial Local en la Dirección Seccional de Buga, mediante Resolución 0-0852 de 23 de mayo de 1994 y a folios 23 y 24 como Técnico Judicial I por medio de la Resolución 0-0963 de 28 de abril de 1998.

Régimen jurídico aplicable

Como regla general la Constitución Política dispone en el artículo 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción." (negrilla fuera de texto).

2.- El régimen de carrera aplicable para los cargos de la Fiscalía General de la Nación, era el previsto en el decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 "Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el literal a) del artículo 5º transitorio de la Constitución Política. En el artículo 65 de dicho Estatuto Orgánico se dispuso: "La Carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la Igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscalías de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargas mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de Carrera de la Fiscalía. Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1992".

De la medida de aseguramiento como causal de retiro

El Decreto 2699 de 30 de noviembre de 1991[3], concretamente en el literal c) del artículo 136, establecía que no podrían ser designados ni desempeñar cargos en la Fiscalía General de la Nación "*Quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hayan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal por el mismo delito, mientras se define su responsabilidad;".*

[3] Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

La anterior previsión al ser estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C- 558 de 1994, fue considerada exequible, por lo siguiente:

1.) Resultaba una medida lógica y obvia, dada la imposibilidad física y moral para el desempeño del cargo de quien se encuentre en dicha circunstancia, por cuanto a dichos servidores les es aún más exigible rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone, en razón a su labor; lo contrario sería tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, al permitir que personas cuyas condiciones personales están en entredicho administren justicia*, "por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados*".

2.) Porque a pesar de que goce de la excarcelación, ello no significa que la persona no cometió el delito o que no existiera prueba que lo comprometiera, sino que la clase de delito permitía conceder dicho beneficio, pero "*su responsabilidad queda en entredicho mientras no se dicte sentencia que la desvirtúe*" y

3.) Si se ha dictado resolución de acusación implica que se ha tipificado la conducta y que existen varios indicios graves que comprometen la responsabilidad de la persona.

Por último anota que al tener el carácter de temporal la inhabilidad, pues opera mientras se define la responsabilidad, no vulnera la Constitución Política.

La Ley 270 de 7 de marzo de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció como inhabilidad para ejercer cargos en la Rama Judicial el estar cobijado por medida de aseguramiento que implique la privación de

la libertad sin derecho a libertad provisional[4]. En el parágrafo de la misma norma establece que los nombramientos hechos en contravención de las causales previstas o aquellos respecto de los cuales surja inhabilidad sobreviniente, será declarado insubsistente mediante acto motivado, incluso si el servidor está inscrito en el escalafón de carrera judicial.

No sobra precisar que la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, consideró de manera genérica que las causales previstas por el artículo 150 de la mencionada Ley Estatutaria de Administración de Justicia, están ajustadas a la Constitución, pues se trata de situaciones que impiden que se perjudique la administración de justicia y la sociedad en general, en los siguientes términos:

> *"(…) Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos. Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente.*
>
> *Dentro de los criterios expuestos, las causales de inhabilidad que establece la disposición bajo examen aparecen razonables, en virtud de la naturaleza de las labores que se asignan a quienes deseen hacer parte de esta rama del poder público. (…)"*

Igualmente el artículo 79 del Decreto Ley 261 de 22 de febrero de 2000[5], "*por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones"*, vigente para la fecha de expedición de los actos demandados, reproduce el contenido de la anterior norma al prever dentro de

---

[4] Artículo 150, numeral 3º.
[5] Derogado por la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004, por la cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación

las inhabilidades para desempeñar cargos en dicha entidad, estar bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional. En el parágrafo de la misma norma, también establece que los nombramientos hechos en contravención de las causales previstas o aquellos respecto de los cuales surja inhabilidad sobreviniente, será declarado insubsistente mediante acto motivado, incluso si el servidor está inscrito en el escalafón de carrera judicial.

En el mismo sentido, el artículo 82 ibídem impone la obligación de advertir inmediatamente a la entidad si luego del acto de nombramiento o posesión sobreviene alguna inhabilidad o incompatibilidad. Si dentro de los 3 meses siguientes no ha finalizado la situación que dio origen a la situación inhabilitante o incompatible, procede su retiro, sin perjuicio de las sanciones que por tal hecho haya lugar.

Por su parte, el artículo 100 ibídem establece como causal de retiro, en el numeral 2º, la insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente.

