

Sentencia C-1189/05

COSA JUZGADA MATERIAL-Jurisprudencia de la Corte Constitucional

COSA JUZGADA MATERIAL-Concepto

COSA JUZGADA MATERIAL-Respeto del precedente

COSA JUZGADA MATERIAL-No configuración por cambios en contexto fáctico y normativo que justifiquen nuevo juicio de constitucionalidad

COSA JUZGADA MATERIAL-Elementos para determinarla

COSA JUZGADA MATERIAL-Efectos respecto de exequibilidad o inexecuibilidad

COSA JUZGADA MATERIAL-No configuración

Si bien en ese entonces la Corte consideró exequible, por los cargos estudiados, el contenido del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, no examinó, en concreto, el cargo que se alega en esta ocasión. La Corte considera, por tanto, que no se vulnera el efecto de cosa juzgada material, por cuanto la anterior sentencia no genera dicho efecto respecto del asunto bajo examen constitucional en esta oportunidad. Esto, por cuanto, como se dijo en líneas precedentes, únicamente tiene lugar al concurrir tres condiciones que no se cumplen.

ABANDONO DEL CARGO-Antecedentes legales como causal autónoma del retiro del servicio

RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Jurisprudencia sobre ámbito de aplicación del debido proceso

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Distinción entre garantías previas y garantías posteriores

El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes,

previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías inherentes no pueden confundirse con la posibilidad de controvertir acto administrativo

La posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa.

ABANDONO DEL CARGO-Coexistencia como causal de retiro y falta disciplinaria no implica vulneración del principio *non bis in idem*

NORMA DISCIPLINARIA-Criterios jurisprudenciales para determinar cuando una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario

RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO-Naturaleza

La causal de retiro del servicio por abandono del cargo, consagrada en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no tiene proyección hacia el derecho disciplinario, sino que se enmarca dentro de las medidas administrativas que tienden a dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal.

RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO-Funcionario debe contar con las garantías del debido proceso previa expedición del acto administrativo/**DEBIDO PROCESO EN RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO**-Oportunidad de controvertir las razones de la desvinculación antes de que ésta se produzca/**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL Y RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO**-Oportunidad de controvertir las razones de la desvinculación antes de que ésta se produzca

Si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), previa expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso. Cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, antes de que ésta se produzca.

Referencia: expediente D-5804

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de septiembre 23 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*

Demandante: Hugo Alejandro Jiménez Balcazar

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Hugo Alejandro Jiménez Balcazar solicitó ante esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de septiembre 23 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*.

Mediante Auto de veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005), el magistrado sustanciador en el asunto de la referencia admitió y ordenó comunicarla al Presidente del Congreso, al Presidente de la Republica, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Fiscalía General de la Nación, para que se pronunciaran respecto de la exequibilidad o inexequibilidad de las disposiciones acusadas. De igual manera, se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Colombiana de Juristas y a las Facultades de Derecho de las Universidades Andes, de Cartagena, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario para que, de considerarlo oportuno, intervinieran en el presente proceso.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 45.680 de 23 de septiembre de 2004.

"LEY 909 de 2004
(Septiembre 23)

Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

Diario Oficial No 45.680
EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:
(...)

TÍTULO VII
RETIRO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

(...)

Artículo 41. *Causales de retiro del servicio.* El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

(...)"

III. LA DEMANDA

1.- El demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del literal i) del artículo 41. Tal disposición viola, en su opinión, el artículo 29 de la Constitución, por cuanto no regula el procedimiento que debe adelantar la administración en el evento de abandono del cargo por parte de un servidor público.

En efecto, para el ciudadano Jiménez Balcazar, la falta de reglamentación del procedimiento específico que debe adelantar la administración ante la conducta de abandono del cargo vicia de inconstitucionalidad el precepto impugnado, pues los empleados públicos se ven sujetos a la eventual arbitrariedad del nominador al proferir el acto de retiro del servicio en caso de configuración de la conducta de abandono del cargo, en detrimento de su derecho fundamental al debido proceso. Al respecto señala el demandante:

"[S]e considera entonces, que la conducta que es objeto de esta acción (art. 41, lit. i de la Ley 909/04), no debe constituir una causal autónoma para que el nominador pueda retirar del servicio a los servidores públicos inscritos en el Registro Público de la carrera administrativa. Y esto debido a que en el citado literal, objeto de esta acción, se desconoce el debido proceso porque no se regula o desarrolla la manera como debe actuar la administración en tal evento, lo cual quebranta de bulto e indiscutiblemente la garantía consagrada en el artículo 29 Superior. Por ello, el literal de la norma que se ataca, repercute palmariamente en menoscabo de las garantías procesales, con implicación en el campo del derecho sustancial y procesal preexistente.

(...)

El artículo 29 del ordenamiento superior lo consagra expresamente "para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas". Así entonces, la situación que es objeto de controversia y que surge de lo preceptuado en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004,

requiere de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezca el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos señalados en la ley o en los reglamentos”.

2.- Por lo anterior, solicita que se declare la inconstitucionalidad del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual consagra la conducta de abandono del cargo por parte de los empleados públicos como *causal autónoma* del retiro del servicio. Como petición subsidiaria, plantea que en caso de que el literal cuestionado sea declarado exequible, se haga un condicionamiento en el sentido de que dicho retiro procede, previa realización del procedimiento regulado por el Código Disciplinario Único que deberá llevarse a cabo y agotarse con todas las garantías del debido proceso.

IV. INTERVENCIONES

Universidad del Rosario

1.- El ciudadano Alejandro Venegas Franco, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario, presenta escrito de intervención dentro del término fijado para ello en las normas pertinentes y solicita declarar la exequibilidad de la norma bajo examen. Aduce las siguientes razones para apoyar su solicitud.

1.1.- De conformidad con una interpretación sistemática de las disposiciones de la Ley 909 de 2004, artículo 41, referidas a las causales de retiro del servicio y aquellas de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, se colige fácilmente que para proceder a declarar la vacancia de un empleo por abandono del mismo, el funcionario competente deberá adelantar previamente un proceso disciplinario. En efecto, al armonizar el precepto legal demandado con los postulados del Código Disciplinario Único, se advierte que aquel no riñe con las garantías fundamentales propias del debido proceso.

1.2.- Así, el artículo 4º del Código Disciplinario Único estipula que en aquellos casos en los cuales se vea comprometido disciplinariamente un servidor público y un particular, tanto la investigación como la sanción sólo podrán tener lugar por conductas tipificadas como faltas en la ley vigente al momento de su realización. Y, por su parte, el artículo 6º del mismo estatuto exige que el sujeto disciplinable sea investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso.

El artículo 33, numeral 10 de la Ley 909 de 2004, a su vez, establece que además de los derechos contemplados en la Constitución, la ley y los reglamentos, son derechos de los servidores públicos los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los manuales de funciones, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

1.3.- Concluye a partir de lo anterior que teniendo en cuenta que la declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo es una falta sancionada disciplinariamente, para poder llegar a tal determinación es necesario tramitar un proceso previo en contra del presunto infractor, el cual debe estar revestido de todas las garantías propias del debido proceso. Por ello, a pesar de no encontrarse reglado en la Ley 909 de 2004, hay una remisión al Código Disciplinario Único.

Departamento Administrativo de la Función Pública

2.- En escrito recibido en la Secretaría de esta Corporación el 22 de junio de 2005, el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante apoderado, solicitó a la Corte Constitucional que

declare la exequibilidad del literal acusado. Esta entidad expone las siguientes razones para apoyar su punto de vista.

2.1.- El legislador cuenta con facultad para establecer otras causales de retiro de los empleados de carrera administrativa, facultad que deriva directamente de los artículos 125 y 150-23 de la Constitución Política. Así, existe una potestad de configuración legislativa con fundamento en la cual al legislador le es posible determinar las causales de retiro del servicio para quienes han sido inscritos en carrera administrativa, además de las previstas en la Carta Política, así como el procedimiento a seguir. De esta manera, estima el interviniente, el legislador, haciendo uso de dicha libertad de configuración normativa, previó como causal autónoma de retiro el abandono del cargo, en atención a los principios rectores de la prestación del servicio público, cuales son la eficiencia, la efectividad y la oportunidad.

