

Sentencia C-112/99

CARRERA ADMINISTRATIVA-Aplicación

La aplicación del sistema de carrera administrativa no sólo se constituye en un importante instrumento para alcanzar los propósitos de eficacia, eficiencia y oportunidad de la administración pública, sino para la materialización de los objetivos fundamentales de un Estado social de derecho, por lo que las excepciones a la aplicación del mismo, distintas de aquellas que consagró la Carta, han de presentar características tales que además de justificarlas, contribuyan también de manera determinante a la obtención de esos fines.

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN EL DAS

Los empleos de libre nombramiento y remoción constituyen una de las excepciones a la regla general de la carrera administrativa y, por tanto, deben ser señalados en forma expresa y taxativa por el legislador. En consecuencia, frente a estos cargos el nominador cuenta con cierta libertad para nombrar a las personas que considere idóneas para realizar la función asignada. Y en caso de que el nombrado no cumpla con las exigencias propias del servicio por incapacidad, ineficiencia, inidoneidad, irresponsabilidad, falta de honestidad, v. gr., el legislador lo autoriza para separarlo del cargo, haciendo uso de la denominada potestad discrecional, la cual debe ser utilizada en forma razonable y justificada para que no se convierta en un acto arbitrario.

PODER DISCRECIONAL-Alcance

La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de lo discrecional y lo que no requiere justificación.”

PUBLICIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO-Excepción por no motivación insubsistencia

Referencia: Expediente D-2146

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989

Demandante: José Fernando Sinisterra Cuero

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Vladimiro Naranjo Mesa y por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, y Martha Victoria Sáchica de Moncaleano,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano José Fernando Sinisterra Cuero solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, por infringir el artículo 125 de la Carta.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

II. NORMA ACUSADA

El texto del artículo que se demanda es el siguiente:

“Decreto 2146 de 1989

Por el cual se expide el Régimen de Administración de personal de los empleados del DAS

“Artículo 34. Insubsistencia discrecional. La autoridad nominadora podrá en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional, declarar insubsistente el nombramiento ordinario de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad sin motivar la providencia.

“Igualmente habrá lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, sin motivar la providencia, en los siguientes casos:

“b) Cuando por razones del servicio los funcionarios del régimen especial de carrera deban ser retirados a juicio del Jefe del Departamento, y

“c) Durante el período de prueba de los funcionarios del régimen especial de carrera.

“En los casos mencionados se procederá con arreglo a las disposiciones especiales sobre la materia.”.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante considera que la norma transcrita viola el artículo 125 de la Constitución, pues desnaturaliza la carrera administrativa de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, por las siguientes razones:

1. “El régimen especial de carrera del DAS, tiene como objeto asegurar el profesionalismo, la estabilidad, y las posibilidades de ascenso de los detectives. (...) Estos funcionarios se

sitúan en el régimen de garantías especiales acorde con la Constitución y la ley, sin que se pueda afirmar que son empleados de libre nombramiento y remoción”. La norma acusada vulnera el principio de estabilidad que rige los empleos de carrera al otorgar al nominador, más que una facultad discrecional moderada, la posibilidad de manejar sus decisiones en forma caprichosa y arbitraria.

1. Según el demandante, constitucionalmente no es permitido retirar un empleado inscrito en la carrera administrativa mediante el uso de una facultad discrecional, pues “las garantías especiales que informan la carrera son exclusivamente las de determinar en forma reglada y precisa las causales de ascenso y retiro de estos empleados”. De no seguir estas reglas, se le estaría dando a los empleos de carrera el tratamiento de los de libre nombramiento y remoción.

1. Y agrega, que si bien el artículo 130 de la Constitución prevé las “carreras especiales”, ello no significa ignorar la razón de ser de la carrera, abriendo la posibilidad de declarar “insubsistente el nombramiento de un funcionario inscrito en ella como si fuera empleado no amparado por fuero”.

1. Finalmente, señala que la declaración de insubsistencia de un empleo de la carrera administrativa no puede fundamentarse en convicciones subjetivas. Tal acto debe ser objetivo, pues ha de estar basado en “razones de seguridad”; para lograrlo, es necesario que se expresen los motivos que conducen al nominador a adoptar esa decisión, en la hoja de vida del empleado, o en el archivo correspondiente que sobre él lleve el organismo en donde trabaja.