Sin embargo, sobre la aplicación de esta medida la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional[6] como del Consejo de Estado[7], han considerado que si bien declarar la insubsistencia del nombramiento por dicha causal, tiene fundamento legal es preciso que el nominador, en ejercicio de la facultad discrecional que la norma le otorga, atienda el hecho de que su decisión debe ser adecuada a los fines que la norma autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, tal y como lo dispone el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo[8], con ello observar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

---

6 Sentencia T-982/04, T-331/07

[7] Ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A", sentencia de 19 de abril de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04209-02((0210-09); Actor: Luis Francisco Calvete Ribero; C.P: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; y de la Subsección "B", sentencia de 21 de mayo de 2009, Radicación número:0326-09, C.P.:Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[8] Aplicable para la época, pues la norma fue derogada por la Ley 1437 de 2011.

Por consiguiente, dado que la misma Ley 270 de 1996, en el artículo 147 contiene la posibilidad de suspensión en el ejercicio del cargo, cuando esa medida resulta menos gravosa y lesiva a los derechos del interesado, atendiendo además al principio de proporcionalidad.

Ello no obstante, no implica que no exista la posibilidad de declarar la insubsistencia del nombramiento del funcionario afectado por la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues puede resultar que la valoración del nominador y la gravedad de los hechos, lleve a concluir que esa es la medida pertinente.

Análisis del asunto concreto

Dentro del proceso se encuentra probado que Alexandra Barbosa López fue nombrada en provisionalidad como Asistente Judicial Local en la Dirección Seccional de Buga, mediante Resolución 0-0852 de 23 de mayo de 1994[9] y posteriormente como Técnico Judicial I por medio de la Resolución 0-0963 de 28 de abril de 1998[10].

A folios 25 y siguientes del cuaderno 2b, obra Resolución Interlocutoria de Primera Instancia de 8 de julio de 2002, mediante la cual se dicta medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva contra la señora Alexandra Barbosa López, en la que textualmente se dispone:

> *"(…) PRIMERO.- En contra de ALEXANDRA BARBOSA LÓPEZ se profiere medida de aseguramiento, consistente en DETENCIÓN PREVENTIVA, bajo el cargo de autoría dolosa en la comisión del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, por las razones que fueron expuestas en la parte motiva del presente proveimiento.*

[9] Folios 19 a 21
[10] Folios 23 y 24

SEGUNDO.- ALEXANDRA BARBOSA LÓPEZ no es merecedora al beneficio de libertad provisional.

TERCERO.- A ALEXANDRA BARBOSA LÓPEZ le será suspendida la decisión de privación de la libertad por llevar más de siete (07) meses de preñez y faltarle menos de dos (2) meses para el alumbramiento (…

CUARTO.- (…) deberá hacer depósito prendario por valor de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) para garantizar la SUSPENSIÓN de la privación de la libertad (…) y deberá permanecer en su residencia (…)

QUINTO.- Copia de la presente providencia le será enviada al Director de Fiscalías de Guadalajara de Buga para que de(sic) cumplimiento al mandato normado en el artículo 359 del C. de P. Penal.

SEXTO.- (…) se le prohíbe la salida del país (…) [11]"

Frente a tal decisión, el abogado de la demandante solicitó la revocatoria del numeral 5 de la decisión interlocutoria que ordenó dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 359 de la Ley 600 de 21 de julio del 2000[12], el cual determina que una vez se imponga medida de aseguramiento en contra de un servidor público, se requerirá a la autoridad respectiva que lo suspenda del cargo. Dicha solicitud fue resuelta desfavorablemente el 16 de julio de 2002[13].

El 11 de julio de la misma anualidad, previa solicitud de la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cali, mediante Resolución 1565, suspendió del cargo a la demandante, según se afirma en la parte motiva de la Resolución 0276 de 13 de febrero de 2003[14].

---

[11] Folio 236. Cuaderno No. 2A
[12] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
[13] Folios 83 – 93. Cuaderno No. 2b
[14] Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento por el surgimiento de una inhabilidad en forma sobreviniente.

Mediante providencia de 16 de julio de 2002 el mismo Despacho, negó la solicitud de revocatoria de la orden impartida al Director Seccional de Fiscalías de Guadalajara de Buga presentada por el apoderado de la actora[15].

El 31 de julio de 2002 se repuso el numeral cuarto de la resolución de 8 de julio del mismo año, en cuanto ordenó para en su lugar disponer que Alexandra Barbosa López día permanecer en su residencia.

El 18 de noviembre del mismo año, la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, confirmó la providencia de 16 de julio, objeto de recurso de apelación[16].