Estima el apoderado que en definitiva el legislador tiene facultad para establecer causales autónomas de retiro, independientes de aquellas contenidas en las disposiciones disciplinarias. En efecto, indica, el artículo 125 Superior, establece como causal de retiro la violación del régimen disciplinario, el cual fue adoptado en la Ley 734 de 2002, de conformidad con el artículo 124 de la Carta. Es por ello, destaca, que cuando el artículo 125 antes citado hace relación a *“las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*, necesariamente se refiere a causales diferentes a las que hacen parte del régimen disciplinario.

De conformidad con lo anterior, el literal impugnado no vulnera ningún precepto constitucional, bien por el contrario, busca proteger y garantizar los legítimos intereses de la Administración Pública, señalados en los artículos 1º, 2º, 123 y 209 de la Carta Fundamental.

2.2.- El abandono del cargo ha sido consagrado como causal autónoma de retiro del servicio en varios textos legales: artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968 (modificado por el Decreto 3074 del mismo año) y en el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973. Así mismo, en las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004. El desarrollo de esta causal se encuentra en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973 que establece en qué eventos se configura el abandono del cargo y, así mismo consagra que, una vez comprobada alguna de dichas hipótesis, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo cumplimiento de los procedimientos legales.

Por consiguiente, a la administración le basta verificar el acaecimiento del hecho que configura el abandono del cargo para proceder a declarar la vacancia del mismo. Este procedimiento se realizará mediante acto administrativo motivado, contra el cual proceden los recursos de ley. Y es claro que si el empleado justifica la causa de su ausencia, la administración deberá revocar la decisión o abstenerse de declarar la vacancia del cargo, por cuanto no toda inasistencia configura un abandono del mismo.

Este acto administrativo, destaca la entidad interviniente, es independiente de la decisión de carácter disciplinario proferida por el ente competente *“la cual depende de la primera y no se contrapone”*.

2.3.- Por último, el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública indica que en el caso bajo estudio se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Como sustento de dicha consideración expone que en la sentencia C-088 de 2002, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 que consagra la misma causal demandada en esta oportunidad y en cuya demanda se expusieron los mismos cargos que ahora corresponde analizar a esta Corporación.

Academia Colombiana de Jurisprudencia

3.- La Academia Colombiana de Jurisprudencia allegó a la Secretaría de esta Corporación escrito de intervención en el presente proceso el día 23 de junio de 2005. El ciudadano Bernardo Carreño Varela, comisionado para rendir concepto, previas algunas consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas a los empleos de libre nombramiento y remoción y al principio constitucional del *non bis in idem*, solicitó a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad del literal acusado. Como fundamento de su solicitud expuso que el procedimiento que el demandante echa de menos sí existe, “en otras disposiciones de la misma ley y de otras” aún cuando no especifica en cuáles.

Simultáneamente, no obstante, señala que no es “obligatorio ni posible” que cada norma que tipifica faltas sancionables contenga un procedimiento especial para castigarla, ante lo cual en el precepto normativo acusado no se evidencia una vulneración del debido proceso. Así, en su opinión, “[d]esde la óptica de la demanda no hay violación al debido proceso, porque el procedimiento administrativo que echa de menos el actor, para los efectos prácticos, se confunde con el que impuso la sanción disciplinaria ya que, normalmente, el funcionario que impone la sanción disciplinaria por abandono del cargo, es el mismo que decreta el retiro del servicio”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 3882 recibido en Secretaría de esta Corporación el 22 de julio de 2005, solicita a la Corte Constitucional declarar la existencia de la cosa juzgada material en relación con la sentencia C-088 de 2002. En apoyo de su solicitud, el Ministerio Público sostiene que el contenido normativo del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 demanda que dio origen a la sentencia citada, era igual al del precepto que ahora se acusa y que, además, dicha disposición normativa fue objeto de examen por los mismos cargos que en esta oportunidad son aducidos por el actor. Por consiguiente, la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo ya fue objeto de pronunciamiento por esta Corporación.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4° de la Carta.

El asunto bajo revisión

2.- El demandante considera que el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 vulnera el artículo 29 de la Constitución Política. Según el actor, el abandono del cargo no puede ser considerado como una causal autónoma para el retiro del servicio, pues ello va en detrimento del debido proceso del cual son titulares los empleados públicos. Lo anterior, por cuanto el abandono del cargo está consagrado en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima, de lo cual se sigue la iniciación ineludible del proceso disciplinario, mientras que al ser contemplada como causal autónoma, queda sin regulación alguna el procedimiento de declaratoria de vacancia del cargo.

3.- Los intervinientes solicitan que el literal acusado sea declarado exequible, aun cuando por razones diversas. Los argumentos aducidos por el Decano de la Universidad del Rosario apuntan hacia la idea de que, a partir de la armonización de la disposición acusada y aquella propia del régimen disciplinario que consagra el abandono del cargo como una falta gravísima, se puede concluir que la primera, esto es, el literal demandado, no configura una causal autónoma para el retiro del servicio, pues el funcionario competente debe adelantar el proceso disciplinario respectivo previa declaratoria

de vacancia del cargo. El Departamento Administrativo de la Función Pública, por su parte, señala que el legislador cuenta con la potestad de configuración para consagrar causales autónomas de retiro del servicio, independientes de aquellas estipuladas en el Código Disciplinario Único. Ello, lejos de atentar contra los cánones constitucionales, busca salvaguardar los intereses legítimos de la Administración Pública, en atención a los principios de eficiencia, efectividad y oportunidad que la rigen. Por último, el apoderado de la entidad indica que respecto de la disposición normativa controvertida opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, pues esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una disposición igual y por los mismos cargos, mediante sentencia C-088 de 2002. Por último, la Academia Colombiana de Jurisprudencia indica que no se evidencia la vulneración del debido proceso, pues no es necesario que las normas *sancionatorias* estipulen un procedimiento específico para castigar las conductas que tipifican. De todas maneras, señala que el procedimiento que el demandante echa de menos sí existe en otras disposiciones de la misma Ley 909 de 2004 y en otros cuerpos normativos.

4.- La Vista Fiscal solicita a este Tribunal Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia C-088 de 2002, como consecuencia de la existencia del fenómeno de la cosa juzgada material, pues la disposición impugnada tiene igual contenido al literal que en esta oportunidad se demanda y el cual fue objeto de examen por los mismos cargos que ahora se aducen.

Problema jurídico

5.- De acuerdo con los cargos formulados en la demanda de inconstitucionalidad, corresponde a la Corte establecer si la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio atenta contra las garantías propias del debido proceso (C.P. art. 29), por carencia de regulación específica del procedimiento que debe adelantar el funcionario competente.

6.- Previamente la Corte debe precisar si la disposición acusada tiene un contenido normativo igual al del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 que fue declarado exequible por esta Corporación en la sentencia C-088 de 2002. De igual manera, debe efectuar un examen comparativo de los cargos sobre los cuales se llevó a cabo el juicio de constitucionalidad en aquella oportunidad y los expuestos por el demandante en el proceso de la referencia, con el fin de establecer si debe reiterarse la jurisprudencia sentada en dicha ocasión y, por ende, adoptar la misma decisión de declarar exequible la disposición acusada.

7.- Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte (i) repasará el desarrollo jurisprudencial del concepto de la cosa juzgada material; (ii) revisará los antecedentes legales y jurisprudenciales sobre el abandono del cargo como causal autónoma para el retiro del servicio; (iii) efectuará un repaso respecto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso administrativo, desde los preceptos constitucionales e internacionales y sus desarrollos en la jurisprudencia constitucional; (iv) evaluará la disposición controvertida bajo los criterios desarrollados por esta Corporación a fin de determinar si la misma tiene una proyección hacia el ámbito disciplinario; para así, (iv) concluir sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de la disposición demandada por vulneración del debido proceso.

Consideración preliminar. Cosa juzgada material y reiteración del precedente

8.- En consideración a que el Procurador General de la Nación puso de presente que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-088 de 2002, se pronunció sobre el literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, cuyo texto era igual al que hoy se examina, y que, en consecuencia, se configuró el efecto de cosa juzgada material, deberá en esta oportunidad analizarse si la sentencia anterior produjo dicho efecto respecto del asunto bajo análisis.

9.- Para establecer la existencia o inexistencia del efecto de cosa juzgada, se hace necesario comparar no sólo los textos de las disposiciones demandadas, sino que es imperativo, de igual manera, evaluar la similitud de los cargos que en aquella y en esta oportunidad dieron origen al examen de constitucionalidad. No obstante, esta Corporación empezará por repasar su jurisprudencia sobre el tema para, finalmente, realizar el ejercicio comparativo y concluir al respecto.

10.- Esta Corporación ha establecido que la cosa juzgada material se configura cuando la disposición normativa objeto de estudio tiene un contenido idéntico o similar al de otra disposición que ya ha sido objeto de examen constitucional por parte de este Tribunal, con base en los mismos cargos y dentro de un contexto fáctico y normativo semejante. Así ha indicado la jurisprudencia que esta figura se presenta *“cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica: tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política.”*¹ La Corte ha señalado, igualmente, que no sólo el contenido normativo debe ser similar sino que también es necesario que el contexto fáctico y normativo en el que esta Corporación estudió dicha disposición no sea sustancialmente diferente de aquel en el cual se le solicita realizar nuevamente el control de constitucionalidad. Lo anterior obedece al esfuerzo por precisar aquellos eventos en los cuales se configura la cosa juzgada material, pues ésta *“no debe ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente.”*² De esta manera, la jurisprudencia ha buscado establecer una carga de argumentación mayor en los eventos de cambio del precedente, a fin de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad.

11.- No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha justificado un nuevo estudio de una disposición normativa ya examinada, por cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que se hayan producido en una comunidad y que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, un pronunciamiento anterior, con base en *“significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma.”*³ Así, el nuevo fallo que resuelve de fondo no vulnera la cosa juzgada, pues parte de un punto de análisis diverso que, lejos de ser contradictorio, busca precisar valores y principios constitucionales y, en últimas, aclarar el sentido y alcance de una institución jurídica. Se trata, entonces, de un cambio de interpretación constitucional necesario para responder adecuadamente a los cambios presentes en cualquier sociedad.

12.- Con posterioridad, la Corte indicó que la cosa juzgada material se restringía a aquellas disposiciones normativas declaradas inexecutable por este Tribunal Constitucional. En efecto, en sentencia de 2002⁴ esta Corporación precisó los elementos para determinar cuándo se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material. Para ello estableció: (i) que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable, (ii) que la disposición demandada reproduzca el texto normativo

¹ Sentencia C-427 de 1996. Es necesario hacer una precisión respecto de la fundamentación que en el fallo se hace de la cosa juzgada material, pues el mismo señala que este efecto opera con base en lo preceptuado en el artículo 243 de la Constitución Política, pero se aclara que es únicamente en relación con el primer párrafo de dicho texto superior, pues el segundo hace referencia a la prohibición constitucional de reproducir posteriormente contenidos normativos declarados inexecutable por este Tribunal Constitucional. En efecto, esta disposición estipula: *“Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. // Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”* (Subrayas ajenas al texto original).

² Sentencia C-447 de 1997.

³ Sentencia C-774 de 2001.

⁴ Ver sentencia C-228 de 2002.

declarado inexecutable⁵, (iii) que el texto examinado previamente haya sido declarado inexecutable por razones de fondo, de manera que la *ratio decidendi* del fallo no haya recaído sobre un vicio de forma y, (iv) que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo en el que la Corte decidió declarar la inexecutableidad. La consecuencia directa de la verificación de los elementos referidos es la declaratoria de inexecutableidad del texto normativo bajo estudio y que reprodujo el contenido del previamente examinado, por violación del artículo 243 de la Constitución Política.

Respecto de los efectos de un fallo en el cual se declaró la executableidad de una disposición que se encuentra nuevamente demandada por haber sido reproducida en otro cuerpo normativo, esta Corte ha indicado que se trata de un precedente, respecto del cual la Corporación tiene diversas opciones. La primera de ellas consiste en seguir el precedente, en atención a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y otros valores y principios protegidos por la Constitución⁶. La segunda alternativa es apartarse del precedente con base en razones poderosas que encuentren asidero en principios y valores constitucionales desarrollados, igualmente, en la jurisprudencia constitucional a fin de *“evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas.”*⁷

13.- En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente executable y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material. En efecto, la cosa juzgada material tiene lugar únicamente cuando concurren las siguientes condiciones⁸:

(i) Que exista una sentencia de constitucionalidad sobre el mismo precepto normativo e incluido en el mismo cuerpo normativo, respecto del cual se solicita estudio posterior (identidad formal).

⁵ El fallo aclara que la identidad de las disposiciones normativas se establece teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada. Así, aún cuando la redacción sea diferente pero el contenido normativo sea el mismo a la luz del contexto, se entiende que se trata de una reproducción.

⁶ Así, por ejemplo, en sentencia C-665 de 2005, la Corte Constitucional decidió reiterar la jurisprudencia sentada en la sentencia C-194 de 2005, respetando el precedente en la materia objeto de juicio de constitucionalidad. En efecto, en dicha sentencia la Corte se ocupó del análisis de algunos apartes de los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) y estableció que las expresiones acusadas tenían un contenido normativo igual al de las frases comprendidas en los artículos 4° y 5° de la Ley 890 de 2004, declaradas executableas en sentencia C-194 de 2005 y, además, que los cargos analizados en dicha oportunidad coincidían con los esgrimidos en la presente demanda. De esta manera, la Sala Plena concluyó: *“(…) no cabe duda que los criterios expuestos en la sentencia antes citada resuelven plenamente los problemas jurídicos planteados en la demanda que ahora estudia la Corte, por lo que la Sala Plena, respetando el precedente en la materia, procede a reiterar su jurisprudencia y a declarar executableas las expresiones “su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional” y “su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional” contenidas en los incisos segundos de los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004 respectivamente”*.

⁷ Sentencia C-228 de 2002.

⁸ También ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que *“el control de constitucionalidad que se ejerce sobre los proyectos de leyes estatutarias es integral y como consecuencia de ello, una vez expedida la ley, la misma se encuentra amparada por la cosa juzgada material(…)”*. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia C-1155 de 2005, en la cual la Corte se pronunció respecto de la demanda dirigida contra algunos apartes de los artículos 9° y 10° del Decreto 2652 de 1991, los cuales reprodujeron de forma idéntica apartes de los artículos 112 y 114 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) previamente analizada por este Tribunal. Por lo anterior, la Corte decidió *“Estar a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 que declaró la executableidad de los artículos 112 y 114 del proyecto de ley estatutaria de la Administración de Justicia y en consecuencia, declarar executableas el numeral 4) del artículo 9° del Decreto Ley 2652 de 1991 y la expresión “los abogados en ejercicio” contenida en el numeral 1) del artículo 10 del mismo Decreto Ley.”*

(ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud de estudio.

(iii) Que no se hayan producido cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, el pronunciamiento anterior. Esto es, que se presente una identidad en el contexto fáctico y normativo entre el momento en que la Corte hizo su anterior pronunciamiento y el momento en que se solicita el nuevo análisis⁹.

14.- De conformidad con las consideraciones expuestas, la Corte entra a comparar el texto de la disposición examinada y que dio lugar a la sentencia C-088 de 2002, respecto de la cual se alega cosa juzgada material en el presente caso, así como los cargos por los cuales se pronunció en aquella oportunidad este Tribunal.

Tal y como lo señalan el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional había examinado la constitucionalidad del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, cuyo texto era el siguiente:

“ARTÍCULO 37. Causales. El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos: // g) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (...)”