IV. INTERVENCIONES

A. Departamento Administrativo De La Función Pública – DAFP

El apoderado del DAFP solicita a la Corte declarar EXEQUIBLE la disposición acusada por las siguientes razones:

1. El artículo 125 de la Constitución prevé las diferentes formas de vinculación laboral con el Estado. En cuanto a los cargos no especificados en la Carta, el legislador es el encargado de decidir cuáles pertenecen a la carrera administrativa, cuáles a carreras especiales, y cuáles son de libre nombramiento y remoción. En ejercicio de esta facultad, la ley no puede reconocer tantas diferencias dentro del régimen de carrera, que al final la regla general se convierta en excepción.

2. Al crear un régimen especial de carrera, el legislador debe tener razones suficientes para establecer excepciones y cuidarse de no conceder al nominador la posibilidad de decidir caprichosamente sobre la permanencia de los empleados en estos cargos. En consecuencia, para resolver la demanda es importante tener en cuenta la misión que cumple el DAS, cual es la preservación de la seguridad interior y exterior de la Nación y la estabilidad del régimen constitucional.

3. Para terminar, dice que el demandante parte de una concepción errada, “por cuanto confunde el espíritu del artículo 125 de la C.N. al afirmar que el nominador de ese Departamento Administrativo [DAS] no se puede amparar en la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado del citado Departamento Administrativo, por cuanto la norma superior enunciada se aplica a la carrera dentro del sistema general pero teniendo en cuenta que dentro de la misma se excepcionan las especiales en las cuales se enmarca la de la entidad citada.”

A. Departamento Administrativo de Seguridad – DAS

1. El artículo 125 de la Constitución le confiere al legislador la facultad de determinar causales adicionales de retiro para los funcionarios del Estado, que pertenezcan a una carrera.

2. La finalidad del artículo 130 de la Constitución, al establecer un régimen diferente para las carreras de carácter especial es permitir a las entidades que las tienen, “ejercitar las

causales de retiro en ellas contempladas, pues obviamente éstas obedecen a razones del servicio que, a su vez, se basan en principios de razonabilidad y de seguridad del Estado.”

3. El régimen del DAS es exclusivo y diferente al que rige en otras entidades, ya que es éste el organismo encargado de la inteligencia y seguridad del Estado. La naturaleza de las labores que desarrolla la entidad requiere de funcionarios de total confianza, dentro de un régimen que garantice la flexibilidad y oportunidad necesarias para cumplir sus fines.

4. El director del DAS debe contar con un equipo de empleados confiables, y tiene la facultad constitucional y legal para declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, con base en el principio de razonabilidad, por motivos de conveniencia y seguridad, en atención al interés general que debe proteger.

5. De acuerdo con el pronunciamiento hecho por la Corte en la sentencia C-048/97 -sobre la insubsistencia discrecional de los empleados inscritos en el régimen ordinario y especial de carrera-, el artículo demandado que se limita a enunciar las formas de retiro, debe también ser declarado exequible.

A. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

A través de apoderado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social pide a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD de la norma acusada, por las siguientes razones:

1. La discrecionalidad que se confiere al Director del DAS para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado no debe ser entendida como arbitrariedad; pues ésta ha de estar fundamentada en los principios de racionalidad y razonabilidad, y cumplir al menos con dos condiciones: 1) la decisión debe ser adecuada a los fines que persigue la norma que autoriza la facultad discrecional, y 2) debe ser proporcional en relación con los hechos que la ocasionaron.

2. Existe diferenciación entre los funcionarios del DAS cuyo trabajo incide directamente en la seguridad del Estado, y aquellos que se desempeñan en labores puramente administrativas; a éstos últimos, no se les aplica la facultad discrecional de insubsistencia, pues no comprometen directa y visiblemente la seguridad del Estado. En cambio para los primeros,

que debe ser personal altamente confiable, es razonable que exista una excepción al régimen de carrera que permita al Director de la institución prescindir de sus servicios cuando lo considere razonable y así poder garantizar la seguridad del Estado.

3. En la presente demanda existe cosa juzgada constitucional pues, aunque el artículo demandado no ha sido objeto de pronunciamiento, en la sentencia C-048/97 la Corte examinó normas similares.

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación, pide a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma demandada, con estos argumentos:

1. “De acuerdo con los artículos 125 y 130 del Estatuto Superior, el legislador está habilitado para determinar regímenes especiales de carrera administrativa y señalar las respectivas causales de retiro, en atención a las necesidades del servicio. Por tales razones, en el Departamento Administrativo de Seguridad, se implantó un sistema especial de administración de personal, caracterizado por su flexibilidad en el proceso de desvinculación de algunos de sus funcionarios, como quiera que los empleados de dicha entidad desarrollan funciones relacionadas con la seguridad del Estado, los cuales requieren de un razonable grado de confianza objetiva”.

2. Es diferente el trato que debe existir entre los empleados sujetos a regímenes distintos, el de carrera ordinaria y el de carrera especial: el primero, en el que se encuentran los empleados del área administrativa del DAS, no se admite el retiro discrecional; mientras que en el segundo, integrado por funcionarios del área operativa sí, debido a que las labores que desempeña este personal se relaciona directamente con la seguridad del Estado y, por tanto, deben ser personas confiables.

3. La atribución que confiere la norma demandada al Director del DAS es constitucional “pues la seguridad interna y externa de la República, como la integridad del régimen constitucional, exigen que dichas labores sean encomendadas a funcionarios de altísima confiabilidad, lealtad y honradez, de forma tal que el Estado pueda prescindir oportunamente de aquellos empleados que por no cumplir con dichos requisitos pueden poner en peligro la estabilidad y la seguridad del Estado”.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. Competencia

La Corte Constitucional es competente para resolver la presente demanda, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la ley suprema.

A. Derogación parcial de la norma demandada

El artículo 34 del decreto 2146 de 1989, materia de acusación, con excepción de su inciso primero, fue derogado por los artículos 44 y 66 del decreto 2147 de 1989, “Por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”. Preceptos que, en cuanto interesa al asunto que en esta oportunidad se debate, ya fueron objeto de pronunciamiento por la Corte, dentro del proceso constitucional No. D-1393, que culminó con la sentencia C-048 del 6 de febrero de 1997, en la que se declararon exequibles, en la forma que se señala a continuación:

“Primero: Declarar exequible el literal d) del artículo 44 del Decreto 2147 de 1989, siempre que se trate de la insubsistencia del nombramiento de aquellos empleados en período de prueba o inscritos en el régimen ordinario de carrera, cuyos cargos se encuentran relacionados dentro del Area Operativa de que trata el Decreto 001179 de 4 de julio de 1996, sin que dicha facultad pueda extenderse a los cargos del Area Administrativa, determinados en el mismo decreto, sin perjuicio de que para estos últimos y hacia el futuro, el legislador pueda señalar los empleos que por su naturaleza sean susceptibles de retiro discrecional, por razones de seguridad.

“Segundo: Declarar exequible el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989.”

Los argumentos que expuso la Corte son básicamente los siguientes:

En relación con el literal d) del artículo 44, expresó:

“(....) Como ya lo ha expresado la Corporación, “la aplicación del sistema de carrera

administrativa no sólo se constituye en un importante instrumento para alcanzar los propósitos de eficacia, eficiencia y oportunidad de la administración pública, sino para la materialización de los objetivos fundamentales de un Estado social de derecho, por lo que las excepciones a la aplicación del mismo, distintas de aquellas que consagró la Carta, han de presentar características tales que además de justificarlas, contribuyan también de manera determinante a la obtención de esos fines”2.

De ahí que el examen constitucional de una norma que introduce excepciones al régimen general de la carrera administrativa debe hacerse atendiendo específicamente a las funciones concernientes a los cargos que requieren de una confianza objetiva o subjetiva superior a la que se exige para cualquier otro cargo y teniendo en cuenta la especialidad de las funciones propias de la misma entidad.

Como se señaló por los intervinientes y el Ministerio Público, la flexibilización del régimen de desvinculación se justifica en la medida en que los empleados de la entidad cumplen funciones atinentes a la seguridad del Estado, los cuales requieren de una confianza objetiva especial.

Por ello, resulta importante destacar que de acuerdo con el Decreto 2110 de 1992 que reestructuró el Departamento Administrativo de Seguridad, las funciones de esta entidad tienen un significado especial referente a la constitución de un cuerpo de inteligencia para prevenir los actos que perturben la seguridad o amenacen la existencia misma del régimen constitucional, además de llevar registros delictivos y de extranjeros, expedir certificados judiciales y de policía, entre otros.

Aunque es evidente que los servidores públicos que laboran en el DAS cumplen funciones de inteligencia (Decreto 2110 de 1992, artículo 86), no todos requieren el mismo grado de confianza al que sería predicable para cualquier otro empleado administrativo dentro de la misma entidad.

Cabe recordar que la facultad consagrada en el literal d) del artículo demandado constituye una excepción al régimen ordinario de carrera, en virtud del cual es susceptible la declaratoria de insubsistencia por especiales razones de seguridad de aquellos empleados cuya permanencia se hace inconveniente a juicio de la autoridad nominadora pero no en forma absolutamente discrecional, sino mediante informe reservado de la Dirección General

de Inteligencia, y previa evaluación de la Comisión de Personal.

Considera la Corte que lo anterior no es contrario a las normas constitucionales, pues además de que como se ha señalado, el legislador puede establecer causales adicionales de retiro de funcionarios inscritos en carrera, diferentes a los enunciados, dicha medida asegura la prevalencia del interés general sustentada en la defensa y garantía de los principios constitucionales, y en la salvaguarda de la seguridad estatal dada la naturaleza de las funciones especiales que corresponde atender al Departamento Administrativo de Seguridad.

Así pues, la discrecionalidad atribuída al Director del DAS para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado del régimen ordinario de carrera, está justificada en las razones del servicio; se basa en principios de razonabilidad y de seguridad del Estado, por lo que no implica arbitrariedad; no se trata, entonces, de una discrecionalidad absoluta, pues en el precepto acusado se establece una evaluación objetiva para que proceda el retiro por esta vía, en la que intervienen la Comisión de Personal y la Dirección General de Inteligencia, con lo cual se eliminan las meras convicciones subjetivas para proceder al retiro del empleado. Todo ello garantiza un estudio previo para los efectos de la remoción de dichos funcionarios en las circunstancias anotadas, sin que la circunstancia de que la providencia de separación del cargo impida la posibilidad que tiene el empleado así removido para ejercer las acciones contencioso administrativas ante la jurisdicción competente.

Por ello, la facultad atribuida a la respectiva autoridad nominadora, se aviene al ordenamiento superior, teniendo en cuenta la función desempeñada por el empleado de carrera y el grado de confiabilidad, pues a juicio de la Corporación, no es idéntica la labor de seguridad del Estado por parte de un servidor cuya conducta incide directamente en la función de inteligencia, como es el caso de aquellos trabajadores que hacen parte del Area Operativa de la Institución, con respecto a un empleado del Area Administrativa, cuya labor por no ser precisamente de inteligencia, no afecta en principio, la seguridad del Estado. Por lo tanto, respecto de estos últimos, es decir, aquellos servidores que de conformidad con el Decreto 001179 de julio de 1996 hacen parte del Area Administrativa, no es procedente el ejercicio de la facultad discrecional por la causal descrita en la norma acusada, teniendo en cuenta que sus funciones no comprometen en forma directa y visible la seguridad del Estado, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Por ello, dicha facultad por parte del Jefe del Departamento para declarar la insubsistencia del nombramiento de los empleados o funcionarios inscritos en el Régimen Ordinario de Carrera del DAS, sólo opera respecto de aquellos cuya labor o cargo incida en forma directa en la seguridad del Estado, es decir, los que pertenecen al Area Operativa, cuyas funciones a juicio de esta Corporación, tienen el carácter de confiabilidad susceptibles de comprometer la seguridad del Estado, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda determinar qué cargos del Area Administrativa por su naturaleza, pueden ser objeto de las normas especiales de retiro a que se ha hecho alusión, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Fundamental, según el cual es procedente establecer causales adicionales de retiro de empleados que en este caso se encuentran justificadas en razón del grado de confiabilidad con relación a determinados cargos.

En conclusión, respecto de aquellos empleos comprendidos en el Area Operativa, a saber, los inspectores, profesionales operativos, oficiales y auxiliares de inteligencia, detectives, criminalísticos, agentes secretos y guardianes, resulta evidente que el ejercicio de su función demanda un altísimo grado de confiabilidad, en cuanto compromete en forma directa y manifiesta la seguridad del Estado y de la sociedad civil, razón por la cual para estos es procedente la aplicación de la facultad por parte de la autoridad nominadora consistente en la separación del servicio del empleado, cuando su permanencia resulta inconveniente para el Departamento, por razones de seguridad, y previo el cumplimiento de los presupuestos exigidos por la misma disposición.”

En cuanto al literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, señaló la Corte

“Dispone el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, que la insubsistencia del nombramiento de los detectives procede entre otras causales, “cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de la facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario”.

De conformidad con el artículo 4o. del Decreto 2146 de 1989, los detectives pertenecen al régimen especial de carrera en sus diversos grados, cuyas tareas están directamente relacionadas con los objetivos esenciales de la entidad, pues a ellos les corresponde supervisar y participar en la dirección, preparación y ejecución de las actividades específicas de la seguridad interior y exterior del Estado y en la integridad del régimen constitucional.

Por consiguiente, dadas las funciones y el grado de confiabilidad que se exige a los detectives en sus diversos grados, especializados, profesionales y agentes, es evidente que existe una justificación suficiente de carácter objetiva y razonable para la consagración por vía excepcional de una causal que permita el ejercicio de la facultad discrecional con respecto a dichos servidores, cuando el Jefe del Departamento Administrativo considere que conviene el retiro del respectivo funcionario.

Es evidente que los detectives del DAS manejan informaciones secretas reservadas, cuya revelación compromete la seguridad estatal y por ende, dicha actuación así como el desbordamiento de la función pública a ellos encomendada puede generar perjuicios en detrimento de la integridad del régimen constitucional, del mismo organismo y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que deben proteger.

Por ello, también resulta obvio que a los servidores mencionados, así como a los del Área Operativa del DAS se les exija una responsabilidad mayor que a los demás empleados del orden administrativo, dado además, el grado de confianza superlativo que debe existir entre estos y el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, razón por la cual es razonable que a ellos se les aplique la excepción al régimen de carrera que le permita al organismo de seguridad hacer uso adecuado de un instrumento ágil y expedito para prescindir de los servicios de aquellos funcionarios respecto de los cuales no exista la lealtad, confiabilidad y honradez requerida.

En sentido similar al aquí establecido, se expresó la Corporación al declarar exequible el literal h) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987, según el cual los cargos de detective y agente secreto adscritos a entidades que no cuenten con regímenes especiales de carrera, estarán sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción.”

Ante esta circunstancia sólo procede ordenar que se esté a lo resuelto en el fallo citado y así se hará en la parte resolutive de esta providencia.

No sobra anotar, que la decisión adoptada en la sentencia mencionada no fue compartida por quien hoy actúa como ponente en este proceso, por las razones que expuso en el respectivo salvamento de voto. Sin embargo, la acata a pesar de seguir convencido de que tales disposiciones son abiertamente inconstitucionales.

A. El inciso primero del artículo 34, materia de impugnación.

En razón de lo expuesto, únicamente queda por analizar el inciso primero del artículo 34 del decreto 2146 de 1989, en el que se autoriza al nominador para declarar, en ejercicio de la facultad discrecional, la insubsistencia, en cualquier momento, del nombramiento ordinario hecho a un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, sin necesidad de motivar la providencia.

Para efectos de determinar a qué clase de empleos se refiere la norma acusada, es indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del mismo decreto 2146 de 1989, cuyo texto es éste:

“Provisión de los empleos. El ingreso al servicio se hará por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y por nombramiento en período de prueba o provisional para los de carrera.” (destaca la Corte)

En consecuencia, ha de entenderse que el inciso acusado alude a los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción. Siendo así no encuentra la Corte que se vulnere la Constitución, pues la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.”³

“ (....) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. ”⁴

La Corte también ha reconocido la denominada estabilidad reforzada en favor de las mujeres en estado de embarazo, los minusválidos y quienes gozan de fuero sindical, así:

“Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.⁵”

Los empleos de libre nombramiento y remoción constituyen una de las excepciones a la regla general de la carrera administrativa y, por tanto, deben ser señalados en forma expresa y taxativa por el legislador. En el caso bajo examen dichos cargos se encuentran enunciados en el artículo 3 del decreto 2146/89, materia de demanda, a saber: Jefe del Departamento, Subjefe del Departamento, Secretario General, Director General de Inteligencia, Director, Jefe de Oficina, Jefe de División, Secretario Privado, Director Seccional, Director de Escuela, Jefe de Unidad, Inspector, Profesional Operativo, Subdirector Seccional, Subdirector de Academia, Agente Secreto y Alumno de Academia, y los empleos de los despachos del Jefe y del Subjefe del Departamento.

Tales empleos “obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.)

estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador”⁶. En consecuencia, frente a estos cargos el nominador cuenta con cierta libertad para nombrar a las personas que considere idóneas para realizar la función asignada. Y en caso de que el nombrado no cumpla con las exigencias propias del servicio por incapacidad, ineficiencia, inidoneidad, irresponsabilidad, falta de honestidad, v. gr., el legislador lo autoriza para separarlo del cargo, haciendo uso de la denominada potestad discrecional, la cual debe ser utilizada en forma razonable y justificada para que no se convierta en un acto arbitrario.

No se olvide que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, pues la decisión respectiva como lo prescribe el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. “Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de lo discrecional y lo que no requiere justificación.” ⁷

La no motivación del acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos, como se dijo en el fallo tantas veces citado.

En razón de anotado, la Corte considera que el inciso primero del artículo 34 del decreto 2146 de 1989 se ajusta a la Constitución y así se declarará.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E :

Primero: Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989.

Segundo: Inhibirse para emitir pronunciamiento sobre los demás incisos del mismo artículo, por carencia actual de objeto.

Tercero: Estarse a lo resuelto en la sentencia C-048/97.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ

Secretario General (E)

Aclaración de voto a la Sentencia C-112/99

Referencia: Expediente D-2146

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 del decreto 2146 de 1989

Aunque pueda parecer extraño que quien actuó como ponente en este proceso aclare el voto, he decidido hacerlo pues considero que el artículo 34 del decreto 2146 de 1989, con excepción del inciso primero, ha debido retirarse del ordenamiento jurídico, por las mismas razones que expuse en el salvamento de voto presentado junto con el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-048 de 1997, en la que se declararon exequibles disposiciones de igual contenido a las que hoy se demandan, a las cuales me remito por ser totalmente aplicables a este caso.

Sin embargo, debo aclarar que en aras del respeto por las decisiones de la Corte, presenté el proyecto de sentencia en la forma que fue aprobada por la Sala Plena, a pesar de seguir convencido de que la decisión que ha debido adoptarse en esta ocasión, era la declaración de inexequibilidad del precepto demandado, salvo en lo que respecta con el inciso primero, sobre el cual debo señalar que comparto la determinación tomada por la Corporación.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-112/99

Referencia: Expediente D-2146

Estoy de acuerdo con la decisión que adopta la Corte, pero únicamente en cuanto se trata de

cargos de libre nombramiento y remoción, y toda vez que acato la jurisprudencia que la Corporación adoptó en casos anteriores, con mi salvamento de voto.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha ut supra.

Aclaración de voto a la Sentencia C-112/99

Referencia: Expediente D-2146

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 del decreto 2146 de 1989

Demandante: José Fernando Sinisterra Cuero

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Aunque comparto la decisión de la mayoría en relación con el inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, reitero lo expuesto en el salvamento de voto a la sentencia C-048 de 1997, respecto de la declaración de exequibilidad de los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, que derogaron el artículo 34 del Decreto 2146, salvo el inciso primero, al cual me remito.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 M.P. Hernando Herrera Vergara

2 Corte Constitucional. Sentencia No. C-126 de 1996. MP. Dr. Fabio Morón Díaz.

3 ibidem

4 ibidem

5 Sentencia T-427 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. MP José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sent. SU 250/98 M.P. Alejandro Masrtínez Caballero

7 Sent. SU 250/98 citada