El 28 de noviembre de 2002 se ordenó que la suspensión de privación de la libertad fuera cumplida en la propia residencia hasta el 3 de marzo de 2003[17].

El 13 de febrero de 2003, por medio de la Resolución 0-0276 el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la señora Alexandra Barbosa López en el cargo de Técnico Judicial I.

El 8 de julio de ese año, mediante providencia de calificación de mérito sumarial, la entidad demandada profirió resolución de acusación en contra de la demandante por el delito de falsedad ideológica en documento público y revocó la medida de aseguramiento[18].

Señala la actora que la entidad demandada utilizó la figura de la declaratoria de insubsistencia para destituirla sin llevar a cabo un proceso disciplinario en su contra, con lo cual vulneró el debido proceso.

Contrario a lo afirmado, no obra prueba en el expediente que demuestre que la Fiscalía General de la Nación expidió las Resoluciones mediante las cuales

[15] Ver a folios 83ª 93 del Cuaderno No. 2b
[16] Folios 125 – 137. Cuaderno No. 2b
[17] Folios 138 a 143 ibídem
[18] Folios 158 a 236 ibídem

desvinculó a la señora Alexandra Barbosa de su cargo con el fin de evitar los trámites propios de un proceso disciplinario, por el contrario, se observa que se ordenó su apertura y se agotaron cada una de las etapas procesales, para posteriormente culminar con el fallo.

En efecto, el 11 de enero de 2002 la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga (Valle) dispuso iniciar investigación disciplinaria en su contra por presuntas irregularidades en la asignación del proceso No. 46391 a la Fiscalía Tercera Especializada[19]; en el mismo proveído se ordenó escuchar en versión libre a la investigada, diligencia que se llevó a cabo el mismo día[20].

El 28 de enero de 2002, previa solicitud del Director Seccional de Fiscalías de Guadalajara de Buga, la Oficina de Veeduría, Quejas y Reclamos asumió la investigación[21].

El 12 de junio de 2002, la señora Alexandra Barbosa López presentó descargos ante la Oficina de Veeduría, Quejas y Reclamos[22].

El 14 de febrero de 2005, se profirió fallo de primera instancia por medio del cual impuso sanción consistente en una multa de treinta días del salario mensual devengado para el 2001[23]. Dicha sanción fue ejecutada mediante Resolución 2-1349 de 21 de junio de 2005.

En ese orden, no encuentra sustento probatorio la afirmación realizada por la demandante, por tanto, no está llamado a prosperar el cargo propuesto.

De otra parte aduce la actora que la medida de aseguramiento como causal para declarar la insubsistencia implica que el procesado no acceda al beneficio

[19] Folios 6 – 7. Cuaderno No. 2A
[20] Folios 10 -18. Cuaderno No. 2A
[21] Folios 29 y 30. Cuaderno No. 2A
[22] Folios 59 – 64. Cuaderno No. 2A
[23] Folios 585 – 603. Cuaderno No. 2A

de excarcelación, contrario a lo ocurrido en este asunto, por tanto no era procedente dicha declaratoria.

Al respecto, se advierte que la decisión mediante la cual se impuso medida de aseguramiento a la señora Alexandra Barbosa López, a su vez negó el derecho a la libertad provisional.

Ahora bien, aún cuando la medida fue suspendida en el mismo proveído, es necesario precisar que esto no implicó que se le hubiera concedido a la investigada el beneficio de excarcelación, sino que por su situación de gravidez se le suspendió temporalmente la medida de aseguramiento impuesta.

Por otra parte, si bien es cierto que a la señora Alexandra Barbosa López le fue revocada la medida de aseguramiento impuesta, esto no significa que se le haya otorgado libertad provisional, sino que las circunstancias que en su momento dieron lugar a imponer tal medida, cambiaron, lo que hizo innecesario mantenerla, como se concluye de los argumentos expuestos en la decisión:

> *"(…) El proceso penal no es estático y en la medida que avanzan sus etapas ofrece realidades jurídicas distintas. Uno de los asuntos que amerita valoraciones progresivas es lo relativo a la necesidad de la medida de aseguramiento con fundamento en los fines que cumple.*
>
> *Antes se pensó que no estaban satisfechos los fundamentos de que trata el artículo 355 del C. de P. Penal, hoy la realidad presente del proceso ha motivado a cambiar:*
>
> - *ALEXANDRA, de manera constante e invariable, ha dado muestras de atender los llamados que se le han hecho en la actuación procesal, y ha cumplido las obligaciones de permanencia en su residencia.*
>
> - *No existe evidencia que diga que ALEXANDRA podrá tener en peligro a la comunidad.*
>
> - *Ni de que pueda destruir elementos probatorios ahora que está desvinculada de la institución.*

- *Nulas son las posibilidades que tiene ALEXANDRA de entorpecer la acción de la justicia frente a un caso donde el tema de prueba se encuentra agotado (…)"*

Del texto transcrito se advierte que precisamente una de las razones para revocar la medida de aseguramiento, fue la declaratoria de insubsistencia proferida por la entidad demandada.

Por lo anteriormente expuesto, no es de recibo el argumento de la demandante, pues es innegable la existencia de la inhabilidad sobreviniente, ya que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 79 del Decreto 261 de 2000, esto es, la existencia de una medida de aseguramiento sin derecho a libertad provisional.

Por otra parte, la demandante considera que la existencia de una medida de aseguramiento no implica que obligatoriamente haya lugar a la declaratoria de insubsistencia, toda vez que se deben evaluar las circunstancias específicas de cada caso y realizar un procedimiento previo a fin de determinar su procedencia.

Sobre el particular, como antes se indicó el Decreto 261 de 2000, que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación, en su artículo 79 establece las causales por las que una persona no puede ser nombrada, ni desempeñar un cargo en la referida entidad, y su numeral 3 expresamente dispone que quien *"(…) se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional"* y que el parágrafo de la normativa citada señala que los nombramientos respecto de los cuales surgiere inhabilidad sobreviviente, serán declarados insubsistentes.

No obstante, ello no implica que el nominador se abstenga de realizar un análisis detallado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la imposición de la medida de aseguramiento, por el contrario debe estudiar detenidamente las

particularidades del asunto, para así poder determinar la procedencia o improcedencia de la declaratoria de insubsistencia.

Con todo, solamente el hecho de que exista una medida de aseguramiento no implica necesariamente que se declare insubsistente el nombramiento del investigado como se ha manifestado reiteradamente, no obstante, en el asunto puesto a consideración de la Sala, la demandante no logró probar que el nominador incumpliera dicha obligación, ni que las decisiones se hubieran proferido con desviación del poder, por el contrario se advierte que las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, mediante las cuales se declaró la insubsistencia, tuvieron como justificación proteger la buena marcha de la administración.

En efecto, en la Resolución 0-0276 de 13 de febrero de 2013, dichos argumentos quedaron expresados en los siguientes términos:

> *"(…) la Corte Constitucional en sentencia C-558 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, al efectuar el estudio constitucional al literal c) del artículo 136 del Decreto 2699 de 1991, norma que antecedió a la prevista en el numeral 3° del artículo 79 del decreto 261 de 2000, señaló:*
>
> *"Si se acepta que en órganos como la Fiscalía presten sus servicios personas contra las cuales existen indicios graves de responsabilidad en la comisión de delitos dolosos. es tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, pues la administración de justicia queda en manos de personas cuyas virtudes o condiciones personales están en entredicho y, por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados (…)""*

Así mismo, en Resolución 0-0905 de 09 mayo de 2003, la Fiscalía General de la Nación analizo detenidamente el asunto al disponer:

> *"(…) resulta viable predicar del acto recurrido, la existencia de la inhabilidad sobreviniente, sin que para ello resulte válido aducir vulneración a los principios de igualdad y el debido proceso como lo predica en su escrito, pues de no actuar la administración ajustada a derecho, se presentaría un abierto desconocimiento de los principios en los que se basa la función pública, más aún tratándose de una entidad como la Fiscalía General de la Nación que por su especial función requiere el máximo de transparencia por parte de quienes integran el organismo (…)"*

Ahora bien, no resulta acertado afirmar que los actos demandados contienen una decisión desproporcionada pues en un primer momento optó por la suspensión de la actora mediante la Resolución 1565 de 11 de julio de 2002, es decir, la insubsistencia no fue la primera decisión adoptada. Adicionalmente, consideró la Entidad que dada la especial función requiere el máximo de transparencia, se desconocerían los principios de la función pública, dado que se trata de una conducta típica, desplegada en ejercicio y con ocasión del cargo desempeñado en la entidad.

Con mayor razón, la Sala confirmará la sentencia objeto del recurso de apelación, pues como se anotó con anterioridad dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante, se profirió fallo sancionatorio por los mismos hechos que dieron origen al proceso penal y por los que se impuso medida de aseguramiento, situación que refuerza la proporcionalidad de la medida impuesta.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 8 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E) **JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)**

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SLIV/lmmo