Se aprecia así que el texto de dicha disposición y el de la que hoy se somete a examen de la Corte, son iguales¹⁰. No obstante, la Corte estudiará si también hay identidad de cargos. En aquella oportunidad el demandante fundamentaba su argumentación para considerar inconstitucional la disposición arriba transcrita, en la vulneración del principio del *non bis in idem*, por cuanto a su juicio existe duplicidad de actuaciones administrativas. Según su criterio, la norma autoriza que se adelanten dos procesos (uno disciplinario y uno administrativo) para una misma conducta, pues el abandono del cargo está consagrado dentro del régimen disciplinario como falta gravísima.

Si bien en ese entonces la Corte consideró exequible, por los cargos estudiados, el contenido del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, no examinó, en concreto, el cargo que se alega en esta ocasión y que se relaciona con la eventual vulneración del debido proceso que tiene lugar con la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio, pues la declaratoria de vacancia del empleo queda sin regulación expresa que respete la totalidad de las garantías propias del debido proceso, eliminando así, cualquier rasgo de arbitrariedad en el proceder y la decisión del nominador. La Corte considera, por tanto, que no se vulnera el efecto de cosa juzgada material, por cuanto la anterior sentencia no genera dicho efecto respecto del asunto bajo examen constitucional en esta oportunidad. Esto, por cuanto, como se dijo en líneas precedentes, únicamente tiene lugar al concurrir tres condiciones (que como se vio, no se cumplen): (i) que la solicitud de juicio de constitucionalidad verse sobre una misma disposición normativa ya analizada por este Tribunal

⁹ Ver sentencia C-1121 de 2005.

¹⁰ Aún cuando sus contenidos normativos difieren en tanto el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 únicamente era aplicable a los cargos de carrera, mientras que la que ahora es objeto de estudio tiene un campo de aplicación que cobija tanto a éstos como a aquellos de libre nombramiento y remoción. En efecto, en la Ley 443 de 1998 fueron expedidas “... normas sobre carrera administrativa y otras disposiciones”, mientras que en la Ley 909 de 2004 se expidieron “normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Constitucional, lo cual implica la existencia de una identidad formal, (ii) que los cargos que dieron lugar a aquel juicio coincidan con los que se exponen para fundamentar la nueva solicitud de declaratoria de inexecuibilidad de la disposición y, (iii) que no se hayan producido cambios sustanciales en el contexto fáctico y normativo que justifiquen un nuevo juicio de constitucionalidad de la disposición previamente examinada¹¹. Pasa, entonces, esta Corte a pronunciarse de fondo sobre la demanda.

Antecedentes legales del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio

15.- El Decreto 3074 de 1968, por el cual se modificó y adicionó el Decreto Ley 2400 del mismo año¹², regula lo relativo a los empleos en la Rama Ejecutiva. Define, por ejemplo, el carácter de la vinculación de empleados públicos, funcionarios, empleados de libre nombramiento y remoción, y empleados que integran el servicio civil, así como las atribuciones del Gobierno para modificar estas modalidades de vinculación; también se pronuncia respecto de los procedimientos para el ingreso a la carrera y la promoción dentro de ella; de igual manera, hace referencia a las prohibiciones de los empleados en defensa de la economía del Estado, a las sanciones disciplinarias que les son aplicables y a las facultades del Gobierno respecto de la reglamentación de la calificación de las faltas, la graduación de las sanciones y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario -aclara que dicha facultad debe ejercerse siempre teniendo en cuenta las garantías del debido proceso-¹³. Más adelante establece dentro de las causales de cesación definitiva de funciones el abandono del cargo¹⁴.

16.- Posteriormente fue expedido el Decreto 1950 de 1973, mediante el cual se reglamentaron los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y se dictaron otras normas sobre administración del personal civil de la Rama Ejecutiva. El Gobierno, por medio de este cuerpo normativo se ocupó de varios temas, dentro de los cuales se encuentran los empleados, funcionarios, trabajadores y auxiliares de la administración; la creación, supresión y fusión de empleos; el carácter de los empleos y su remuneración; la vacancia de los empleos, dentro de cuyas causales de declaratoria, figura, de nuevo, el abandono del cargo (Art. 22, lit. 10)¹⁵; la provisión de empleos; el régimen disciplinario; los

¹¹ Ver sentencia C-1121 de 2005.

¹² El Decreto Ley 2400 de 1968 modificó las normas que regulaban la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En relación con las eventualidades en las cuales se produce la cesación definitiva de funciones, dicho cuerpo normativo indicó las siguientes: “*Artículo 25. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento. b. Por renuncia regularmente aceptada. c. Por supresión del empleo .d. Por retiro con derecho a jubilación .e. Por invalidez absoluta. f. Por edad. g. Por destitución y h. Por abandono del cargo.*” (Subrayas fuera del texto).

¹³ El Decreto en comento estipula: “*El artículo 14 quedará así: El gobierno reglamentará la calificación de las faltas, la graduación de las sanciones correspondientes y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: a). El empleado tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación; b). El empleado debe ser oído en declaración de descargos y se deben practicar las pruebas que éste solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos. // La integración de las comisiones de Personal deberá ser modificada, a efecto de que en ningún caso sus miembros juzguen a empleados de superior jerarquía.*”

¹⁴ Respecto de dichas causales señala: “El artículo 25 quedará así: La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a). Por declaración de insubsistencia del nombramiento. b). Por renuncia regularmente aceptada. c). Por supresión del empleo. d). Por retiro con derecho a jubilación. e). Por invalidez absoluta. f). Por edad. g). Por destitución y h). Por abandono del cargo.” (Subrayas fuera del texto original).

¹⁵ El artículo 22 del Decreto 1950 de 1973 consagra que un empleo se considera vacante definitivamente para efectos de su provisión en los siguientes casos: “*Artículo 22. Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente: 1. Por renuncia regularmente aceptada; 2. Por declaratoria de insubsistencia; 3. Por destitución; 4. Por revocatoria del nombramiento; 5. Por invalidez absoluta del empleado que lo desempeña; 6. Por retiro del servicio civil con pensión de jubilación o de vejez; 7. Por traslado o ascenso; 8. Por declaratoria de nulidad del nombramiento; 9.*

estímulos; la capacitación, adiestramiento y perfeccionamiento; la carrera administrativa. Además de esos temas, en el artículo 126 del Decreto se indica cuáles son los eventos en los cuales se configura el abandono del cargo en los siguientes términos:

“Artículo 126. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

- 1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar;*
- 2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos;*
- 3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto, y*
- 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.”*

Así mismo, los artículos 127 y 128 estipulan que una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo *“previos los procedimientos legales”*¹⁶. Y, de otra parte, que si por el abandono del cargo se perjudicara el servicio, el empleado también se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal a que haya lugar¹⁷.

17.- La Ley 27 de 1992, posteriormente derogada por la Ley 443 de 1998, regulaba, así mismo, aspectos relativos a la administración de personal al servicio del Estado. Al igual que las normatividades arriba referidas, esta Ley hacía referencia a la carrera administrativa; las diferentes modalidades de vinculación de los servidores del Estado; las causales de retiro del servicio; los procedimientos para proveer los empleos; la Comisión Nacional del Servicio Civil; y las responsabilidades de los nominadores, entre otros aspectos. En esta normatividad, nuevamente aparece como causal de retiro del servicio la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, así:

“Artículo 7º. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:

(...)

h) Por declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo;

Por mandato de ley; 10. Por declaratoria de vacante en los casos de abandono del cargo, y 11. Por muerte del empleado.” (Subrayas fuera del texto).

¹⁶ El artículo 127 del Decreto en comentario señala que *“...la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previos los procedimientos legales”* sin hacer remisión expresa a ninguna normatividad que regule dicho procedimiento.

¹⁷ Artículo 128 del Decreto 1950 de 1973.

(...)¹⁸

18.- La normatividad derogatoria, Ley 443 de 1998¹⁹ sobre carrera administrativa, además de regular varios aspectos relativos a los principios, definición y campo de aplicación; las modalidades de vinculación a los empleos de carrera; los estímulos y capacitación de los mismos; el sistema nacional de carrera y función pública; las comisiones del servicio civil; y el departamento administrativo de la función pública; hizo, de igual manera, referencia al tema que en esta oportunidad ocupa a la Corte. En efecto, esta normatividad incluía una disposición relativa a las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, dentro de las cuales contemplaba la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo²⁰.

19.- Al igual que en las normatividades arriba reseñadas, que regulan los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público y en general la administración de personal al servicio del Estado, así como la carrera administrativa, la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, también consagra como causal autónoma de retiro del servicio el abandono del cargo. La disposición señala lo siguiente:

“Artículo 149. Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

7. Abandono del cargo.

*(...)*²¹

¹⁸ El texto completo del artículo 7° de la Ley 27 de 1992 es el siguiente: “*artículo 7°. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en el evento contemplado en el artículo 9° de la presente ley; b) Por renuncia regularmente aceptada; c) Por supresión del empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la presente ley; d) Por retiro con derecho a jubilación; e) Por invalidez absoluta; f) Por edad de retiro forzoso; g) Por destitución; h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; i) Por vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido el empleado, y j) Por orden o decisión judicial.*” (Subrayas fuera del texto).

¹⁹ Esta ley fue derogada por la Ley 909 de 2004.

²⁰ El texto integral del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 era el siguiente: “*Artículo 37. Causales. El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos: a. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. b. Por renuncia regularmente aceptada; c. Por retiro con derecho a jubilación; d. Por invalidez absoluta; e. Por edad de retiro forzoso; f. Por destitución, desvinculación o remoción como consecuencia de investigación disciplinaria; g. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; h. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de que trata el artículo 5 de la ley 190 de 1995; i. Por orden o decisión judicial; j. El personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, previo concepto favorable de la Comisión de Personal, podrá ser retirado cuando por informe reservado de inteligencia se considere que es inconveniente su permanencia en el servicio por razones de seguridad nacional. En este caso, la providencia no se motivará. k. Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*” (Subrayas fuera del texto). Como se verá más adelante, la Corte, en sentencia C-088 de 2002 efectuó el estudio de constitucionalidad del literal g) de esta disposición y resolvió declararlo exequible.

²¹ La totalidad del artículo estipula: “*RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: 1. Renuncia aceptada. 2. Supresión del Despacho judicial o del cargo. 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente. 4. Retiro forzoso motivado por edad. 5. Vencimiento del período para el cual fue elegido. 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación. 7. Abandono del cargo. 8. Revocatoria del nombramiento. 9. Declaración de insubsistencia. 10. Destitución. 11. Muerte del funcionario o empleado.*” (Subrayas fuera del texto).

20.- Otros ejemplos se encuentran en el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa (Decreto 1792 de 2000)²² y el Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto Ley 1278 de 2002)²³ en los cuales, al igual que en las normatividades reseñadas a lo largo de este aparte, la conducta de abandono del cargo está consagrada como una causal de declaratoria de vacancia del mismo, como consecuencia del retiro del servicio. Era expreso en el Estatuto de Profesionalización Docente que se debía adelantar previamente un procedimiento sumario en el cual se garantizara el derecho de defensa y que, estipulaba, “A su vez, la autoridad debe iniciar el correspondiente proceso disciplinario”.

21.- Por último, y sin pretensión de exhaustividad, se encuentra el Régimen de Carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- (Decreto 2146 de 1989), el cual en su artículo 33 prescribe que el retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el Régimen Especial de Carrera se produce, entre otros, en caso de “*declaración de vacancia del empleo por abandono del cargo*”²⁴.

22.- Lo anterior evidencia varias cuestiones. La primera de ellas, que si bien no ha sido estipulado un procedimiento específico que constituya una garantía ineludible del debido proceso en la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, sí es claro que la autoridad competente para proceder en tal sentido, se encuentra en la obligación de respetar las garantías inherentes a dicho derecho fundamental. De otra parte, evidencia que el retiro del servicio por abandono del empleo no excluye ni hace inviable el proceso disciplinario, antes bien, indica que la autoridad competente debe iniciarlo, a fin de que dentro de éste último, se establezca la responsabilidad disciplinaria del servidor, en tanto que la conducta de abandono del cargo está consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima²⁵.

²² Este decreto estipula: “*ARTÍCULO 42. Retiro por declaratoria de vacancia del cargo en caso de abandono del mismo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa: 1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o comisión. 2. Deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos. 3. No concurre al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el presente Decreto. 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.*”

²³ Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte en sentencia C-734 de 2003. Las razones que llevaron a la Corporación a tal decisión fueron meramente formales, como se verá en el próximo aparte de esta providencia. En esta normatividad se establecía al respecto: “*Artículo 43. Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa deja de concurrir al trabajo; cuando no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, una comisión, un permiso o las vacaciones reglamentarias; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse del mismo o antes de transcurrido un mes después de presentada, o cuando no asume el cargo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. // El abandono del cargo conlleva la declaratoria de vacancia del mismo, previo un proceso sumario en el que se garantice el derecho a la defensa. A su vez, la autoridad debe iniciar el correspondiente proceso disciplinario y proceder a la exclusión del Escalafón Docente.*” (Subrayas ajenas al texto original).

²⁴ La totalidad del artículo 33 del Decreto 2146 de 1989, establece: “Artículo 33. Causales. El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el Régimen Especial de Carrera se producirá en los casos previstos por disposiciones precedentes de este decreto y por a) Revocatoria del nombramiento; b) Renuncia aceptada por funcionario competente; c) Declaración de insubsistencia del nombramiento; d) Supresión del empleo; e) Invalidez absoluta; f) Destitución; g) Derecho a pensión de jubilación; h) Declaración de vacancia del empleo por abandono del cargo; i) Destitución; j) Separación del cargo durante el término de provisionalidad o a su vencimiento; h) Muerte o declaración definitiva de desaparecimiento; l) Mandato legal”.

²⁵ La Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) consagra dentro de las faltas gravísimas (Artículo 48), entre muchas otras “55. *El abandono injustificado del cargo, función o servicio.*”

23.- De esta manera, se observa que el abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio ha sido consagrado en numerosos textos normativos del ordenamiento jurídico colombiano. Ni siquiera puede decirse que dicha consagración sea reciente, pues, de conformidad con el repaso realizado, se evidencia que la disposición ahora objeto de controversia ha sido plasmada desde 1968 y reproducida en múltiples normas relativas a la carrera administrativa y, en general, a la administración del personal al servicio del Estado.

Por ello, esta Corte procederá a estudiar la jurisprudencia constitucional al respecto, a fin de establecer si a la luz de los principios constitucionales tal disposición resulta contraria a la Carta Fundamental.

Jurisprudencia constitucional sobre el abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio

24.- A fin de establecer si la norma demandada resulta inconstitucional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cargo planteado por el actor, la Corte estudiará sus pronunciamientos en torno al problema del retiro del servicio por abandono del cargo.

25.- Aún cuando los análisis efectuados hayan partido desde diversos puntos orientados por los cargos de las demandas estudiadas, esta Corporación ha tenido oportunidad en varias ocasiones de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, así como de su carácter de falta gravísima disciplinaria.

26.- En sentencia C-769 de 1998, la Corporación decidió declarar exequible el numeral 8 del artículo 25 del anterior Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995), el cual consagraba como falta gravísima “*el abandono injustificado del cargo o del servicio*”. A juicio del actor dicha disposición desconocía el derecho al debido proceso, específicamente la garantía de la tipicidad –inherente a este derecho–, pues la prescripción era vaga y no contenía una descripción precisa y concreta de lo que debía entenderse por abandono injustificado del cargo o del servicio.

Esta Corporación estimó que la disposición acusada no era vulneratoria del derecho al debido proceso en atención a que, si bien la norma no define con precisión qué debe entenderse por el abandono injustificado del cargo o del servicio, ello no implica que la misma carezca del elemento de la tipicidad, pues tal hipótesis se configura cuando “*una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta; (...) es claro que se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigibles las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma.*” Preciso este Tribunal Constitucional, que tal ausencia del elemento de la tipicidad no tiene ocurrencia en la norma demandada, pues resulta claro que la misma determina que la conducta sancionable es el abandono injustificado del cargo, es decir, que dicha conducta se configura en la siguiente hipótesis:

“Abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la

responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria.”

27.- Con posterioridad, la Corte se ocupó del estudio del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 que incluía dentro de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de esta disposición tuvo lugar en la sentencia C-088 de 2002.

El cargo de la demanda consistía en que, según el actor, la disposición controvertida desconocía el principio del *non bis in ídem*, en tanto configuraba una doble sanción para la conducta del abandono del cargo, pues la misma ya estaba contemplada dentro del ordenamiento jurídico colombiano como una falta disciplinaria gravísima, por lo cual no resultaba constitucionalmente válida su consagración como causal autónoma de retiro de la carrera.

La Corte declaró la exequibilidad de la disposición acusada, bajo la consideración de que es perfectamente viable y no contraviene la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento que dentro del ordenamiento jurídico colombiano coexistan consecuencias negativas tanto en el régimen disciplinario como en el de carrera administrativa para aquel servidor público que abandone injustificadamente su empleo. A esta conclusión llegó el Tribunal con base en las diferencias existentes entre estos dos regímenes jurídicos. La sentencia señala varias diferencias importantes, *“pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. Por ello, nadie duda que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, tal y como esta Corte lo ha destacado en múltiples oportunidades, mientras que el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño.”*

A partir de lo anterior esta Corporación concluyó que en atención a tales diferencias, no poco relevantes, principalmente en lo relativo a las finalidades y funciones de los dos regímenes referidos, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para un servidor público en ambos ámbitos, sin que ello conlleve la violación de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio del *non bis in ídem*. Lo anterior, por cuanto una tal prohibición no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas consecuencias jurídicas *“siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. (...) el non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay una identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción.”*

Por último, la Corte hizo énfasis en que la jurisprudencia ha reconocido que el régimen de carrera administrativa debe ser establecido por ley con sujeción a los preceptos constitucionales, lo cual otorga un amplio margen de libertad de configuración del legislador para determinar los diversos aspectos que envuelve dicho régimen, tales como el ingreso, ascenso y retiro, los méritos y calidades de los aspirantes, entre otros. Indicó que la Constitución Política confiere, específicamente, potestad al legislador para que defina otras causales que determinen el retiro de la carrera, por lo cual el Congreso actuó dentro de su órbita de competencia al regular la hipótesis de abandono del cargo para el retiro de la carrera.

28.- En sentencia C-734 de 2003, la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra algunas de las disposiciones del Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto Ley 1278 de 2002). Entre las disposiciones acusadas se encontraba el artículo 43 de dicho texto normativo, el cual estipulaba las

hipótesis de hecho bajo las cuales se entendía configurada la conducta de abandono del cargo del docente, conducta ésta que conllevaba la declaratoria de vacancia del mismo. Las objeciones expuestas por el demandante apuntaban hacia el desconocimiento de la prohibición constitucional, según la cual el Presidente de la República no estaba facultado para regular materias disciplinarias contenidas, según él, solamente en el Código Disciplinario Único y, además, por cuanto el Congreso no lo facultaba para ello en el artículo 111 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, señalaba que por tratarse de la regulación del derecho fundamental al debido proceso en actuaciones administrativas, se justificaba la reserva de regulación por parte del legislador.

La Corte resolvió declarar la inexecutable de dicha disposición. Los fundamentos, no obstante, se restringieron a una cuestión formal planteada en la demanda: la ausencia de facultades extraordinarias del Presidente de la República para dictar normas en materia disciplinaria en este caso específico, extralimitando las facultades conferidas en el numeral 2 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, pues el ejercicio de dichas facultades debía limitarse a aquellas materias relacionadas con un nuevo régimen de carrera docente y administrativa, atendiendo los criterios de a) mejor salario de ingreso a la carrera docente; b) requisitos de ingreso; c) escala salarial única nacional y grados de escalafón; d) incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización; e) mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera; f) oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes, y, g) asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto Ley 2277 de 1999.

Constató, entonces, esta Corte, que el contenido del artículo 43 del Decreto Ley 1278 de 2002, no correspondía al objeto de las facultades conferidas de manera precisa para expedir *“un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos”*.

Concluyó en los siguientes términos:

“En efecto, dentro de las materias que identifican el concepto de carrera docente y administrativa, no figura el tema disciplinario, pues éste si bien hace parte evidentemente del régimen del servidor público nada tienen que ver con el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad del ascenso.”

(...)

“Así las cosas, la Corte concluye que en el presente caso efectivamente fueron excedidas las precisas facultades extraordinarias conferidas por el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 715 de 2001, pues éstas hacen explícita alusión a criterios de exclusión de la carrera mas no a facultades para aspectos disciplinarios por lo que declarará la inexecutable de los artículos 42, 43 y 44 del Decreto 1278 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutive de la sentencia.”

Nótese, no obstante, que la inexecutable del artículo relativo al abandono del cargo de los docentes provino de la extralimitación de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas al Presidente de la República para expedir dicho estatuto de profesionalización. Así, lejos de tratarse de una inconstitucionalidad derivada de la vulneración de derechos fundamentales de los sujetos pasivos del mismo, esto es, los docentes, se trató de la falta de competencia del Presidente de la República para

regular tal materia mediante un Decreto Ley²⁶.

Garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso administrativo

29.- La Corte pasa ahora a elaborar un repaso del derecho al debido proceso administrativo y las garantías que le son propias, de conformidad con la Carta Fundamental, las prescripciones de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia que los ha desarrollado.

30.- La Constitución Política de 1991 consagró en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso, según el cual:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...)

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (Subrayas ajenas al texto original).

Esta Corporación ha reiterado en varias oportunidades los elementos que conforman esta primordial garantía. Así, ha destacado, las siguientes exigencias que deben cumplirse en cualquier tipo de juicio²⁷:

1. Acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de obtener pronta resolución judicial.
2. Acceso al “juez natural” como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley.
3. Posibilidad de ejercicio del derecho de defensa con aplicación de todos los elementos legítimos para ser oído dentro del proceso.
4. Los procesos deben desenvolverse dentro de plazos razonables y sin dilaciones injustificadas.
5. El juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, de tal forma que debe ejercer su labor sin intromisiones de los demás poderes públicos, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

²⁶ Con ocasión de una nueva demanda contra el artículo 43, entre otros, del Estatuto de Profesionalización Docente, la Corte se pronunció mediante sentencia C-1157 de 2003, declarando que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional al haberse ocupado este Tribunal en sentencia C-734 de 2003, del análisis de constitucionalidad de la misma disposición y con base en los mismos cargos. De conformidad con ello, decidió estarse a lo resuelto en el citado fallo.

²⁷ Al respecto pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746 y C-929 de 2005.

31.- Respecto del debido proceso administrativo, específicamente, este Tribunal Constitucional ha señalado que éste consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad. En reciente fallo, precisó:

“El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas (Sentencia T-1263 de 2001). Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados” (Sentencia T-772 de 2003).

(...)

La aplicación del derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas constituye un desarrollo del fundamento filosófico del Estado de derecho (Sentencias T-120 de 1993, T-1739 de 2000 y T-165 de 2001). Por virtud de ello, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

Así pues, conforme a lo reseñado, los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y, por contera, contrarios a los principios del Estado de derecho.

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

La Corte ha indicado (Sentencias T-442 de 1992, T-020 y T-386 de 1998, T-009 de 2000 y T-1013 de 1999) que la cobertura del debido proceso administrativo se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.”²⁸

²⁸ Ver sentencia T-746 de 2005, fundamentos No. 3.2. a 3.4.

32.- Así mismo, los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos, han establecido una multiplicidad de preceptos normativos²⁹, ampliamente desarrollados en la

²⁹ Recuérdese que esta Corporación ha proferido numerosos fallos en los cuales ha señalado que los tratados internacionales ratificados por Colombia pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto se pueden consultar, entre otras: T-568 de 1999, T-1319 de 2001, C-551 de 2003, T-523 y C-590 de 2005. De esta manera, es relevante tener en cuenta lo consagrado por instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), consagra: “*Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...) // 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. // 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; // b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; // c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; // d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; // e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; // f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; // g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. // 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. // 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. // 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. // 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.” Más adelante, el artículo 15, establece: “*Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. // 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*”*

Por último, dentro de los textos normativos internacionales más importantes, que contienen cláusulas de protección del derecho al debido proceso, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual preceptúa: “*Artículo 8. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter. // 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; // b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; // c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; // e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; // f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; // g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y // h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. // 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. // 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. // 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*”

jurisprudencia de los órganos internacionales, los cuales, si bien han estado orientados principalmente a proteger todas las garantías inherentes al debido proceso en los juicios penales, se han hecho extensivos a los procedimientos civiles y administrativos³⁰. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado una jurisprudencia³¹, según la cual, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2º del artículo 8º de la Convención se aplican también a los procedimientos de carácter civil y administrativo y, por ende, en éstos, los individuos tienen derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Ha señalado así el Tribunal Interamericano³²:

“[c]uando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.”

Y respecto del segundo párrafo del artículo 8, la Corte Interamericana declaró que:

“[a] pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.”³³

33.- De conformidad con lo anterior, entonces, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los

También los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, consagran las garantías inherentes al principio de legalidad y el debido proceso en términos similares a los arriba expuestos.

³⁰ Al respecto se puede consultar: O'Donnell Daniel, Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 360-367. El autor cita varios casos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos protegió el derecho al debido proceso en procedimientos administrativos referentes a decisiones tomadas por directivos administrativos y no por tribunales de dicha índole, sin audiencia alguna.

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ivcher Bronstein, señaló que las garantías mínimas del debido proceso que tienen aplicación en materia penal, tienen plena aplicabilidad a los procedimientos administrativos y, en este caso específico, se refirió a las actuaciones de la dirección general de migraciones y naturalizaciones. Indicó así esta Corte: “(...) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto [artículo 8] se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo. // (...) Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein, párrs. 103 – 104 (2001).

³² En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

³³ Esta jurisprudencia fue anticipada por una observación que figura en el párrafo 28 de la Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (1990).

administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental.

34.- De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía *posterior*, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al *juez natural*; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas *previas*. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, *previa* la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías *posteriores* a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.

De esta manera, la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa.

35.- Con base en los elementos de juicio que se han expuesto a lo largo de esta providencia, la Corte Constitucional procederá a evaluar si la causal de retiro del servicio por abandono del cargo consagrada en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, vulnera el debido proceso, tal y como lo manifiesta el actor, de manera que se torne inconstitucional, o, si por el contrario, de conformidad con las consideraciones expuestas por los intervinientes, dicha disposición no contraviene el derecho fundamental referido. Se cuenta para ello con algunos elementos relevantes que surgen de lo dicho hasta ahora. Así, se ha verificado:

- a) que existe una multiplicidad de disposiciones legales y reglamentarias -relativas a la administración pública- que consagran dentro de las causales de retiro del servicio, el abandono del cargo, sin perjuicio de la iniciación del respectivo proceso disciplinario;
- b) que la Corte Constitucional ha establecido que la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la administración pública y como falta gravísima en el Derecho Disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del *non bis in ídem*, sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo conlleva una consecuencia negativa para el servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria;
- c) que las garantías propias del debido proceso deben tener aplicación en todos los juicios y en las actuaciones administrativas por mandato de la Carta Fundamental y de los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

- d) que el debido proceso implica el respeto de unas garantías *previas* a la expedición de la decisión, así como de unas garantías *posteriores*, que en el ámbito de los procedimientos administrativos guardan relación con el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa, así como con la posibilidad de someter al control jurisdiccional la validez jurídica de dichas decisiones.

Examen de la naturaleza de la causal controvertida, bajo los criterios jurisprudenciales para determinar si la misma tiene proyección hacia el ámbito disciplinario

36.- Si bien esta Corporación ha manifestado que el abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio se enmarca dentro de un ámbito diferente al sancionatorio propio del Derecho Disciplinario³⁴ y que, por esta razón, su consagración en cuerpos normativos que regulan la carrera administrativa y la función pública no constituye una vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento, se hace necesario, a partir del análisis del contenido y alcances de la causal impugnada en esta oportunidad, determinar su naturaleza³⁵. Para ello, la Corte empleará los criterios jurisprudenciales a los cuales se ha acudido a fin de determinar si una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario. Los mismos fueron referidos recientemente, así³⁶: (i) la finalidad de la norma (Sentencias C-233 de 2002 y C-095 de 1998); (ii) el contexto normativo en el que se encuentra ubicada la norma (Sentencia C-088 de 2002); (iii) el texto y la estructura de la norma misma (Sentencia C-948 de 2002 y C-427 de 1994); y (iv) el bien jurídico protegido (Sentencia C-620 de 2001). Los anteriores criterios servirán en esta oportunidad para analizar el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a fin de determinar su naturaleza, a lo cual procede la Corporación.

37.- En la exposición de motivos del proyecto de ley No. 262 de 2003 Cámara y No. 233 de 2004 Senado, el cual posteriormente se convertiría en la Ley 909 de 2004, se indicó que *“(...) el gran reto pendiente de nuestro sistema de empleo público es garantizar de una vez para siempre que el acceso a los empleos públicos se haga exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad, a través de un procedimiento en el que esté salvaguardada la objetividad, la imparcialidad y la especialización del órgano de selección. La construcción de la función pública del siglo XXI tiene que obedecer principalmente a ese objetivo.*

³⁴ Ver la sentencia C-088 de 2002.

³⁵ En la sentencia C-501 de 2005 la Corte evidenció que la naturaleza del cuerpo normativo en el cual se encontrara incluida una cierta disposición, no determinaba necesariamente la naturaleza de ésta última. En efecto, la Corporación concluyó, al analizar el contenido y alcances de la causal de retiro del servicio consagrada en el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que, si bien esta Ley no es de tipo disciplinario y el contexto de la disposición acusada se inscribe dentro del régimen de carrera, la causal de retiro analizada sí tenía carácter sancionatorio y una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario. La disposición controvertida contemplaba como una de las causales de retiro del servicio para quienes desempeñaran empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa que éste se produciría *“c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada”*. Para el demandante, la inconstitucionalidad del precepto derivaba de la vulneración del debido proceso, la presunción de inocencia y la garantía de estabilidad laboral protegidos por los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Carta Política. Las disposiciones demandadas, a su juicio, permitían, además, que mediante resolución motivada se retirara del servicio a un funcionario de carrera por una causal que también es una falta gravísima disciplinaria prevista en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, artículos 35, 67 y 70), pero sin seguir el debido proceso y sin respetar las garantías de presunción de inocencia y el derecho de defensa, pues la Administración sólo necesitaría motivar el acto de retiro y proceder al mismo sin más requisitos previos. Después de efectuado el análisis de constitucionalidad de las disposiciones acusadas, encontró la Corte que el literal c) y el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 resultaban inconstitucionales en tanto constituían verdaderas sanciones para los funcionarios de carrera que se enmarcaban en el ámbito disciplinario. Lo anterior, consideró sí constituía una vulneración del derecho al debido proceso, en tanto que, debido a su carácter sancionatorio, el proceso aplicable debía sujetarse estrictamente al debido proceso disciplinario, con la plenitud de garantías en él previstas.

³⁶ Sentencia *ibídem*.

Y más adelante, se consignó que su objetivo principal consistía en “(...) crear las condiciones institucionales para que se pueda construir un servicio civil de naturaleza profesional y que sea, además, uno de los referentes del programa de renovación del sector público. A partir de este proyecto de ley, por tanto, se quiere dar un paso firme en esa dirección, más aún, tal como se verá, cuando el principio de mérito no se detiene exclusivamente en los contornos del empleo público de carrera, sino que extiende su radio de acción tanto a los trabajadores oficiales como a los puestos de gerencia pública.”³⁷

De igual manera, los artículos 1º y 2º de la Ley 909 de 2004, indican que la misma está orientada a lograr una función pública que garantice la satisfacción del interés general y la prestación efectiva del servicio³⁸. La finalidad de esta ley según el artículo 1º es “la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública” así como asegurar “la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad”. El artículo 2º señala que la Ley se orienta “al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio” sobre la base de cuatro criterios: a) la profesionalización de los recursos humanos, b) la flexibilización en la organización y gestión de la organización pública, c) la responsabilidad de los servidores públicos en el desarrollo de sus actividades y d) la capacitación del personal, a fin de aumentar los niveles de eficacia. De manera que la vocación de la ley no apunta hacia el ámbito disciplinario en tanto su finalidad no es la de sancionar a los empleados públicos ante faltas cometidas por éstos.

La Ley 909 de 2004, además, estableció su campo de aplicación; determinó los sistemas específicos de carrera administrativa; elaboró una clasificación de los empleados públicos; señaló la naturaleza y composición de la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como de los órganos de dirección y gestión del empleo público y la gerencia pública, el procedimiento para la designación de sus miembros y el régimen aplicable a los mismos; también estableció las funciones de dicha Comisión en lo relacionado con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa y con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre la misma, su organización y estructura; se pronunció respecto de los instrumentos de ordenación del empleo público y su estructura; de igual manera,

³⁷ Cfr. Gaceta del Congreso No. 232 de 2003, p. 20.

³⁸ El artículo 1º de la Ley 909 de 2004 establece: “Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. // Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. // De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; // b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; // c) Empleos de período fijo; // d) Empleos temporales.” Y el artículo 2º señala: “Artículo 2º. Principios de la función pública. 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. // 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. // 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; // b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; // c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; // d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.”

estableció condiciones para el ingreso y el ascenso al empleo público y a los empleos de carrera, así como respecto del registro público de la carrera administrativa; contiene preceptos relativos a la capacitación y la evaluación del desempeño; incluyó los principios que orientan la permanencia en el servicio y disposiciones sobre la evaluación del desempeño y el retiro de los empleados públicos; también sobre los principios de la gerencia pública en la administración; estableció, así mismo, un sistema de transición, y otorgó facultades extraordinarias para regular, entre otras cosas, los procedimientos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos de carrera aplicable a las entidades territoriales.

De lo evaluado hasta ahora resulta que la disposición sobre la cual se alega inconstitucionalidad, no se encuentra inscrita en el ámbito del derecho disciplinario, sino que la Ley 909 de 2004 contiene normas que buscan regular aspectos relativos a la carrera administrativa y al empleo público, de manera que sus objetivos no tienen connotaciones disciplinarias.

38.- Para proceder al examen de la estructura y el texto mismo de la disposición acusada, esta Corporación estima pertinente reiterar lo dicho en la sentencia C-088 de 2002, en la cual se consideró que una norma con idéntico texto normativo al ahora enjuiciado consagrada en la Ley 443 de 1998 era constitucional por ausencia de afectación de la prohibición del doble enjuiciamiento o del principio del *non bis in ídem*. El actor, en aquella oportunidad, estructuraba el cargo de inconstitucionalidad precisamente sobre la base de la existencia de idéntica disposición consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima en dicho ámbito. Señaló así, la Corte:

“Teniendo en cuenta que el régimen de carrera y el derecho disciplinario tienen finalidades y funciones distintas, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para el servidor público en ambos ámbitos, sin que eso signifique que hubo violación al non bis in ídem, por cuanto los propósitos de ambas normatividades son diversos, para efectos de la prohibición del doble enjuiciamiento.

De esta manera, al igual que en aquella oportunidad, estima esta Corporación que la norma no tiene una proyección disciplinaria ni constituye una sanción que se enmarque en dicho ámbito. Como se planteó en líneas precedentes del presente fallo, este Tribunal Constitucional encuentra que el retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad* (C.P. art. 209) que rigen la administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva.

39.- Finalmente, en lo relativo al bien jurídico protegido, se reitera de nuevo lo establecido en la sentencia arriba referida, pues en la misma se examinaron prolijamente las diferencias existentes entre el sistema de carrera administrativa y el Derecho Disciplinario en cuanto a su finalidad y alcances, de la siguiente manera:

“La carrera administrativa y el derecho disciplinario tienen vínculos importantes, pues ambos regímenes buscan garantizar, entre otras cosas, un ejercicio diligente, eficiente, imparcial, pulcro e idóneo de las funciones públicas. A pesar de esos vínculos estrechos, la carrera administrativa y el derecho disciplinario tienen empero diferencias profundas, pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad

de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. Por ello, nadie duda que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, tal y como esta Corte lo ha destacado en múltiples oportunidades, mientras que el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño.”

En el caso objeto de estudio en esta sentencia, se hacen plenamente aplicables las anteriores consideraciones, pues aún cuando la ley en la que se encuentra inserta la disposición impugnada, regula lo relativo no solamente a la carrera administrativa, sino también al empleo público y la gerencia pública, las finalidades son perfectamente asimilables, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1º y 2º, pues, como ya se consignó, la finalidad de este cuerpo normativo es: *“la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública”,* así como asegurar *“la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad”.* Además, la Ley se orienta *“al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio”.*

40.- Del examen efectuado, esta Corte colige que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, consagrada en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no tiene proyección hacia el derecho disciplinario, sino que se enmarca dentro de las medidas administrativas que tienden a dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal.

Análisis de constitucionalidad del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

41.- No cabe duda que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido constante y reiterada la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio para los empleados de la administración pública. Lo anterior, en atención a la necesidad de hacer más flexible y expedita la separación del cargo de aquellos empleados cuya conducta configure abandono del mismo, en detrimento del normal desempeño de las actividades que debe desarrollar la entidad. Allí precisamente encuentra justificación esta medida, pues no se puede perder de vista que la función administrativa debe tender al logro de los fines esenciales del Estado, regidos, entre otros, por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado -sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas³⁹.

³⁹ El Código Contencioso Administrativo preceptúa en lo pertinente: *“Artículo 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que puedan resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.”* Más adelante estipula: *“Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”* Y en el artículo 35 dispone: *“Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”.*

43.- Estas garantías propias del derecho fundamental al debido proceso tienen una importancia enorme en el caso de retiro del servicio por abandono del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual dicha desvinculación se produce no requiere ser motivada, lo cual imposibilita al empleado afectado controvertir la validez de la decisión mediante el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa. No menos vital resulta, sin embargo, el respeto de las garantías enunciadas en el caso del retiro del servicio de los empleados de carrera, pues si bien esta resolución necesariamente debe estar motivada de manera suficiente y adecuada, se trata de una decisión que afecta directamente la estabilidad laboral reforzada con la que cuentan estos empleados en condición de tales. Por lo anterior, la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.

44.- Ahora bien, aún cuando es cierto que las consecuencias que se derivan del retiro del servicio por abandono del cargo y aquellas provenientes de la sanción impuesta al funcionario, posterior al adelantamiento del proceso disciplinario por la misma conducta son distintas, en cuanto a que en la primera hipótesis no se configura un antecedente disciplinario y no se impone una sanción, sino que el retiro se produce como consecuencia de una medida administrativa, lo anterior no implica que en la primera eventualidad no sea indispensable ofrecer al funcionario las garantías previas inherentes al debido proceso y que sea suficiente con la posibilidad de ejercer los controles posteriores al acto.

En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previa** expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso.

45.- Como conclusión surge, pues, que cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, **antes** de que ésta se produzca.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que se hace necesario condicionar la exequibilidad de la disposición acusada a la plena aplicación de los derechos de defensa y contradicción del empleado, antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se produzca su eventual retiro del servicio.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Presidente
NO FIRMA

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
CON ACLARACIÓN DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-1189 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME
ARAUJO RENTERIA**

Referencia: expediente D-5804

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 "*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*".

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones unánimes de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, en relación con el aspecto observado en la parte motiva de la presente decisión respecto de fallo anterior –sentencia C-501 de 2005- sobre norma similar - literales c) y e) y el párrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004- en donde aclaré igualmente mi voto, razones que son válidas en el presente caso y a las cuales me remito, relativas a la necesidad de garantizar un debido proceso y el respeto del principio de legalidad para la desvinculación de funcionarios de carrera.

Por lo anterior, disiento de la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado