

FISCAL DELEGADO ANTE JUEZ PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO – Cargo de carrera / INSUBSISTENCIA DE FISCAL EN PROVISIONALIDAD – Facultad discrecional

Teniendo en cuenta el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 106 del decreto 261 de 2000, no cabe duda que el último cargo desempeñado por la demandante, de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados y del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, no ha sido clasificado como de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, fuerza concluir que el mismo, es de aquellos llamados de carrera, que deben ser proveídos a través de un proceso de selección como lo dispone la normatividad mencionada. Ahora bien, como no obra dentro del expediente prueba alguna de que la accionante hubiera ingresado a la Fiscalía General de la Nación, previo concurso de méritos, o que haya sido inscrita en carrera, en el cargo del cual fue declarada insubsistente, se hace evidente que su vinculación era en provisionalidad, en un cargo que estaba designado como de carrera judicial, por ello, el Fiscal General de la Nación tenía la facultad discrecional de remover a la demandante, de forma inmotivada, sin procedimientos previos o condiciones y su actuación goza de presunción de legalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 130 / DECRETO 261 DE 2000 - ARTÍCULO 106

DESVIACION DE PODER – Actos discrecionales

El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio.

INSUBSISTENCIA DE FISCAL EN PROVISIONALIDAD - Desviación de poder. Publicación en medios de comunicación de carta de inconformidad con prueba de polígrafo / DESVIACION DE PODER - Insubsistencia de Fiscal en provisionalidad

Para la Sala es inevitable relacionar la publicación de la carta elaborada por la actora, en el semanario El Espectador el día 4 de abril de 2004 y la fecha en que el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento hecho a la Señora Omaira Gómez Ariza el 14 de los mismos mes y año, es decir, 10 días después de dicha publicación, lo que evidencia malestar por parte de la entidad al haber llegado a manos de los medios de comunicación el escrito de inconformidad y crítica por la medida probatoria adoptada, pues, dentro del contexto de la relación laboral entre las aludidas partes, ninguna otra explicación para la desvinculación de la demandante podría advertirse, si es que dicha relación estuvo hasta entonces caracterizada por la adecuada prestación del servicio de la funcionaria sin que hubiera reparo alguno sobre la solvencia profesional o moral con que desempeñó los cargos que le fueron asignados. En este último sentido cobra relevancia el análisis de la prueba del polígrafo de la que se habló durante el trámite del proceso. Aquí, se hace necesario dejar sentado, así como lo afirmaron las partes en las diferentes etapas del proceso, que en aquella oportunidad la actora no presentó la prueba, pues había sido llevada a cabo por la demandante el año inmediatamente anterior, y por ello, el resultado de la prueba tampoco podría

explicar la desvinculación de la señora Gómez Ariza, pues, sin juzgar la legalidad, constitucionalidad o validez de tal mecanismo, lo cierto es que, si la actora no fue objeto de análisis por medio del polígrafo, no podía ser desvinculada por la tal hecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06219-01(0563-08)

Actor: OMAIRA GOMEZ ARIZA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Omaira Gómez Ariza contra la Nación, Fiscalía General de la Nación.

LA DEMANDA

OMAIRA GÓMEZ ARIZA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 0-1482 de 14 de abril de 2004, en virtud de la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del

Circuito Especializados de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcoáticos y de Interdicción Marítima.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Declarar para todos los efectos legales que no ha existido discontinuidad en el ejercicio del cargo, es decir que el tiempo que dure cesante, debe ser tenido en cuenta para efectos prestacionales.
- Ordenar el reintegro al cargo de Fiscal Delegado antes los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcoáticos y de Interdicción Marítima o a otro de igual o superior categoría, o que se cree para los fines de la sentencia, con requisitos y funciones afines.
- Ordenar el reconocimiento y pago de todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir entre la fecha de retiro y aquella en que se produzca el reintegro efectivo al servicio, con los incrementos legales, con inclusión de los intereses de ley y la indexación monetaria; incluyendo sueldos, gastos de representación, primas especiales de servicios, primas de servicios, vacaciones y primas vacacionales, primas de navidad, cesantías, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir.
- Condenar a la demandada al pago de los perjuicios morales que hayan podido resultar con la expedición del acto acusado.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

Desde el año 1981 ha laborado al servicio del poder judicial ocupando los cargos de Juez Promiscuo Municipal de Molagavita, Floridablanca y Piedecuesta en el Departamento de Santander; Jueza Penal Municipal de Bucaramanga; Jueza Civil Municipal de Barrancabermeja; Jueza de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta; Jueza de Orden Público de Cúcuta; Fiscal Regional y Especializada ante los Juzgados Penales del Circuito especializados de Bogotá.

Su hoja de vida es una prueba del cumplimiento de sus deberes, idónea y honestamente, sin sanciones disciplinarias ni penales.

Como Jueza de Orden Público de Cúcuta, recibió amenazas de muerte, pues, estaba investigando a varias personas que participaron en el asesinato de varios integrantes de la Unión Patriótica en las regiones de Tibú y la Gabarra, Norte de Santander. Tal hecho la obligó a abandonar el país y a radicarse durante los años 1990 y 1994 en Suecia.

Luego de regresar al país, en los años 1995 y 1996 se desempeñó como Asesora en la Defensoría del Pueblo, cuyo titular era el Doctor Jaime Córdoba Triviño.

El 18 de julio de 1996, el Fiscal General de la Nación la nombró Fiscal Delegada ante los Jueces Regionales de Bogotá.

El 30 de junio de 1996, fue designada Fiscal Delegada antes los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Bogotá.

Posteriormente, en junio de 2003 fue nombrada Fiscal Delegada para los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima – UNAIM.

En el mes de noviembre de ese año, por su labor destacada dentro de la UNAIM, fue invitada por el Gobierno de Francia a participar en el intercambio relacionado con la prevención de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Así mismo, fue llamada por la entidad demandada para participar en eventos convocados por la Embajada de los Estados Unidos, para examinar temas de interdicción de sustancias alucinógenas y de implantación del sistema acusatorio.

El 17 de marzo de 2004, el Fiscal General de la Nación mediante comunicación dirigida al Jefe de la UNAIM, dispuso la realización de una prueba de polígrafo a varios funcionarios de la Unidad, dentro de los que se encontraba la demandante, con el objeto de garantizar la confiabilidad y transparencia de los funcionarios que tramitaban asuntos relacionados con el narcotráfico.

El 26 de marzo de 2004, la demandante compareció al sitio indicado para la aplicación de dicha prueba, *“habiéndosele informado que no era necesario que la presentara, pues había hecho lo propio en el mes de octubre - antes de su viaje a Francia – y que como la había pasado, no requería una nueva prueba, según comunicación verbal de los agentes del FBI, quienes por demás no le entregaron ninguna comunicación escrita a ese respecto.”*

Luego de ser presentada la prueba de polígrafo por la mayoría de los Fiscales de la UNAIM, de manera unánime se quejaron de los vejámenes a los que habían sido sometidos por los agentes del FBI, quienes practicaron dicha prueba.

Al escuchar las quejas de sus compañeros y atendiendo sus razones, la demandante elaboró una comunicación suscrita por la mayoría de los funcionarios y empleados de la UNAIM, dirigida al Fiscal General de la Nación en la que se le ponía de presente el trato *“infamante y grosero”* de que habían sido víctimas.

Dicha comunicación fue publicada el domingo 4 de abril de 2004 en el periódico El Espectador, diez días después, el nombramiento de la demandante en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, fue declarado insubsistente por el Fiscal General de la Nación, a través de la Resolución No. 0-1482 de 14 de abril de 2004. Los nombramientos de los demás servidores públicos referenciados en dicha comunicación, también fueron declarados insubsistentes.

El 12 de junio de 2004, la demandante envió una comunicación al Fiscal General de la Nación con el objetivo de que se le expresaran las razones por las cuales había sido declarado su nombramiento insubsistente. El 15 de los mismos mes y año, obtuvo respuesta en la que se le comunicó que su desvinculación tuvo como sustento legal la facultad discrecional contemplada en el numeral 2° del artículo 251 de la C.N. y el numeral 2° del artículo 17 del Decreto 261 de 2000, sin que el acto exigiera alguna motivación.

El Fiscal General de la Nación en varios medios de comunicación, expresó que algunas declaraciones de insubsistencia se debían a una labor de depuración en la Fiscalía, y otras, a la pérdida de la prueba del polígrafo.

La declaratoria de insubsistencia de la demandante se originó por el hecho de haber elaborado la comunicación de protesta contra la práctica de la prueba inconstitucional del polígrafo y no la intención de mejoramiento del servicio.

El último salario devengado por la demandante era de tres millones ochocientos mil pesos \$ 3.800.000.oo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política los artículos 1, 2, 13, 15, 25, 83, 121, 125 y 209.

Sostuvo la parte actora que el acto demandado fue expedido con fundamento en una causa distinta a la que legalmente le corresponde, pues un acto de insubsistencia debe darse en procura de un eficiente servicio público, y, en el presente caso, la decisión plasmada en el acto acusado, está fuera del contexto mencionado, pues el hecho que llevó al Fiscal General de la Nación a declarar insubsistente el nombramiento de la demandante fue la comunicación en la que se criticó la práctica de la prueba de polígrafo, llevada a cabo por agentes del FBI.

Argumentó el demandante que hubo violación a los principios de audiencia y defensa consagrados en la Constitución Política, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 ibídem, ninguna autoridad puede adelantar actuaciones por fuera del marco de la competencia a ésta asignada. Por ende, al Fiscal General le estaba prohibido permitir o incentivar la practica de la prueba del polígrafo a sus agentes, dentro de la entidad y menos dejar en manos de policía extranjera su verificación, precipitando determinaciones frente a la estabilidad laboral de sus funcionarios, a quienes no se les comunicó el resultado de dicha prueba, vulnerando el derecho de contradicción.

Sostuvo que la prueba del polígrafo no está contemplada en el ordenamiento jurídico Colombiano y fue practicada a los funcionarios de la Fiscalía lesionando la dignidad humana, razón y fundamento de cualquier instrumento de convivencia, como lo garantiza el Estado y la Constitución.

El uso del polígrafo como técnica de interrogación es contrario a la Constitución por constituir una prueba ilícita, puesto que, riñe con el derecho a no autoincriminarse que hace parte del debido proceso. Dicha prueba, transgrede los

principios esenciales de la función pública, pues, el régimen de la Fiscalía no contempla su práctica que, como ya se dijo, es contraria al ordenamiento jurídico.

La facultad discrecional que recae en el Fiscal General de la Nación tiene límites, por ende, no es absoluta, su actuación debe estar direccionada a la protección de los derechos fundamentales de los servidores del Estado, quienes no pueden ser desvinculados con vulneración a sus garantías.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección B, accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones (folios 231 a 252):

Si bien es cierto la demandante fue convocada para presentar la prueba del polígrafo en marzo de 2004, también lo es que, ésta no se llevó a cabo porque el año anterior la actora había presentado dicha prueba, aún así, redactó la comunicación enviada al Fiscal General de la Nación en la cual se censuró la práctica de la misma.

La demandante no se encontraba inscrita en carrera administrativa, por lo tanto, su nombramiento era precario y el nominador tenía la facultad de removerla mediante un acto de declaración de insubsistencia, en cuyo caso se presume expedido por razones del buen servicio y corresponde a la parte interesada desvirtuar dicha presunción.

Para el Tribunal, de las pruebas allegadas al expediente, se destaca el escrito de 26 de marzo de 2004, en el que se protesta sobre la práctica de la prueba del polígrafo a varios funcionarios de la Fiscalía, comunicado aquel relacionado con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante, hecho el 14 de abril de 2004, pues aunque la misma no fue sometida a la mentada prueba, lo cierto es que, promovió el escrito de censura dirigido al Fiscal General de la Nación, como lo demuestran los documentos aportados al proceso.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, también censuró la prueba de polígrafo llevada a cabo a los funcionarios de la

demandada; lo que condujo a dar fuerza a los testimonios rendidos en el proceso. Concluyó entonces el Tribunal, que la demandante fue retirada de su cargo por razones diferentes a las de mejorar el servicio en contravención de las normas.

Para el a quo, el polígrafo sólo registra los cambios neurofisiológicos del individuo ante una mentira; que el hecho de entender dicha práctica como prueba, desconoce principios fundamentales máxime si dicho medio probatorio no está autorizado por el ordenamiento jurídico del país. Concluye argumentando que la prueba del polígrafo fue la causa indirecta para la desvinculación de la demandante mediante la declaratoria de insubsistencia.

Sostuvo que la entidad demandada dentro del curso del proceso no probó que la desvinculación de la demandante se debiera a su comportamiento contrario a la Ley o a las políticas de la institución.

Finalmente destacó la intolerancia de la entidad demandada frente al disenso de algunos de sus funcionarios, que protestaron en forma respetuosa y legal de las directrices que se tomaban.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (folios 273 a 275):

Sostuvo que el a quo incurrió en error al valorar la prueba indiciaria, pues de conformidad con el tratadista Antonio Dellepiane, no se analizó, la relación de causalidad que existe entre los hechos indicativos de la supuesta desviación de poder y el acto mismo de la insubsistencia; además, el Tribunal le dio a un hecho indicador la naturaleza de hecho indicado.

La facultad discrecional del Fiscal General de la Nación y en consecuencia los posibles vicios de nulidad que pueda generar el acto de desvinculación, apuntan al momento de expedición del acto y ello involucra directa o indirectamente el proceder de quien lo expidió, es decir que su origen radica en una conducta humana objetiva.

El hecho de que la demandante haya tenido buen desempeño en la institución no enerva la facultad discrecional del nominador, tratándose de funcionarios que se encuentran en situación de libre nombramiento y remoción, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Argumentó que la demandante no se encontraba inscrita en carrera administrativa y por ello no gozaba de fuero de inamovilidad y podía ser desvinculada de la entidad en ejercicio de la facultad discrecional que recae en el Fiscal General de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema Jurídico

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si la decisión de la Fiscalía General de la Nación de declarar insubsistente el nombramiento de la señora Omaira Gómez Ariza, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, se encuentra ajustada a derecho.

Para lo anterior, precisa determinar la legalidad de la Resolución No. 0-1482 de 14 de abril de 2004, proferida por el Fiscal General de la Nación.

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo el tipo de vinculación que ostentaba la demandante en la Fiscalía General de la Nación y la posible desviación de poder con la expedición del acto acusado.

Hechos probados

La Sala encuentra acreditados los siguientes supuestos:

El Alcalde Municipal de Molagavita la Nueva, certificó que la demandante desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal, en forma continua e ininterrumpida, desde el 1 de agosto de 1981 y hasta el 10 de junio de 1982. (Folio 4)

El Alcalde Municipal de Floridablanca, Santander, el 12 de septiembre de 1986, certificó que la demandante fue Juez Segundo Promiscuo Municipal de dicho municipio, por 22 días contados a partir del 6 de septiembre de 1982. (Folio 5)

A folio 6 obra certificación suscrita por el Jefe de Archivo y Correspondencia del Municipio de Piedecuesta, Santander, en la que consta que la demandante laboró como Juez Penal Municipal por el término de una licencia de Maternidad, en el año 1982.

A folio 7 se encuentra la certificación suscrita por el Secretario General de la Alcaldía Mayor de Bucaramanga, en la que consta que la señora Omaira Gómez Ariza, se desempeñó como Juez Tercero Municipal de Bucaramanga desde el 16 de julio de 1982 y hasta el 6 de agosto del mismo año, por vacaciones de su titular.

El Alcalde Municipal de Barrancabermeja, certificó que la accionante fue Juez Segundo Civil Municipal, en dicho municipio, desde el 1 de octubre de 1983, hasta el 31 de agosto de 1986. (Folio 8)

Del 1 de septiembre de 1986 y hasta el 30 de septiembre de 1988, la actora laboró como Juez Segundo de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta. (Folio 9)

Del 1 de octubre de 1988 y hasta el 31 de agosto de 1990, la demandante desempeñó el cargo de Juez Primera de Orden Público en Cúcuta, Norte de Santander. (Folio 10).

Laboró en la Defensoría del Pueblo a partir del 2 de mayo de 1995 y hasta el 27 de agosto de 1996, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 18, en la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas.

Mediante Resolución No. 0-1537 de 18 de julio de 1996, la señora Gómez Ariza, fue nombrada por el Fiscal General de la Nación (E), en el cargo de Fiscal

Delegado ante los Jueces Regionales de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá, en provisionalidad. Tomó posesión del mismo el 28 de agosto de 1996. (Folios 11 y 12).

Por medio de la Resolución No. 1-0083 de 8 de octubre de 1997, el Vicefiscal General de la Nación, le concedió a la demandante una comisión de estudios en el exterior, entre el 20 de octubre de 1997 y el 15 de diciembre del mismo año, para que concurriera al Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, de la Universidad de Salamanca, como investigadora asociada.

En virtud de la Resolución No. 0-1065 de 30 de junio de 1999, proferida por el Fiscal General, en virtud de la cual se modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, fue integrada la demandante, en provisionalidad, al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados. El 1° de julio de 1999 tomó posesión del cargo en mención.

El 14 de noviembre de 2003, la demandante recibió una comisión de servicios en el exterior, mediante la Resolución No. 2-3177, suscrita por la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, para que participara en el intercambio relacionado con la prevención y persecución de delitos que tienen que ver con el consumo y tráfico ilícito de estupefacientes, evento que se realizó en la ciudad de París, Francia, entre el 15 y el 22 de noviembre de 2003.

El Fiscal General de la Nación, en virtud de la Resolución No. 0-1482 de 14 de abril de 2004, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima.

Mediante Oficio DFGN 01298 de 17 de marzo de 2004, el Fiscal General de la Nación, le comunicó Doctor, Luis Fernando Torres Castañeda, Coordinador de la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima, de la Fiscalía, que *“con el propósito de garantizar aspectos relativos a la confiabilidad y transparencia que debe distinguir a todo servidor público y para la presente situación, a los funcionarios de la Fiscalía encargados de atender investigaciones y casos relacionados con narcotráfico, se ha programado la práctica de la prueba del polígrafo a partir del lunes 22 de marzo y hasta el jueves 25 del mismo mes según listado que acompaño (...)”*.

Entre los folios 64 a 71 obra la comunicación suscrita por varios funcionarios de la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima, enviada al Fiscal General de la Nación, en la cual expresan su desacuerdo con la prueba de polígrafo a que fueron sometidos por agentes del F.B.I. de los Estados Unidos de América.

La vinculación

Al momento de ser desvinculada de la entidad demandada, la señora Omaira Gómez Ariza, desempeñaba en provisionalidad, el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima. (Folio 14).

El Decreto 2699 de 30 de noviembre de 1991, en virtud del cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, al definir la naturaleza de los empleos en dicha entidad, determinó lo siguiente:

Artículo 66. Artículo sustituido por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996.

(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de Carrera *los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; **de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores;** de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.*

Dicho artículo fue modificado por la Ley 116 de 1994, quedando con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 66. 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. *Vicéfiscal 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 Vicéfiscal 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.”

La Corte Constitucional, en sentencia C-053 de 1997, al resolver una demanda de inexecutableidad promovida contra la Ley 116 de 1994 respecto del aparte transcrito, se declaró inhibida para conocer el fondo de la cuestión arguyendo que la misma había sido resuelta por sentencia C-037 de 1996, que conoció el examen de constitucionalidad del artículo 130, incisos 4 y 5, de la Ley 270 de 1996, disposición que, en opinión de la Corte Constitucional, deroga la Ley 116 de 1994, en el aparte en el que reforma el Decreto 2699 de 1991, “Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

El artículo 130 de la Ley 270 de 1996, dispuso:

ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios y Directores Administrativos de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicéfiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales, Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicéfiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

*Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; **de los***

Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.
..

En el mismo sentido fue proferido el Decreto 261 de 2000, que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación, y en su artículo 106, dispuso como de libre nombramiento y remoción los cargos de: Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Director Nacional, Director Seccional, empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General y de Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia; más adelante determinó que los demás cargos son de carrera administrativa y deben ser proveídos mediante el sistema de méritos.

Teniendo en cuenta la normatividad mencionada y transcrita, no cabe duda que el último cargo desempeñado por la demandante, de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados y del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, no ha sido clasificado como de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, fuerza concluir que el mismo, es de aquellos llamados de carrera, que deben ser proveídos a través de un proceso de selección como lo dispone la normatividad mencionada.

Ahora bien, como no obra dentro del expediente prueba alguna de que la accionante hubiera ingresado a la Fiscalía General de la Nación, previo concurso de méritos, o que haya sido inscrita en carrera, en el cargo del cual fue declarada insubsistente, se hace evidente que su vinculación era en provisionalidad, en un cargo que estaba designado como de carrera judicial, por ello, el Fiscal General de la Nación tenía la facultad discrecional de remover a la demandante, de forma inmotivada, sin procedimientos previos o condiciones y su actuación goza de presunción de legalidad.

No obstante, por ser presunción legal es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla, es decir que, la misma no es un dispositivo inexpugnable. Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación (artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables por remisión expresa de los artículos 168 y 267 del C.C.A.).

La Desviación de Poder

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal se dirige a analizar la legalidad del acto desde su finalidad. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, se sostuvo:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.

Con base en las anteriores premisas, la Sala abordará el cargo de desviación de poder de que se acusa a la Administración y que fuera alegado por la demandante. Para ello tendrá en cuenta los argumentos expuestos por las partes en segunda instancia y las pruebas obrantes en el expediente.

El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio¹.

Lo anterior se destaca, pues la entidad recurrente sostiene que no hubo prueba fehaciente que acreditara la desviación de poder alegada por la actora, en el acto que la retiró del servicio. Igualmente reprueba el entendimiento que el Tribunal hizo sobre la prueba indiciaria, pues a su juicio, carece la necesaria relación entre hecho indicador y hecho indicado.

Sin embargo, juzga la Sala que existe una sucesión de acontecimientos que dispuestos en el tiempo determinan nítidamente la ocurrencia de la desviación de poder como se evidencia a continuación.

¹ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter 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”.

Como se dijo en el acápite de hechos probados, la señora Omaira Gómez Ariza, desempeñó en la entidad demandada, los cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales y Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados; además, en varias oportunidades fue enviada al exterior en comisiones de servicio, cuya concesión, implicaba para la favorecida, el compromiso de mantenerse en la entidad, durante por lo menos seis meses, contados a partir de la fecha de vencimiento de la comisión de estudios. (folios 36 a 38 y 40 y 41).

En ese desarrollo, que podría calificarse como sobresaliente en el ejercicio de la función pública, la señora Omaira Gómez Ariza permaneció vinculada a la Fiscalía General de la Nación entre el 18 de julio de 1996 y el 14 de abril del año 2004; sin embargo, hay una actividad realizada por la demandante que cambia radicalmente la realidad mencionada y, es el hecho de haber elaborado la carta que fue enviada al Fiscal General de la Nación, en la cual, varios funcionarios de la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima, de dicha entidad, reclamaron sobre los tratos a que fueron sometidos mediante la prueba de polígrafo que se les realizó entre los días 22 y 25 de marzo de 2004, especialmente a los funcionarios encargados de atender investigaciones relacionadas con narcotráfico, procedimiento realizados por agentes de Instituciones Norteamericanas de Inteligencia.

La firmeza del argumento anterior está soportada en el testimonio rendido dentro del proceso, por el señor Néstor Raúl Rangel Sánchez (folios 157 a 161); la declaración extrajuicio del señor Carlos Ibán Mejía Abello (folio 74); y los artículos publicados en los periódicos El Espectador y el Tiempo, los días 4 y 8 de abril de 2004 visibles a folios 72 y 73 del expediente, cuyos apartes pertinentes dicen:

Testimonio del señor Rangel Sánchez:

*PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si sabe o presume saber los motivos por los cuales se encuentra rindiendo esta declaración:
(...) Posterior a estos hechos debido a la inconformidad que se presentó con la mencionada prueba, la doctora OMAIRA GÓMEZ ARIZA promovió redactar un oficio que lo firmamos todos para enviárselo al señor Fiscal presentándole la queja, por circunstancias extrañas que desconozco dicho oficio llegó a manos de la prensa, causó revuelo y posteriormente, semanalmente lo viernes o cualquier día de la semana llegaban cinco y más declaraciones de insubsistencia sin saberse los motivos, los motivos*

son del resorte del señor Fiscal, dicha insubsistencia solo venía con declararse insubsistente, sin más.

(...)

PREGUNTADO: Dígame al despacho si a usted le consta que la doctora OMAIRA GÓMEZ fue quien elaboró un escrito de denuncia y de protesta contra la prueba del polígrafo.- CONTESTO:- De denuncia no creo, fue de presentarle al señor Fiscal General del tratamiento que se le había dado a los funcionarios de la UNAIM, simplemente para que el (sic) conociera y para que se pusieran algunos correctivos del tratamiento, se creó malestar fue por la infiltración que hubo de la prensa. Si ella fue la que redacta la carta, porque a mi fue el primero que me llamó para que la firmara, ella fue la que hizo el escrito.”

Declaración extrajuicio del señor Mejía Abello:

“HECHOS A DECLARAR

(...)

2:- Sé y me consta que OMAIRA GÓMEZ ARIZA proyectó y elaboró una comunicación, el día 26 de marzo de 2004, dirigida al señor Fiscal General de la Nación LUIS CAMILO OSORIO expresando el desacuerdo con la practica de la prueba del polígrafo, efectuada por Agentes del F.B.I. de Estados Unidos de América y ordenada por el Fiscal General a través de una comunicación dirigida al Coordinador de la Unidad.

3:- Sé y me consta que fue la misma OMAIRA GÓMEZ ARIZA quien recolectó las firmas de los Fiscales y demás servidores públicos de la Unidad que suscribieron la referida comunicación, la cual con las firma (sic) se le llevó al Fiscal.

4:- Esa misma, carta a la cual me refiero, salió publicada en el semanario El Espectador el día 4 de abril de 2004.”

Periódico El Espectador, en publicación del domingo 4 de abril de 2004, registró como noticia:

Hace poco más de un mes, el fiscal Luis Camilo Osorio anunció que para atacar los focos de corrupción que aquejaban la institución a su mando, sometería a todos los empleados del ente investigador a la prueba del polígrafo o de detector de mentiras.

Lo que pocos sabían era que el mencionado test había que presentarlo ante funcionarios del FBI de EU. Hoy, el malestar es evidente entre muchos de los funcionarios de la Fiscalía. Tanto, que algunos de ellos se han negado a someterse a la prueba con el argumento de que aquella violó la presunción de inocencia y, sobre todo, que una autoridad extranjera no tiene por qué calificarlos.

***El Espectador** conoció una carta que varios fiscales de la Unidad Nacional Antinarcóticos (UNAIM) le enviaron, el pasado 26 de marzo, al fiscal Osorio. Los comentarios sobre ella sobran, por lo que la transcribimos en su totalidad. Este semanario, además conoció los nombres de al menos cinco funcionarios de la UNAIM que no pasaron la prueba del polígrafo”.*

El diario El Tiempo reporta la noticia del siguiente modo:

“Esta semana, varios funcionarios de la Unidad Antinarcóticos de la Fiscalía (Unaim) protestaron ante el Fiscal calificando de “irrespeto” y “humillación” su paso por el detector de mentiras, y expresaron su desacuerdo con el uso del aparato, porque ello “ha implicado una inaceptable intromisión en nuestra vida personal.

-No sólo durante el interrogatorio, sino en charlas anteriores y posteriores al mismo, fuimos sometidos a vejámenes, tratos degradantes y presiones inaceptables-, precisaron los fiscales en la carta conocida el domingo.”

Frente a lo anterior, además de haberse demostrado que la demandante fue autora del escrito que puso en consideración del Fiscal General de la Nación, la inconformidad con la práctica de la prueba del polígrafo a los funcionarios de la UNAIM, se hace necesario hacer referencia al informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (folios 164 a 202), que registró la violación por parte de la Fiscalía General de la Nación, de los derechos humanos de los funcionarios de la Fiscalía, al debido proceso, a la honra, a la reputación, a la dignidad, entre otros. Dicho informe suscribió lo siguiente:

“Se registró la obstaculización de la labor de la justicia, así como la violación de la independencia y autonomía judicial en casos en los cuales varios fiscales fueron removidos porque sus nombramientos fueron declarados insubsistentes por el Fiscal General de la Nación, invocando sus facultades discrecionales. Se denunció que en varios de esos casos el curso de las investigaciones que tenían a cargo los fiscales les habría provocado la pérdida de sus puestos. Adicionalmente se registraron violaciones a los derechos a la honra, reputación y dignidad, y a la presunción de inocencia, al señalarse que esas decisiones respondían a una política por parte de la Fiscalía General de la Nación, de depuración de funcionarios corruptos, sin que mediara investigación judicial o disciplinaria. Esto sucedió, por ejemplo en el caso del fiscal Álvaro Bayona y las fiscales Omaira Gómez y Aidee López, en abril, en Bogotá.”

Lo antes expuesto evidencia, de un lado, la vulneración por parte de la entidad demandada, de los derechos humanos de algunos funcionarios de la UNAIM que fueron sometidos a la práctica de la prueba de polígrafo, y de otro, la relación de causalidad que existe entre la producción de la misiva dirigida al Fiscal, el 26 de marzo de 2004 (folios 64 a 71) y la expedición del acto de insubsistencia (folio 3),

pues mírese que ninguna justificación racional ni probatoria arguyó la entidad demandada, que condujera a romper ese vínculo entre los dos hechos, o que permitiera establecer otras razones relacionadas con el buen servicio para producir el acto de desvinculación.

Para la Sala es inevitable relacionar la publicación de la carta elaborada por la actora, en el semanario El Espectador el día 4 de abril de 2004 y la fecha en que el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento hecho a la Señora Omaira Gómez Ariza el 14 de los mismos mes y año, es decir, 10 días después de dicha publicación, lo que evidencia malestar por parte de la entidad al haber llegado a manos de los medios de comunicación el escrito de inconformidad y crítica por la medida probatoria adoptada, pues, dentro del contexto de la relación laboral entre las aludidas partes, ninguna otra explicación para la desvinculación de la demandante podría advertirse, si es que dicha relación estuvo hasta entonces caracterizada por la adecuada prestación del servicio de la funcionaria sin que hubiera reparo alguno sobre la solvencia profesional o moral con que desempeñó los cargos que le fueron asignados.

En este último sentido cobra relevancia el análisis de la prueba del polígrafo de la que se habló durante el trámite del proceso. Aquí, se hace necesario dejar sentado, así como lo afirmaron las partes en las diferentes etapas del proceso, que en aquella oportunidad la actora no presentó la prueba, pues había sido llevada a cabo por la demandante el año inmediatamente anterior, y por ello, el resultado de la prueba tampoco podría explicar la desvinculación de la señora Gómez Ariza, pues, sin juzgar la legalidad, constitucionalidad o validez de tal mecanismo, lo cierto es que, si la actora no fue objeto de análisis por medio del polígrafo, no podía ser desvinculada por la tal hecho.

De conformidad con lo anterior, no hay duda que se estructuró una desviación de poder con la expedición del acto acusado y por lo tanto, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, al fracasar los planteamientos de la institución recurrente, atinentes a desvirtuar la desviación poder probada por el a quo.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso AdEEl fenómeno de la desviación de poder puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el

ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicioministrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 16 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Omaira Gómez Ariza contra la Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, Notifíquese Devuélvase al Tribunal de Origen, Cúmplase

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA