

Sentencia T-118/07

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

EMPLEADOS AL SERVICIO DEL INPEC-Régimen especial

CORTE CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia relativa a la desvinculación de empleados del INPEC

Tanto de la jurisprudencia sentada por la Corte en sede de constitucionalidad, como de aquella otra vertida con ocasión de la acción de tutela que se acaba de reseñar, se tiene que esta Corporación ha entendido que, debido a la naturaleza peculiar de la función que le corresponde cumplir al INPEC, es constitucionalmente aceptable reconocer un margen razonable de flexibilidad al Director General de esta institución para remover de su cargo a los subalternos en cualquier tiempo, cuando su permanencia en la Institución se llegue a considerar inconveniente. No obstante, lo anterior no exime a dicho funcionario justificar las razones del retiro, ni de adelantar un procedimiento dentro del cual el servidor público pueda contradecir dichas razones. Adicionalmente, conforme a la ley, la Junta de Asesores de Carrera Penitenciaria debe evaluar previamente tales razones del retiro.

Como conclusión puede afirmarse que esta Corporación ha mantenido una doctrina sostenida, que se orienta a avalar una flexibilización del régimen de carrera los servidores públicos que desarrollan labores relacionadas directamente con la seguridad del Estado o la seguridad ciudadana. En todo caso, para la desvinculación de estos funcionarios la Corte ha establecido que se debe cumplir con las condiciones señaladas en las normas legales para la declaración de insubsistencia.

CONSEJO DE ESTADO-No interpretó erróneamente el precedente de la sentencia C-108 de 1995

Para la Sala, la interpretación de la Sentencia C-108 de 1995 hecha por el Consejo de Estado no es errónea; en tal virtud, no estima que se haya configurado una causal de procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente jurisprudencial recogido en dicho fallo, en el cual la Corte Constitucional estableció, con efectos erga omnes, el alcance del

derecho fundamental al debido proceso de los funcionarios de carrera penitenciaria cuando son objeto de retiro del servicio por razones de inconveniencia.

DESVINCULACION EMPLEADOS DEL INPEC-Conocimiento de los motivos del retiro y oportunidad para ejercer el derecho de defensa/DIRECTOR DEL INPEC-Facultad discrecional para retirar del servicio a su personal no es absoluta

La Sala entiende que para poder ejercer el derecho de defensa, aun dentro de las consideraciones de flexibilidad que se indican en la Sentencia C-108 de 1995, es menester que el funcionario que va a ser desvinculado conozca los motivos por los cuales va a ser retirado del servicio, y tenga una oportunidad real de ejercer respecto de ellos el derecho de defensa. Obviamente, sin ese conocimiento sobre los motivos mal puede oponerse a la decisión administrativa, ejerciendo su derecho de defensa. Ahora bien, en el presente caso, del material probatorio obrante en el expediente del proceso contencioso administrativo emergía con toda nitidez que el servidor desvinculado conocía tales motivos. De manera particular, el Acta de la reunión de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria dentro de la cual se dio oportunidad al dragoneante para presentar sus descargos, y los testimonios recogidos dentro del proceso de nulidad, demuestran fehacientemente que el funcionario retirado conocía perfectamente los motivos que daban lugar a su retiro por inconveniencia, relativos a la fuga masiva que se presentó pocos días antes de la desvinculación del servicio, cuando el actor prestaba el servicio de vigilancia. Tales motivos no sólo deben existir, sino que tienen que estar relacionados con la correcta prestación de la función pública, y ser de suficiente relevancia para justificar la decisión de retiro. Lo contrario sería admitir la existencia de facultades discrecionales absolutas en cabeza del Director del INPEC, que lo autorizaran para retirar del servicio al personal de carrera sin existencia de razón justificativa alguna. Esta posibilidad de discrecionalidad absoluta o capricho del funcionario ha sido rechazada sistemáticamente por esta Corporación, incluso cuando se trata de desvinculación de servidores públicos de libre nombramiento y remoción.

DEBIDO PROCESO-No se vulneró porque el actor conocía los motivos de la desvinculación y tuvo oportunidad de defenderse

En la presente oportunidad, la Sala detecta que aunque en el acto administrativo de desvinculación tampoco se hace mención expresa de los motivos que llevaron a la decisión,

de las circunstancias y el contexto en que se produjo el retiro era claro que ellos eran claramente conocidos por el servidor desvinculado, y que él tuvo oportunidad real de defenderse ante la Junta, en relación concreta con los motivos que originaron la desvinculación. Para la Sala no queda duda de que en la presente oportunidad la desvinculación del servicio respetó el derecho al debido proceso del servidor del INPEC aquí demandante.

Referencia: expediente T-1450847

Peticionario: Barreto Tao Martín Emilio

Procedencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C. veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Quinta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el día 31 de agosto de 2006 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, dentro del proceso de tutela incoado por el señor Martín Emilio Barreto Tao.

### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por existir relación de conexidad material, la misma Sala decidió acumular el presente expediente al distinguido con el número T-1450897.

No obstante lo anterior, al verificar el trámite procesal de instancia surtido dentro del

presente proceso, la Sala Quinta de Revisión encontró que la acción de tutela no había sido notificada al Instituto Carcelario y Penitenciario INPEC, en su condición de tercero directamente interesado en las resultas del proceso. Por tal razón decidió poner en comunicación suya el presente proceso, darle un plazo de cinco (5) días para intervenir y desacumular el expediente del radicado bajo el número T-1450897 a fin de no dilatar innecesariamente la decisión a tomar dentro ese expediente.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

#### 1. Solicitud

El señor Martín Emilio Barreto Tao solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales de acceso a la Administración de Justicia, debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo del Meta y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, quienes habrían incurrido en vía de hecho al proferir las sentencias de primera y segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instauró en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC".

Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

2. Por Resolución 3506 de 21 de Septiembre de 2000, el Director General del INPEC, sin darle la oportunidad de defenderse y sin formularle cargos, lo retiró del servicio por razones de inconveniencia institucional, con base en el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, en concordancia con el artículo 48 del Decreto 1890 de 1999.

3. Demandó la nulidad de la Resolución 3506 ante el Tribunal Administrativo del Meta, el cual, mediante sentencia de 3 de noviembre de 2004, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto acusado se ajustaba a derecho.

4. Mediante Sentencia de 2 de febrero de 2006, la Sección Segunda Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó en apelación la providencia del Tribunal Administrativo del Meta.

Como argumentos jurídicos, presenta los siguientes:

1. Al parecer del actor, las sentencias proferidas tanto por el Tribunal Administrativo del Meta como por la Sección Segunda Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado constituyen vías de hecho, puesto que dieron al actor el tratamiento de empleado público de libre nombramiento y remoción, a pesar de que era funcionario de carrera penitenciaria, tal como lo acreditaba el "certificado de idoneidad" expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional Enrique Low Murtra. Lo anterior, en franco desconocimiento de los artículos 10 y 76 del Decreto Ley 407 de 1994, que definen taxativamente cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción, sin incluir el de dragoneante; agrega que el INPEC al despedirlo reconoció su situación de trabajador escalafonado en carrera penitenciaria, pues lo retiró por razones de inconveniencia y no por declaratoria de insubsistencia.

2. Los pronunciamientos judiciales cuestionados, además, contienen una interpretación errónea de la Sentencia C-108 de 1995, que, al decir del actor, "expresa que el funcionario que pertenezca al cuerpo de custodia y vigilancia que se pretenda desvincular del INPEC por decisión de la Junta de Carrera Disciplinaria se le debe garantizar el derecho de defensa ante la misma Junta de Carrera." Considera que su retiro se produjo sin la necesaria investigación previa y sin el necesario concepto o autorización expresa de la Junta Asesora (antes Junta de la Carrera Penitenciaria), contando tan solo con el voto de confianza de algunos de sus miembros y sin motivación, es decir sin expresar las razones de la desvinculación, lo cual lo privó de toda posibilidad de ejercer el derecho de defensa, violando además sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Al respecto, menciona en sustento de su posición lo dicho por esta Corporación en la Sentencia C-525 de 1995.

3. De otro lado, dice la demanda que las sentencias contra las que se dirige la presente acción de tutela desconocen el principio de favorabilidad, que sí se ha respetado en otros fallos proferidos por el Consejo de Estado o por algunos Tribunales Administrativos dentro de acciones en las cuales la situación fáctica era la misma. Al respecto menciona expresamente lo decidido por el h. Consejo de Estado dentro de la acción de nulidad incoada por el dragoneante José Antonio Sicuam<sup>1</sup>, sentencia cuya copia reposa en el expediente de la presente acción de tutela.<sup>2</sup> Por tal razón, dice que de contera se vulnera el derecho a la igualdad. Menciona también como casos precedentes en los que la situación fáctica era idéntica a la suya, y que fueron decididos a favor de otros dragoneantes, los fallados mediante la Sentencia T-012 de 20033 proferida por la Corte Constitucional (peticionario

Wilson Díaz Baquero), y mediante sentencia de 24 de marzo de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró nula la Resolución 2135 de 6 de julio de 2000, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Sandro Edifredo Rivera Sogamoso.

4. Refiriéndose al Acta número 303 de septiembre 6 de 2000, relativa a los hechos ocurridos en la cárcel de Acacías, Meta, que dieron lugar a su desvinculación, afirma el demandante que tal Acta nunca fue debatida en la sesión de la Junta de Carrera Penitenciaria, por lo cual nunca tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa ante esa instancia.

5. Estima que los fallos contra los cuales dirige la presente acción omitieron evaluar las pruebas que daban cuenta de su hoja de vida intachable, donde se destacaban méritos, excelentes calificaciones y felicitaciones por el buen desempeño por más de ocho años dentro de la Institución a la que prestaba sus servicios. Lo anterior, estima, implica un desconocimiento del principio de favorabilidad.

6. Agrega que el certificado de idoneidad en donde constaba que era miembro de la carrera penitenciaria no fue allegado oportunamente al expediente judicial, por lo cual el Consejo de Estado y el Tribunal del Meta habrían vulnerado también el debido proceso, al no evaluar una prueba solicitada por él. De igual manera, dichos tribunales también omitieron evaluar la Resolución 0061 de 1999, por la cual la junta de Carrera Penitenciaria del INPEC había actualizado el escalafón de Carrera Penitenciaria, incluyéndolo a él dentro del mismo. Estas pruebas establecían, dice, que él era un funcionario de carrera, por lo cual no podía ser desvinculado en la forma en que lo fue.

Admitida la demanda por el magistrado ponente de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se corrió traslado a las Corporaciones judiciales accionadas.

Dentro del término de dicho traslado, la Secretaria del Tribunal Administrativo del Meta informó al a quo sobre las actuaciones surtidas en ese Tribunal, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el aquí tutelante, señor Martín Emilio Barreto Tao, en contra de el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Respecto de la Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo

del Consejo de Estado, el traslado de la demanda corrió en silencio.

### 3. Pruebas obrantes en el expediente.

Obran dentro del plenario, entre otras, las siguientes pruebas documentales que resultan relevantes:

1. Copia del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Meta el 3 de noviembre de 2004, dentro del proceso de nulidad y reestablecimiento del Derecho incoado por Martín Emilio Barreto Tao contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. (folio 251)

2. Copia del fallo proferido en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B el día 2 de febrero de 2006 dentro del proceso de nulidad y reestablecimiento del Derecho incoado por Martín Emilio Barreto Tao contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. (folio 311)

3. Copia del memorando de 9 de febrero de 23000, en que se comunica al tutelante su inscripción en la carrera penitenciaria. (folio 228)

4. Copia de la Resolución 000061 de 25 de junio de 1999, por medio de la cual se actualiza en el escalafón de la carrera Penitenciaria y Carcelario a algunos funcionarios, entre ellos al aquí demandante. (folio 77)

5. Copia de la Resolución 3566 de 21 de septiembre de 2000, por la cual se retira del servicio al aquí demandante. (folio 84)

6. Acta N° 303 de 2000 de la junta Asesora del INPEC, que da cuenta de la reunión en la cual se recibió la versión de un funcionario del Cuerpo de Vigilancia y Custodia y se emitió concepto sobre el retiro de aquí demandante. (folio 81)

7. Certificado de idoneidad expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional el día 19 de octubre de 2000, que acredita que el dragoneante Martín Emilio Barreto Tao aprobó el período de prueba. (folio 321)

### 4. Actuación Judicial

4.1 Sentencia proferida el doce de julio de 2006 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

Mediante Sentencia proferida el doce de julio de 2006, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, decidió rechazar por improcedente la presente acción de tutela. En sustento de dicha determinación estimó que la acción de tutela, por su carácter residual, no podía ser utilizada para reemplazar otras acciones establecidas para la defensa de los derechos fundamentales. Por tal razón, dicha acción no procedía contra providencias judiciales, pues no resultaba admisible que por un procedimiento sumario se invalidaran actuaciones surtidas dentro de procesos diseñados también para garantizar los derechos constitucionales y legales de las partes. Aceptar esa posibilidad significaba un claro quebranto del principio democrático de autonomía e independencia del juzgado.

#### 4.2 Impugnación

La anterior Sentencia fue oportunamente impugnada por el demandante, quien en el escrito correspondiente se limitó a solicitar “que se admita la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales”.

4.3 Sentencia proferida el 31 de agosto de 2006 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Mediante Sentencia proferida el 31 de agosto de 2006, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió confirmar la Sentencia proferida por la Sección Cuarta de la misma Corporación.

Para adoptar la anterior decisión consideró que la Corte Constitucional había declarado inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. No obstante, la Corte agregó que dicha acción procedía contra actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, pronunciamiento con base en el cual se elaboró la doctrina jurisprudencial de la vía de hecho judicial.

En el caso presente, estimó el ad quem que la acción era improcedente, “puesto que dirige a cuestionar y revocar sentencias...” Agregó que el juez de tutela no podía inmiscuirse en un proceso judicial modificando decisiones adoptadas por el juez de conocimiento, porque se

quebrantarían los principios de cosa juzgada y la autonomía e independencia de las autoridades judiciales en la emisión de sus providencias, así como el valor de la seguridad jurídica, fundamento esencial de la organización social.

#### 4.4 Actuación en la Corte Constitucional.

El magistrado ponente dentro del presente proceso, al verificar el trámite procesal de instancia, encontró que la acción de tutela de la referencia no había sido notificada al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC. En tal virtud, la Sala Quinta, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional es reiterada y enfática al advertir sobre la necesidad de notificar las acciones de tutela a los terceros que podrían resultar afectados por la decisión del juez correspondiente, y que la falta de notificación de la iniciación de la tutela a dichos terceros vulnera su derecho al debido proceso y su derecho de defensa, razón por la cual su intervención en el proceso es requisito para la validez del mismo, mediante auto de 30 de enero de 2007, ordenó poner en conocimiento del representante legal del INPEC el presente proceso de tutela. Y darle un plazo de cinco (59 días para intervenir. Surtida la notificación y corrido el plazo mencionado sin que el Instituto interesado se hiciera presente, la Sala entró a decidir sobre la demanda.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

### 2. El problema jurídico que plantea la demanda.

De la demanda se desprende que el problema jurídico que corresponde a esta Sala resolver es el de si los dragoneantes al servicio del INPEC, por ser empleados públicos con régimen especial en razón a las funciones que ellos realizan, pueden ser separados de su empleo en

circunstancias de cierto grado de flexibilidad y por motivos excepcionales, o si tal desvinculación exige llevar a cabo un proceso disciplinario, contar con el concepto favorable de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria y proferir una resolución debidamente motivada.

Para resolver el problema jurídico, la Sala (i) inicialmente recordará los presupuestos jurisprudencialmente establecidos por esta Corporación para la procedencia y procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; (ii) posteriormente, analizará la jurisprudencia de la Corporación relativa al régimen especial de los empleados públicos al servicio del INPEC, y a las consecuencias que de tal régimen se derivan a la hora de proceder a la desvinculación de tal categoría de empleados; así mismo hará un recuento general de la jurisprudencia relativa a la flexibilización del régimen de carrera en las instituciones públicas del sector de seguridad o de defensa del Estado. (iii) finalmente, estudiará si en el caso presente se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela; y, de ser así, si las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Meta y por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el aquí demandante en contra del INPEC, constituyen un desconocimiento del precedente constitucional y, por tanto, una violación indirecta de la Constitución, que determine la procedibilidad de la presente acción.

3. Los requisitos de procedencia y los motivos de procedibilidad de la acción de tutela intentada contra providencias judiciales.

Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, contentiva del Código de Procedimiento Penal, revisión surtida mediante Sentencia C-590 de 20054, esta Corporación tuvo oportunidad de sistematizar y unificar la jurisprudencia relativa a los requisitos de procedencia y a las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

3.1 En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela intentada contra providencias judiciales, es decir a aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir una acción de tutela contra providencias judiciales, dijo entonces la Corte:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones<sup>5</sup>. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable<sup>6</sup>. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración<sup>7</sup>. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora<sup>8</sup>. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera

independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>9</sup>. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>10</sup>. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.” (Subrayas fuera del original)

3.2 Distintos de los anteriores requisitos de procedencia son los motivos de procedibilidad, es decir las razones que ameritarían conceder la acción de tutela que ha sido intentada en contra de una providencia judicial acusada de constituir vías de hecho. Sobre este asunto, en el mismo fallo en cita se vertieron estos conceptos:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>11</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>12</sup>.

“i. Violación directa de la Constitución.” (Subrayas fuera del original.)

La Sentencia en comento también explicó que los anteriores vicios, que determinan la procedencia la acción de tutela contra decisiones judiciales, “involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” Añadió que esta evolución de la doctrina constitucional había sido reseñada de la siguiente manera por la Corte:

“(E)n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una

“violación flagrante y grosera de la Constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de “vía de hecho.” En la sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(…) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(…) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.’<sup>13</sup> En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.’

“Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a reemplazar ‘(…) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’ Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos...

“...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”<sup>14</sup><sup>15</sup> 16

4. Jurisprudencia de la Corporación relativa al régimen especial de los empleados públicos al servicio del INPEC, y a las consecuencias que de tal régimen se derivan a la hora de proceder a la desvinculación de esa categoría de empleados.

4.1 La primera oportunidad se dio con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad intentada en contra del artículo 65 del Decreto ley 407 de 1994, “por el cual se establece el régimen de personal del instituto nacional penitenciario y carcelario”. Conforme a esta disposición, “(l)os oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, podrán ser retirados del servicio a voluntad del Director General del Instituto en cualquier tiempo cuando su permanencia se considere inconveniente, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.”(Negrillas y subrayas fuera del original).

En la Sentencia C-108 de 1995<sup>17</sup>, al estudiar la constitucionalidad de la norma anterior, la Corte consideró que se trataba de una disposición que buscaba responder a la peculiar naturaleza y función que le correspondía cumplir al INPEC, y a la crisis por corrupción evidenciada en esa entidad. Por tales razones, el artículo en comento le daba un margen razonable de flexibilidad al Director General del INPEC para que pudiera remover de su cargo a los subalternos en cualquier tiempo, cuando su permanencia en la Institución se considerara inconveniente. En tal medida, la disposición a todas luces facilitaba la depuración y la moralización administrativa y funcional de los establecimientos penitenciarios.

No obstante, la Sentencia explicó que lo anterior no le daba facultades arbitrarias ni absolutamente libres al Director de la entidad, puesto que de todas maneras debía respetarse el derecho al debido proceso y la estabilidad de los empleados de la carrera penitenciaria y carcelaria, lo cual exigía cumplir con ciertos requisitos antes de proceder al retiro del servicio. Sobre este punto la Corte expresamente consideró lo siguiente:

“Pero se advierte que no se trata de una potestad absoluta para el Director del INPEC, ya que cualquier decisión a este respecto debe contar con el previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria. Con ello se busca el objetivo esencial de que no se desvirtúen los principios de estabilidad que busca amparar la Carrera y que tienen consagración constitucional, a través de decisiones arbitrarias por parte del superior jerárquico. Para que ello sea efectivamente así, es necesario que el empleado cuyo retiro se disponga cuente con un debido proceso y

se le permita, por consiguiente, ejercer su derecho de defensa ante la Junta.” (Negrillas fuera del original)

Con base en las anteriores consideraciones, en el fallo en cita la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto ley 407 de 1994, condicionada a que se respetara el derecho de defensa de los funcionarios mencionados en la norma; por lo cual la Junta de Carrera Penitenciaria debería oír sus descargos, de forma tal que su separación del servicio resultara plenamente justificada.

4.2 Posteriormente, en sede de tutela, la Corte conoció el caso de un dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que participó en un cese de actividades que posteriormente fue declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo. Por tal razón, previo concepto de la junta asesora del INPEC, fue retirado del servicio por inconveniencia, en uso de la facultad prevista en el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994. En contra de esa decisión, el actor instauró ante la jurisdicción laboral una acción de reintegro por fuero sindical, que fue decidida desfavorablemente a sus intereses tanto en primera como en segunda instancia. El actor instauró entonces acción de tutela contra la decisión de segunda instancia de la Jurisdicción laboral, adoptada por el Tribunal Superior de Pereira, alegando que dicha sentencia había incurrido en vía de hecho por defecto sustancial y había vulnerado sus derechos al debido proceso, a la asociación sindical, al trabajo y a la igualdad de trato.

Para adoptar la decisión, la Corte en ese caso estudió, entre otras cosas, si se había agotado el procedimiento necesario para retirar por inconveniencia a un trabajador del INPEC. Al respecto, recordando la jurisprudencia vertida por la Corporación en la Sentencia C-108 de 199518, antes citada, consideró que “el Director General del INPEC debe adelantar el procedimiento necesario para garantizar el derecho de defensa del trabajador. Este procedimiento busca que (i) el trabajador pueda contradecir las razones por las cuales la dirección del INPEC, o la Junta de Asesores de Carrera Penitenciaria consideran que debe ser retirado de su cargo, (ii) la decisión acerca del retiro sea “plenamente justificada”, y (iii) el eventual retiro sea valorado por un cuerpo colegiado de manera previa.”

Examinando el caso concreto sujeto a su consideración, la Corte estimó en esa oportunidad que en los actos administrativos que habían determinado el retiro del servicio no se había expresado el motivo que había llevado a esa decisión, que consistía en la participación del

dragoneante en el cese ilegal de actividades. Por esta razón, se evidenciaba que el INPEC había actuado de tal manera que no le había permitido al actor formular descargos; tampoco se había llevado a cabo un procedimiento que individualizara su comportamiento como partícipe activo en el cese ilegal.

Ahora bien, al estudiar concretamente si la sentencia de la jurisdicción laboral que no había resultado favorable al dragoneante constituía o no vía de hecho, la Corte observó que en ella el Tribunal Superior de Pereira no se había pronunciado acerca de los actos administrativos con que el INPEC había retirado del servicio a Díaz Baquero, en los cuales faltaban las razones por las cuales se había decidido el retiro del actor. Por tal razón, sostuvo que la providencia judicial se apartaba de la doctrina constitucional recogida en la Sentencia C-108 de 1995<sup>19</sup>, por lo que adolecía de un defecto sustancial y por lo tanto constituía una vía de hecho. En tal virtud, declaró su nulidad y ordenó al Tribunal Superior de Pereira dictar un nuevo fallo acorde a los parámetros fijados en la jurisprudencia y de conformidad con las normas vigentes.

4.3 En conclusión, tanto de la jurisprudencia sentada por la Corte en sede de constitucionalidad, como de aquella otra vertida con ocasión de la acción de tutela que se acaba de reseñar, se tiene que esta Corporación ha entendido que, debido a la naturaleza peculiar de la función que le corresponde cumplir al INPEC, es constitucionalmente aceptable reconocer un margen razonable de flexibilidad al Director General de esta institución para remover de su cargo a los subalternos en cualquier tiempo, cuando su permanencia en la Institución se llegue a considerar inconveniente. No obstante, lo anterior no exime a dicho funcionario justificar las razones del retiro, ni de adelantar un procedimiento dentro del cual el servidor público pueda contradecir dichas razones. Adicionalmente, conforme a la ley, la Junta de Asesores de Carrera Penitenciaria debe evaluar previamente tales razones del retiro.

5. Jurisprudencia relativa al retiro del servicio de personal de carrera administrativa de instituciones de los sectores de defensa o de seguridad del Estado.

Aparte de la jurisprudencia anteriormente reseñada, relativa concretamente al retiro del servicio del personal de carrera penitenciaria y carcelaria del INPEC, esta Corporación también se ha referido a las circunstancias especiales que ameritan cierta flexibilidad en el

proceso de desvinculación de personal de carrera administrativa del sector de defensa o de entidades de seguridad del Estado.

5.1 En la sentencia C-525 de 1995<sup>20</sup>, la Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995, decretos que modificaban parcialmente las normas de carrera administrativa del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, y del personal de agentes de la misma institución, respectivamente. El artículo 12 del Decreto 573 de 1995 autorizaba al Gobierno Nacional y a la Dirección General de la Policía Nacional para disponer el retiro, por razones del servicio y en forma discrecional, de oficiales y suboficiales, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores. A su vez, el artículo 11 del Decreto 574 de 1995 autorizaba a la Dirección General de la Policía Nacional a disponer el retiro, por razones del servicio y en forma discrecional, de agentes de la policía, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos.

La Sentencia explicó que la Policía Nacional cumplía con una serie de labores fundamentales para el cumplimiento de distintos fines constitucionales del Estado, tales como asegurar a los asociados la vida, la convivencia pacífica, la justicia y la vigencia de un orden justo. Precisó, además, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 218 de la Constitución, la carrera administrativa de la Policía Nacional era especial y distinta al régimen general. Agregó que la institución atravesaba por una situación de corrupción interna que justificaba reconocer al Gobierno Nacional y a la Dirección General de la Policía Nacional facultades para disponer el retiro, por razones del servicio y en forma discrecional, de oficiales y suboficiales, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores. En efecto, sobre el particular se vertieron entonces los siguientes conceptos:

“Puede afirmarse, y ello ha sido reconocido por el gobierno y las propias autoridades de policía, que esta institución (...) ha venido atravesando una situación crítica de corrupción e ineficiencia que es necesario afrontar a través de mecanismos flexibles y eficaces que busquen erradicar con la mayor prontitud tales vicios. La más lógica y obvia de estas medidas es la que faculta a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes hayan graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos

contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los intereses supremos del Estado y de la sociedad. Sucede que en muchos casos resulta imposible, o por lo menos muy difícil, para la institución allegar todas las pruebas que permitan deducir la culpabilidad del oficial, suboficial o agente acusado o sospechoso. Y en tal caso, de todas formas la apertura y realización del proceso penal implica que durante un lapso prolongado el individuo tendría que permanecer dentro de la institución con el consecuente daño para ésta y la sociedad.

“ (...) A este respecto, no encuentra la Corte que se afecte el núcleo esencial de tal derecho [el derecho al trabajo]. Es apenas connatural que al servidor de la Policía no le asiste un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal. El fin esencial que busca la ley es el de garantizar la seguridad ciudadana, con lo cual se logra la prevalencia del interés general, que recae sobre el servicio de policía como guardián de la paz social.”

En el mismo fallo se declaró la constitucionalidad condicionada del literal d) del artículo 44 del mismo Decreto, que contemplaba que los funcionarios inscritos en el régimen ordinario de carrera podían ser declarados insubsistentes cuando por informe reservado de la Dirección de Inteligencia, y previa evaluación de la Comisión de Personal, apareciera como inconveniente su permanencia en el Departamento, por razones de seguridad. En este caso, el acto administrativo no tenía que motivarse. En las consideraciones que se expusieron para llegar a la declaración de constitucionalidad condicionada, se dijo que la propia Constitución en su artículo 125 consagraba la posibilidad, tanto de determinar regímenes especiales de carrera, como de establecer excepciones al mismo régimen y a la estabilidad en los cargos. Y puso de relieve que esa norma superior disponía que “el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.” (negrillas del original). Agregó entonces el fallo:

“De lo anterior se colige que cuando dadas las funciones inherentes a determinados cargos y teniendo en cuenta el grado de confianza de los mismos, diferentes a los que ordinariamente corresponden a cualquier servidor público resulta claramente razonable la posibilidad de establecer excepciones a la inamovilidad de algunos empleados de carrera administrativa, en determinadas dependencias de la administración pública, a fin de asegurar el cumplimiento de la función administrativa, ya que ello se encuentra además en armonía con lo dispuesto

en el artículo 125 constitucional, según el cual el retiro puede hacerse “por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

“De ahí que la Corte se haya pronunciado con anterioridad para precisar que los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, así como los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- pueden estar sometidos a una regulación especial de carrera que permita a la autoridad nominadora la separación del empleo en circunstancias y por motivos excepcionales, en razón a las funciones que dichos servidores deben realizar, los cuales requieren de un mayor grado de confianza objetiva.

“Ahora bien, el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- tiene como función primordial la de actuar como cuerpo civil de inteligencia y producir la información interna y externa que requiere el Estado para prevenir y reprimir los actos que perturben la seguridad o amenacen la integridad del régimen constitucional, así como la de intercambiar información con los países adscritos a la INTERPOL sobre hechos y actividades delictivas y delincuencia internacionales.

“El DAS tiene por consiguiente la delicada función de salvaguardar la seguridad del Estado y la protección de todas las personas residentes en Colombia, para lo cual debe contar con los instrumentos requeridos para el cabal cumplimiento de sus labores de inteligencia (Decreto 2110 de 1992).”

Como puede verse, la Corte consideró que la flexibilización de la carrera administrativa en el DAS se justificaba en razón de las funciones relacionadas con la seguridad del Estado encomendadas a esa entidad, hecho que exigía una confianza especial en esos servidores. Lo anterior no contradecía la Constitución, por cuanto, “...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.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte declaró la constitucionalidad del literal d) del artículo 44 del Decreto demandando, condicionada a que se aplicara únicamente

a los funcionarios de carrera administrativa cuyas labores estuvieran directamente relacionadas con la seguridad del Estado. Por las mismas razones declaró la exequibilidad simple del literal b) del artículo 66, que hacía referencia a la posibilidad de decretar, en uso de facultades discrecionales, la insubsistencia de los detectives del DAS. Ello, dado que la labor que éstos desempeñan atañía directamente a la seguridad del Estado.

5.3 En la Sentencia C-368 de 199922, la Corte examinó la constitucionalidad del literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998. Dicha norma establecía que “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.”

Al estudiar la anterior disposición, la Corte consideró lo siguiente:

“8. El texto legal bajo examen trata sobre la posibilidad de declarar la insubsistencia del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, previo concepto de la Comisión de Personal, con base en un informe reservado de inteligencia del cual se deduzca la inconveniencia, por razones de seguridad nacional, de la permanencia en el servicio de un funcionario.

“ ...

“El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cumplen con tareas destinadas a proteger el orden constitucional y los derechos y libertades de los ciudadanos. Ello implica que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación que ha sido reseñada, es admisible, desde la perspectiva de la Constitución, que el régimen de carrera de sus funcionarios se flexibilice, para garantizar el cumplimiento cabal de las funciones de esas instituciones.

“No encuentra la Corte ninguna razón que justifique excluir de la aplicación de esta norma a los funcionarios civiles de estas instituciones que realicen tareas relacionadas directamente con los fines de aquéllas. Por lo tanto, la potestad de retirar a los servidores de estas instituciones sin cumplir con todos los requisitos propios del régimen de carrera

administrativa también habrá de extenderse a los funcionarios civiles de las mismas, siempre y cuando, claro está, las labores desempeñadas por esos empleados puedan afectar la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado. Es decir, esta Corporación encuentra razonable que la norma acusada se emplee en relación con los funcionarios civiles de esas instituciones que, por ejemplo, participen dentro de la planeación o puesta en práctica de las estrategias de seguridad, o puedan tener acceso a documentos o a informaciones que deban permanecer en reserva, por razones de seguridad.

“Por lo tanto, la Corte declarará la constitucionalidad del literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, bajo la condición de que ella solamente puede ser aplicada en relación con funcionarios no uniformados de carrera de esas instituciones, cuyas labores puedan afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado.”

5.4. Como conclusión del examen jurisprudencial anterior, puede afirmarse que esta Corporación ha mantenido una doctrina sostenida, que se orienta a avalar una flexibilización del régimen de carrera los servidores públicos que desarrollan labores relacionadas directamente con la seguridad del Estado o la seguridad ciudadana. En todo caso, para la desvinculación de estos funcionarios la Corte ha establecido que se debe cumplir con las condiciones señaladas en las normas legales para la declaración de insubsistencia.

## 6. Estudio del caso concreto.

En las líneas anteriores la Sala ha recordado la jurisprudencia de la Corte relativa a los requisitos de procedencia y a las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así mismo, ha hecho un recuento de lo dicho en aquellos fallos que se han referido de manera concreta al régimen especial de los empleados públicos al servicio del INPEC, y a las consecuencias que de tal régimen se derivan a la hora de proceder a la desvinculación de tal categoría de empleados; también ha traído a colación la jurisprudencia más general referente a la flexibilización del régimen de carrera en las instituciones públicas del sector de seguridad o de defensa del Estado. Corresponde ahora estudiar el caso presente a la luz de los anteriores precedentes.

### 6.1 La procedencia de la presente acción de tutela.

Conforme se dijo en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, el actor considera

que las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Meta y por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el aquí demandante en contra del INPEC, constituyen vía de hecho. Se trata, por tanto, de una acción de tutela dirigida en contra de dos providencias judiciales.

En tal virtud, antes de entrar en el estudio de la posible violación de derechos que alega el actor, es menester determinar si la presente demanda cumple los requisitos de procedencia de la acción de tutela intentada contra providencias judiciales, decantados en la Sentencia C-590 de 200523, arriba reseñada.

6.1.1 Relevancia constitucional de la cuestión discutida mediante la acción de tutela intentada en contra de la providencia judicial aquí atacada. En cuanto al primero de los requisitos jurisprudencialmente decantados, conforme al cual la cuestión que se discuta debe ser de evidente relevancia constitucional, se tiene que en la presente oportunidad el demandante alega que las sentencias que ataca desconocieron precedentes sentados por esta Corporación en materia de constitucionalidad y también de tutela. En efecto, sostiene la demanda que los pronunciamientos judiciales cuestionados desconocen la jurisprudencia contenida en la Sentencia C-108 de 1995, en donde se establece que, en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, para el retiro por inconveniencia del personal de carrera penitenciaria es necesario adelantar un trámite administrativo que le permita al funcionario ejercer su derecho de defensa ante la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria. Cosa que, según dice, no sucedió en su caso, lo que el fallo que ataca no tuvo en consideración. Cita también como antecedente jurisprudencial desconocido, la decisión contenida en la Sentencia T-012 de 2003. Lo anterior, dice, consuma la violación de sus derechos al debido proceso y a la igualdad.

A juicio de la Sala, los anteriores cuestionamientos a las sentencias contra las cuales se dirige la presente acción revisten sin duda relevancia constitucional. En efecto, esta Corporación ha considerado que cuando ella, como interprete auténtico de la Carta, fija el alcance de un derecho fundamental, los jueces ordinarios no pueden aplicar la ley limitando sustancialmente dicho alcance,<sup>24</sup> y que si lo hacen, procede la acción de tutela en defensa del contenido constitucionalmente vinculante de dicho derecho fundamental. En el presente

caso, la Corte mediante la Sentencia C-108 de 1995 fijó el alcance del derecho al debido proceso administrativo de los funcionarios del INPEC que sean desvinculados del servicio por razones de inconveniencia, por lo cual una demanda que alega que dicho pronunciamiento judicial ha sido desconocido plantea claramente un asunto de relevancia constitucional.

6.1.2 Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable. El segundo de los requisitos exigidos por la reciente jurisprudencia relativa a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales también se cumple en el presente caso. En efecto, está acreditado dentro del presente expediente que el actor instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Meta, y al haber obtenido un pronunciamiento adverso a sus pretensiones interpuso oportunamente el recurso de apelación ante el h. Consejo de Estado, el cual mediante Sentencia de 2 de febrero de 2006, emanada de la Sección Segunda Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, confirmó la sentencia de primera instancia. Lo anterior evidencia que contra esta decisión de segunda instancia que el actor califica de vía de hecho no existe a su disposición medio alguno de defensa judicial ordinario o extraordinario que desplace la presente acción.

6.1.3 Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Del estudio del expediente aparece que también este requisito se cumple en el presente caso. En efecto, la tutela se interpuso en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que presuntamente originó la vulneración de derechos, es decir la expedición de la Sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado. Ciertamente, dicho fallo fue proferido el 2 de febrero de 2006 (ver folios 295 y siguientes del expediente), y notificado por edicto el 17 de marzo de ese mismo año (ver folio 320). Por su parte, la presente acción de tutela fue interpuesta el día 28 de abril de 2006, es decir antes de haber transcurrido los dos meses siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia aquí atacado, plazo que no resulta irrazonable ni desproporcionado de cara al respeto de los principios constitucionales de cosa juzgada y seguridad jurídica.

6.1.4 Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. En el presente caso, esta exigencia

jurisprudencial también se cumple, toda vez que la demanda, entre otros cargos, explica con toda claridad que el desconocimiento de derechos fundamentales proviene de la circunstancia de que los fallos contra los que se dirige la acción desconocieron o interpretaron erradamente la doctrina constitucional recogida en la Sentencia C-108 de 1995, que fijó el alcance del derecho al debido proceso administrativo de los funcionarios del INPEC que sean desvinculados del servicio por razones de inconveniencia. Lo anterior, dice el actor, en desconocimiento de su derecho al debido proceso; agrega que el Consejo de Estado y otros tribunales administrativos departamentales se han pronunciado a favor del demandante dentro de un procesos con supuestos fácticos iguales al suyo, procesos judiciales que también determina con claridad, por lo cual las sentencias contra las cuales dirige la presente acción incurren en violación del derecho a la igualdad. Por todo lo anterior, la Sala considera que sí se identifican con claridad los hechos que general la vulneración de derecho.

Ahora bien, como tal desconocimiento de derechos se habría producido tanto en la Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, como en la de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sentencia esta última contra la cual no procedía ningún recurso, se tiene que el aquí actor carecía de la posibilidad de alegar dentro de dicho proceso la presunta vulneración de derechos que aquí denuncia.

6.1.5 Por último, la Sala constata que la presente acción de tutela no se dirige contra una Sentencia de tutela, ni denuncia simples irregularidades de trámite carentes de relevancia constitucional.

En tal virtud, entiende que se cumplen a cabalidad los presupuestos de procedencia de la acción de tutela cuando ella es incoada en contra de providencias judiciales, presupuestos a los que esta Corporación se refirió en la Sentencia C-590 de 200525, arriba comentada.

Así las cosas, pasa la Sala a estudiar en el fondo el problema jurídico planteado en la demanda.

7. Estudio del problema jurídico planteado en la demanda.

7.1 En un primer momento, esta Sala estudiará si existió un defecto sustantivo en la Sentencia del Consejo de Estado contra la cual se dirige la presente acción de tutela. De ser

así, estudiará también la Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que igualmente ha sido acusada de constituir vía de hecho. En cambio, si la Sala descarta la existencia de vía de hecho en Sentencia del Consejo de Estado, limitará su examen a este fallo, por carecer de objeto el examen de la sentencia de primera instancia. El análisis de la Sala se centrará en verificar si el fallo bajo cuestionamiento aplicó los criterios que la Corte Constitucional ha sentado para la desvinculación del servicio por razones de inconveniencia de funcionarios de carrera penitenciaria del INPEC.

Concretamente, se estudiará si tal Sentencia respetó los precedentes jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional que establecen el alcance del derecho fundamental al debido proceso de los servidores del INPEC que son retirados del servicio por razones de inconveniencia.

También la Sala estudiará si la decisión aquí cuestionada adoptada por el Consejo de Estado contemplaba unos supuestos fácticos idénticos a los que dieron origen a otra sentencia de esa misma Corporación que menciona la demanda, copia de la cual se encuentra en el expediente, de manera que la diferencia de las decisiones consume una violación ostensible del derecho a la igualdad.

7.2 Para los anteriores efectos, pasa la Corte a estudiar los documentos relevantes producidos por el INPEC al momento de decidir el retiro por inconveniencia del actor. En el expediente se encuentran tres documentos: Primero, el Acta N° 303 de 6 de septiembre de 2000 (folio 81), mediante la cual la Junta Asesora del INPEC recibió la declaración del actor. Segundo, el Acta 303-1 de la misma fecha, mediante la cual la Junta Asesora del INPEC emite concepto favorable sobre su retiro (folio 115); y tercero, la Resolución 3506 de 21 de septiembre de 2000 (folio 84), mediante la cual el Director General del INPEC retira del servicio por inconveniencia al aquí demandante.

#### 7.2.1 El Acta N° 303 de 6 de septiembre de 2000.

El texto del acta No 303 de 6 de septiembre de 2001 expresa que en dicha fecha se reunieron en la Sala de Juntas de la Secretaría General los miembros de la Junta Asesora, “con el propósito de recibir versión a un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y emitir el respectivo concepto previo, sobre el retiro o no del servicio por inconveniencia del señor BARRETO TAO MARTIN EMILIO, quien actualmente ocupa el cargo de DRAGONEANTE de

la Planta Global del Instituto, adscrito a la Cárcel del distrito Judicial de Acacías (Meta)..."

Tras identificar al citado funcionario, el acta da cuenta de la siguiente actuación:

"En este estado de la actuación, el Señor Secretario General del INPEC, en su calidad de Presidente de la Junta Asesora, hace su intervención y le manifiesta al funcionario que ha sido solicitado su retiro por inconveniencia y se le informa la plena libertad que tiene de exponer los argumentos que estime convenientes para su defensa, y se le advierte que se encuentra libre de apremio y juramento, a lo contesta:

"En diciembre cumplo ocho años en la Institución, he laborado en la Colonia Penal, en la Cárcel del Distrito Judicial de Pacho y por último en la Cárcel del Circuito de Acacías; Respecto a la fuga que se presentó yo me encontraba prestando servicio de terrazas, yo le tomé fotos por donde fue el hueco por donde se fueron los internos, fotos que anexo, 12 fotos, en las cuales se ve claramente que el lado en que hicieron el hueco los internos, estaban tejiendo dos chinchorros, y el hueco lo estaban haciendo detrás de los chinchorros...

"Quiero dejar constancia que ese día solo llegamos a laborar 4 Dragoneantes no más, puesto que el cabo había mandado a los otros 2 Dragoneantes que recibían, a remisión, acá a Bogotá, sin tener en cuenta la seguridad del penal, nombrando un auxiliar, el cual no responde por nada." (Negrillas fuera del original)

A renglón seguido el Acta dice así:

"No siendo otro el objeto de la presente se da por terminada la sesión, una vez leída aprobada y suscrita el acta, por quienes en ellas intervinieron."

A continuación se leen las firmas.

7.2.2 El Acta 303-1 de 6 de septiembre de 2000.

En el Acta 303-1 de 6 de septiembre de 200, se lee lo siguiente:

"En la ciudad de Santafé de Bogotá, después de elaborada el acta de sesión N° 303 de septiembre 6 de 2000, se reunieron los integrantes de la Junta Asesora para deliberar y

emitir el concepto a que alude el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 en concordancia con artículo 48 Numeral 4 del Decreto 1890 de 1999 y previo el procedimiento estipulado en la Resolución 0969 de marzo 9 de 2000. En consecuencia y luego de estudiado el caso en cuestión, la JUNTA ASESORA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, concluye que es inconveniente para la entidad, la permanencia en el servicio del Dragoneante MARTIN EMILIO BARRETO TAO... Por lo tanto se decide por unanimidad conceptuar al Director General del Instituto el RETIRO POR MOTIVOS DE INCONVENIENCIA EN EL SERVICIO, del citado funcionario.” (Negrillas fuera del original)

7.2.3 La Resolución 3506 de 21 de septiembre de 2000, mediante la cual el Director General del INPEC retira del servicio por inconveniencia al señor Martín Emilio Barreto Tao, aquí demandante.

En la parte considerativa de la Resolución 3506 de 21 de septiembre de 2000, el Director General del INPEC afirma (i) que el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, en concordancia con el artículo 48 numeral 4° del Decreto Ley 1890 de 1999, prevén el “retiro por inconveniencia en el servicio”, en cualquier tiempo, de los dragoneantes del INPEC, a voluntad del Director del instituto, previo concepto de la Junta Asesora; (ii) que existe solicitud escrita del superior jerárquico del señor Barreto Tao para proceder a su retiro por inconveniencia; (iii) que el señor Barreto Tao fue citado a la Junta Asesora, con el objeto de ser oído y garantizar plenamente es derecho a la defensa; (iv) que mediante Acta N° 303-1 del 6 de septiembre de 2000, la Junta Asesora, previa aplicación del procedimiento estipulado en la Resolución N° 0969 de marzo 9 de 2000, emitió concepto favorable para retirar por inconveniencia en el servicio al señor Vecino Calderón; y (v) que el citado Director General del INPEC acoge dicho concepto de la Junta Asesora.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, en la parte Resolutiva de la Resolución en comento se dispone el retiro del servicio del aquí demandante, a partir de la fecha del acto.

7.2.4. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora bien, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta en contra de la Resolución 3506 de 21 de septiembre de 2000, por medio de la cual se desvinculó del servicio al actor, se afirma que “el formalismo del acta de descargos suscrita por varios miembros de la Junta de la Carrera Penitenciaria, no reúne los requisitos exigidos por la ley para la desvinculación, pues no se

elevaron los cargos concretos y no se le nombró defensor para que hubiera rebatido los mismos y por tanto no se puede tener por agotada tal instancia por ser violatoria del debido proceso.” Afirma que “si bien es cierto que en la Cárcel del Circuito de Acacías (Meta) se presentó una fuga masiva de internos, el dragoneante BARRETO TAO, ese día, cumplía una función específica, ordenada por escrito, por sus Superiores Inmediatos... quienes lo encargaron exclusivamente de la vigilancia sobre los internos... en sitio diferente desde el cual carecía de visibilidad alguna sobre el rincón... por el cual se evadieron...” Agrega que si bien es cierto que se abrió una investigación disciplinaria, “ésta no ha concluido, por lo cual se está prejuzgando y ejercitando una verdadera política represiva de persecución sindical digna de ser investigada por la Fiscalía General de la Nación (Art. 222 del C.P.) contra los trabajadores del Instituto que estuvieron afiliados al Sindicato, ASEINPEC, al desvincularlo, presumiéndolo culpable, de unos supuestos cargos de los cuales no se le ha corrido traslado, no se le ha permitido controvertir las “pruebas” endilgadas en su contra, ni se le ha vencido en juicio, invirtiendo así lo que ha dispuesto claramente la Carta Política en el artículo 29...” Finalmente, aduce la demanda de nulidad que el demandante, por estar legalmente incluido en la carrera penitenciaria y formar parte de la planta de personal del INPEC, gozaba de una relativa estabilidad laboral.

7.2.5 Otra prueba relevante obrante dentro del proceso de nulidad. Obra también dentro del expediente de la nulidad copia del acta de la audiencia pública correspondiente a la diligencia de recepción de un testimonio decretado como prueba dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En dicha acta se lee el testimonio de una persona, compañera de trabajo del demandante; interrogado a cerca de los motivos por los cuales fue desvinculado de la institución el señor Barreto Tao, contestó que a principios del mes de septiembre de 2000 “se presentó una fuga masiva en la cárcel del circuito y a él lo vincularon con esta fuga, lo llamaron a junta de carrera y lo desvincularon”.

7.2.6. La Sentencia de 2 de octubre de 2006, proferida por la Sección Segunda- Sub sección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, contra la cual se dirige la presente acción de tutela.

Mediante la Sentencia de 2 de octubre de 2006, la Sección Segunda- Sub Sección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el señor Barreto Tao contra la sentencia de 3 de

noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en la cual no se había accedido a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sentencia del Consejo de Estado recuerda que el artículo 49 del Decreto ley 407 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de personal del INPEC, consagra como causal de retiro del servicio de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia la decisión voluntaria del Director General del Instituto, previo concepto de la junta de Carrera Penitenciaria. El texto de la disposición es el siguiente:

“Artículo 49. Causales de retiro. Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, las siguientes:

(...)

m) Retiro del servicio de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia por voluntad del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.”

Así mismo, la Sentencia recuerda el texto del artículo 65 del mismo Decreto Ley 407 de 1994, conforme al cual “(l)os oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, podrán ser retirados del servicio a voluntad del Director General del Instituto en cualquier tiempo cuando su permanencia se considere inconveniente, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.”

A continuación, el fallo que ahora se examina transcribe las consideraciones vertidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-108 de 1995, que estudió la exequibilidad del citado artículo 65 y declaró su constitucionalidad condicionada a que se respetara el derecho de defensa de los funcionarios mencionados en la norma, por lo cual la Junta de Carrera Penitenciaria debería oír sus descargos, de forma tal que su separación del servicio resultara plenamente justificada.

Después de haber hecho referencia a los fundamentos legales y jurisprudenciales anteriores, la Sección Segunda- Sub Sección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado entra estudiar el caso concreto, para lo cual repara en que el actor estaba inscrito en la carrera penitenciaria. Observa también que mediante las actas 303 y 303-1 de

septiembre 6 la Junta Asesora del INPEC recibió versión al actor y emitió concepto favorable a su desvinculación del servicio por razones de inconveniencia, y que mediante la resolución demandada el Director General del INPEC decretó dicho retiro. Expresa que el Tribunal del Meta negó las suplicas de la demanda al considerar que las actuaciones administrativas realizadas por el INPEC se ajustaban al ordenamiento jurídico, pues se había obtenido el concepto previo de la Junta.

Refiriéndose a los argumentos expuesto en el escrito de impugnación de la demanda de primera instancia, presentados por la parte actora, según los cuales el retiro del servicio se habría producido con violación de derecho al debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad, pues la resolución impugnada habría expedido viciada de desviación de poder y de falta de motivación, el Consejo de Estado consideró que conforme a los artículos 49 y 65 del Decreto Ley 407 de 1994, entre las causales de retiro del INPEC figura la voluntad del Director General de esa Institución, quien discrecionalmente y por razones de inconveniencia puede disponer en cualquier momento la separación absoluta del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre y cuando cuente con la previa recomendación de la Junta de Carrera Penitenciaria. Esta exigencia operaba, dijo el Consejo, en relación con el personal escalafonado de carrera, según había sido explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-108 de 1995, en la cual se había hecho ver que con ello se buscaba preservar la estabilidad laboral de dichos funcionarios.

Agregó el Consejo de Estado que el Decreto Ley 407 de 1994 no le exigía a la Junta de Carrera ninguna formalidad especial para recibir la versión de los funcionarios; únicamente ordenaba la preexistencia del concepto de dicha Junta, para proceder a la desvinculación. Así las cosas, “si no existe procedimiento alguno que deba observar la junta, resulta imposible el cotejo tanto de sus actuaciones como de sus omisiones con el régimen jurídico del cual surgiría su quebrantamiento.”

Ahora bien, en cuanto a la supuesta desviación de poder alegada por la parte actora, que se produciría por el carácter sancionatorio del retiro del servicio ocasionado por la fuga de presos ocurrida en el centro carcelario donde laboraba el demandante, el h. Consejo de Estado indicó que no se había acreditado tal cargo, “toda vez que en el expediente ni siquiera se probó que el actor fuera inculpado de tal suceso, ni que contra el se hubiera iniciado proceso disciplinario... en consecuencia no se acreditó el carácter sancionatorio del

acto de retiro...”

En lo relativo a la supuesta falta de motivación del acto administrativo demandado alegada por el actor, dijo el Consejo que “tal causal no la desarrolla ni la predica respeto del acto de retiro sino del Acta de la Junta Asesora por no haber formulado cargos concretos”. Agrega que tampoco puede aducirse la falta de motivación, puesto que el retiro del servicio fue la voluntad del Director al estimar inconveniente su permanencia en la Institución.

7.3 Examen de la Sentencia de 2 de octubre de 2006, proferida por la Sección Segunda- Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

7.3.1 De conformidad con lo explicado por esta Corporación en la Sentencia C-590 de 2005, arriba comentada, los vicios que determinan la procedibilidad de una acción de tutela intentada en contra de una providencia judicial son: (i) el defecto orgánico o falta de competencia del funcionario judicial que produjo la decisión, (ii) el defecto procedimental absoluto, que se configura cuando dicho funcionario actúa completamente al margen de procedimiento establecido, (iii) el defecto fáctico o falta de sustento probatorio adecuado para la adopción de la decisión, (iv) el defecto sustantivo o material que se da cuando la decisión se adopta con base en normas inexistentes o inconstitucionales o se presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, (v) el error inducido, “que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”<sup>26</sup>, (vi) la falta de motivación de la providencia, es decir la carencia de fundamentos fácticos y jurídicos que fundamenten la decisión judicial, (vii) El desconocimiento del precedente, “hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>27</sup>”<sup>28</sup>, y (viii) la violación directa de la Constitución.

7.3.2 En la presente oportunidad, la Sala no detecta la presencia de ninguno de los anteriores vicios, que serían determinantes de la procedibilidad de la presente acción. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado era competente, actuó respetando el procedimiento señalado para este

tipo de actuaciones, adoptó la decisión con base en el sustento probatorio aportado al expediente y en el adicional recaudado por el a quo (acervo probatorio que está constituido por (i) las actas Nos 303 y 303-1 de 6 de septiembre de 2000, que recogen la reunión de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria en la cual se le recibió versión al aquí demandante, y la reunión de la misma Junta en la que se emitió concepto favorable a su desvinculación, (ii) por la misma Resolución demandada, y (iii) por los testimonios recibidos dentro del proceso). Además, la decisión se adoptó con fundamento en las normas legales pertinentes, esto es, los artículos 49 del Decreto Ley 407 de 1994, 48 del Decreto 1890 de 1999 y particularmente del artículo 65 del Decreto Ley 407 mencionada. No existe tampoco constancia de que el Consejo de Estado haya actuado inducido por error que haya determinado el proferir una decisión que afecte derechos fundamentales, ni tampoco se trata de una providencia carente de motivación. De manera particular, como se explicará más adelante, la Sala no encuentra que el Consejo de Estado haya desconocido los precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha establecido el alcance del derecho fundamental al debido proceso de los funcionarios de carrera penitenciaria cuando son objeto de retiro del servicio por razones de inconveniencia.

Sin embargo, en la demanda de tutela se afirma que la Sentencia enjuiciada constituye una vía de hecho por defecto fáctico, sustantivo y procedimental, por las siguientes razones:

a) Habría dado al actor el tratamiento de empleado público de libre nombramiento y remoción, a pesar de que era funcionario de carrera penitenciaria. Lo anterior en desconocimiento de los artículos 10 y 76 del Decreto Ley 407 de 1994 (sic), que definen taxativamente cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción, sin incluir el de dragoneante.<sup>29</sup>

b) La Sentencia omitió evaluar las pruebas que daban cuenta de su hoja de vida intachable, donde se destacaban méritos, excelentes calificaciones y felicitaciones por el buen desempeño por más de ocho años dentro de la Institución a la que prestaba sus servicios. Lo anterior, estima, implica un desconocimiento del principio de favorabilidad.

c) Produjo una interpretación errónea de la Sentencia C-108 de 1995, que establece que para el retiro por inconveniencia es necesario adelantar un proceso disciplinario que le permita al funcionario ejercer su derecho de defensa ante la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria,

cosa que no sucedió en su caso.

d) No tuvo en cuenta que el director del INPEC lo retiró sin el concepto previo de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria, y en un acto administrativo con desviación de poder o sin motivación.

e) Desconoció directamente la Constitución al proferir una decisión contraria a la adoptada dentro de otros procesos de la misma naturaleza, en los cuales se presentaban los mismos supuestos fácticos.

En seguida la Sala explicará por qué todos los anteriores vicios no se configuran en la providencia atacada mediante la presente acción de tutela:

a) En cuanto al reproche conforme al cual el Consejo de Estado habría dado al aquí demandante el tratamiento de empleado público de libre nombramiento y remoción, ignorando que se trataba de un funcionario de carrera, lo cual desconocería los artículos 10 y 76 del Decreto 407 de 1994 que definen taxativamente cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción sin incluir el de dragoneante, la Sala estima que contrario a lo afirmado por el tutelante, el Consejo de Estado expresamente consideró y tuvo en cuenta que “ a través de memorando del 9 de febrero de 2000 el Jefe de División Gestión humana del INPEC le comunicó al actor que mediante Resolución 0020 del 26 de junio de 1998 fue inscrito en Carrera Penitenciaria, en el cargo de dragoneante...” Es decir, el Consejo de Estado sí tuvo que se trataba de un empleado de carrera y no de libre nombramiento y remoción. Además, con fundamento en esa consideración examinó cuál era el régimen legal que regulaba su desvinculación del servicio, encontrando que los artículos 49 y 65 de el Decreto Ley 407 de 1994 resultaban plenamente aplicables, pues regulaban las causales de retiro de los empleados decarrera del INPEC, entre ellas el retiro por inconveniencia, por voluntad del Director de ese Instituto.

b) En lo concerniente al cuestionamiento que se hace a la Sentencia por haber omitido evaluar las pruebas que daban cuenta de la hoja de vida intachable del demandante, en desconocimiento del principio constitucional de favorabilidad, la Sala observa que efectivamente la Sentencia no vierte consideración alguna sobre este tópico; empero no estima que ello configure ninguna causal que determine la procedibilidad de la presente acción de tutela, toda vez que conforme a la ley (Decreto Ley 407 de 1994, art. 65) la causal

de desvinculación por inconveniencia en el servicio opera sin consideración a los antecedentes laborales del funcionario por retirar.

En cualquier caso, el principio constitucional de favorabilidad recogido en el artículo 53 superior ha sido entendido por la jurisprudencia como aquel que indica que “en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador.”<sup>30</sup> Por lo cual, la consideración según la cual el Consejo de Estado habría incurrido en vía de hecho por haber omitido evaluar las pruebas que daban cuenta de la hoja de vida intachable del demandante, en desconocimiento del principio constitucional de favorabilidad, parece partir de una comprensión errada del alcance jurídico de dicho principio superior. En efecto, tal acusación no señala la existencia de dos normas, o dos o más interpretaciones plausibles de una normatividad legal aplicable, una de ellas más favorable al trabajador, que el Consejo de Estado haya dejado de acoger. Simplemente indica que no tuvo en cuenta los buenos antecedentes laborales del demandante.

c) En lo concerniente al ataque que se formula en contra del fallo del Consejo de Estado por haber incurrido en una interpretación errónea de la Sentencia C-108 de 1995, que establece que para el retiro por inconveniencia es necesario adelantar un debido proceso y llevar a cabo una investigación previa que le permita al funcionario de carrera del INPEC ejercer su derecho de defensa ante la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria, cosa que no habría sucedido en el caso del demandante, la Sala observa lo siguiente:

En la Sentencia reprochada de configurar “vía de hecho”, el Consejo de Estado estudia el artículo 65 del Decreto Ley 407 de 1994, que autoriza al Director del INPEC para desvincular discrecionalmente a los dragoneantes por motivo de inconveniencia, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria. Al respecto transcribe los apartes pertinentes de la Sentencia C-108 de 1995, que explican que esa norma confiere margen de flexibilidad al Director General del INPEC para remover de su cargo a los subalternos en cualquier tiempo, cuando su permanencia en la Institución se considerara inconveniente, pero que a continuación indican lo siguiente:

“Pero se advierte que no se trata de una potestad absoluta para el Director del INPEC, ya que

cualquier decisión a este respecto debe contar con el previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria. Con ello se busca el objetivo esencial de que no se desvirtúen los principios de estabilidad que busca amparar la Carrera y que tienen consagración constitucional, a través de decisiones arbitrarias por parte del superior jerárquico. Para que ello sea efectivamente así, es necesario que el empleado cuyo retiro se disponga cuente con un debido proceso y se le permita, por consiguiente, ejercer su derecho de defensa ante la Junta.”<sup>31</sup>

A continuación, el Consejo de Estado explica que “la Corte Constitucional en su Sentencia C-108 de marzo 15 de 1995, que declaró condicionalmente exequible el art. 65 del D.L. 407/94, destacó que ese procedimiento y derecho de defensa se consagró para que no se desvirtuara el principio de estabilidad que busca amparar la Carrera y que tiene consagración constitucional.”... obsérvese que el D.L. de 1994 no le exige a la junta de Carrera Penitenciaria ninguna formalidad especial para recibir la versión de los funcionarios llamados a hacerla ... En estas condiciones no existe procedimiento alguno que deba observar la junta...” (Negrillas del original) De esta manera la Sentencia del Consejo de Estado respondió a los cargos de la demanda de nulidad y restablecimiento que acusaban al INPEC de haber desconocido el debido proceso por no haberle entregado al actor formalmente y con anterioridad un pliego de cargos, no haberle nombrado un defensor, y no haber realizado una investigación previa a la desvinculación, en la que se justificara el retiro y dentro de la cual estuvieran claros los hechos que se imputaban al demandante. Acusaciones que también sostenían que para la desvinculación era menester iniciar y concluir un proceso disciplinario. Es decir, el Consejo quiso explicar que el proceso de desvinculación por inconveniencia no se asimilaba a un proceso disciplinario, por lo cual no exigía adelantar una investigación previa ni la presentación formal de un pliego de cargos.

Para la Sala, la interpretación de la Sentencia C-108 de 1995 hecha por el Consejo de Estado no es errónea; en tal virtud, no estima que se haya configurado una causal de procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente jurisprudencial recogido en dicho fallo, en el cual la Corte Constitucional estableció, con efectos erga omnes, el alcance del derecho fundamental al debido proceso de los funcionarios de carrera penitenciaria cuando son objeto de retiro del servicio por razones de inconveniencia.

Ciertamente, en dicho fallo de constitucionalidad se destacó con particular énfasis que dicho proceso de desvinculación de funcionarios de carrera se revestía de ciertas connotaciones de

flexibilidad, dada la naturaleza de la función cumplida por dichos servidores. Se afirmó que no obstante lo anterior, debía darse una oportunidad real de ejercer su derecho de defensa ante la Junta de la Carrera Penitenciaria. Empero, no se indicó que lo anterior implicara llevar a cabo una investigación previa, ni cumplir los trámites propios de un proceso disciplinario. Esto es justamente lo que explica la Sentencia del Tribunal que ahora se ataca mediante la acción de tutela, por lo cual la Sala descarta que en ella se consigne la interpretación errónea que denuncia el actor.

La Sala entiende que para poder ejercer el derecho de defensa, aun dentro de las consideraciones de flexibilidad que se indican en la Sentencia C-108 de 1995, es menester que el funcionario que va a ser desvinculado conozca los motivos por los cuales va a ser retirado del servicio, y tenga una oportunidad real de ejercer respecto de ellos el derecho de defensa. Obviamente, sin ese conocimiento sobre los motivos mal puede oponerse a la decisión administrativa, ejerciendo su derecho de defensa.

Ahora bien, en el presente caso, del material probatorio obrante en el expediente del proceso contencioso administrativo emergía con toda nitidez que el servidor desvinculado conocía tales motivos. De manera particular, el Acta de la reunión de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria dentro de la cual se dio oportunidad al dragoneante para presentar sus descargos, y los testimonios recogidos dentro del proceso de nulidad, demuestran fehacientemente que el funcionario retirado conocía perfectamente los motivos que daban lugar a su retiro por inconveniencia, relativos a la fuga masiva que se presentó pocos días antes de la desvinculación del servicio, cuando el actor prestaba el servicio de vigilancia. Hechos a los cuáles él mismo hace referencia en la diligencia de descargos. También, de las pruebas obrantes en el expediente resulta claro que durante la diligencia surtida ante la Junta Asesora del INPEC tuvo ocasión de referirse de manera concreta a tales motivos o circunstancias fácticas determinantes de su desvinculación. Incluso, durante dicha diligencia aportó fotografías con la cuales expuso por qué, a su parecer, él no tenía ninguna responsabilidad en la fuga motivante de la decisión de retiro. Por lo anterior, la Sentencia del Consejo de Estado mal podía acoger las acusaciones de la demanda de nulidad que alegaban la violación del derecho al debido proceso por el supuesto desconocimiento por parte del actor respecto de los motivos de su retiro.

La Sala debe decir que no comparte las consideraciones del Consejo de Estado relativas a

que en la causal de retiro del servicio de los funcionarios de carrera del INPEC, decidida por razones de inconveniencia, el motivo de la decisión consista tan sólo en la voluntad del Director de dicho Instituto. No obstante, dicha consideración no es suficiente, en este caso, para determinar la procedibilidad de la presente acción de tutela. En efecto, a pesar de tal afirmación, la Sentencia enjuiciada respeta la interpretación del alcance del derecho fundamental al debido proceso de los funcionarios de carrera penitenciaria del INPEC cuando son objeto de retiro del servicio por razones de inconveniencia. En efecto, en el fallo del Consejo se verificó el respeto de aquel mínimo esencial que fue establecido en la Sentencia C- 108 de 1995, a saber, que el servidor a ser retirado tenga una oportunidad real de ejercer su derecho de defensa ante la Junta del Instituto, lo cual implica de suyo el conocimiento de las razones del retiro, y que además exista el concepto previo de la Junta de Carrera Penitenciaria.

La Sala en este punto debe hacer una precisión, relativa a los motivos de la desvinculación de los funcionarios de carrera del INPEC, producida por razones de inconveniencia en el servicio. Esta decisión administrativa, aunque implica un alto grado de discrecionalidad en cabeza del director de dicho Instituto, no por ello se exime del requisito general de fundarse en motivos jurídicos que guarden una coherencia con el propósito perseguido por el legislador al consagrar de la causal legal de desvinculación por razones del servicio, motivos que además deben resultar proporcionados. Es decir, tales motivos no sólo deben existir, sino que tienen que estar relacionados con la correcta prestación de la función pública, y ser de suficiente relevancia para justificar la decisión de retiro. Lo contrario sería admitir la existencia de facultades discrecionales absolutas en cabeza del Director del INPEC, que lo autorizaran para retirar del servicio al personal de carrera sin existencia de razón justificativa alguna. Esta posibilidad de discrecionalidad absoluta o capricho del funcionario ha sido rechazada sistemáticamente por esta Corporación, incluso cuando se trata de desvinculación de servidores públicos de libre nombramiento y remoción; en efecto, sobre el particular la Corte ha dicho:

“La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean

la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.”<sup>32</sup>

Y en similar sentido la Corporación ha señalado:

“Encontramos en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad. (Negrillas fuera del original)”<sup>33</sup>

Así pues, toda decisión administrativa, aun la de naturaleza discrecional, debe obedecer a motivos jurídicos racionales y proporcionados. Ello implica, como consecuencia lógica, que como regla general aun los actos administrativos discrecionales deben ser motivados aunque sea de manera sumaria, en garantía del principio de publicidad, del cual depende naturalmente la posibilidad de ejercer el derecho de defensa<sup>34</sup>; no obstante, la jurisprudencia también ha aceptado que en ciertos casos existen excepciones al deber de motivar los actos administrativos. En este sentido, en la Sentencia C-371 de 1999<sup>35</sup>, la Corte reconoció:

“Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada.” (Negrillas fuera del original),

Como se ve, la ley puede en ciertos casos eximir de la obligación de motivar los actos administrativos; es decir, de dejar constancia dentro de su texto escrito de las razones que llevan a su expedición. Empero, eso no significa que puedan no existir tales razones, y que las mismas no deban ser racionales y proporcionadas, según antes se explicó; adicionalmente, tales razones, si bien no tienen que constar expresamente en el acto administrativo respectivo, sí deben ser puestas en conocimiento del interesado por algún medio, de manera tal que le sea posible ejercer su derecho de defensa. En este sentido, por ejemplo, tratándose de la desvinculación de funcionarios administrativos del libre nombramiento y remoción, si bien la Corte ha admitido que el acto administrativo respectivo pueda no hacer expreso los motivos del retiro (es decir ha admitido que el acto sea formalmente inmotivado), ha exigido que la autoridad administrativa deje constancia de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la hoja de vida del funcionario interesado.

En este sentido, en la Sentencia C-734 de 2000 antes citada, al examinar la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, la Corte vertió los siguientes conceptos:

“9. El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

“...

“10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su

exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.” (Negritas fuera del original)

Ahora bien, tratándose de servidores públicos de carrera de los sectores de defensa o de seguridad del Estado, como arriba se dijo, esta Corporación ha admitido que, debido a la naturaleza peculiar de la función que cumplen, es constitucionalmente aceptable reconocer un margen razonable de discrecionalidad a los superiores para remover a los subalternos de su cargo en cualquier tiempo. No obstante, lo anterior no exime a dicho funcionario justificar las razones del retiro, ni de adelantar un procedimiento aunque sea sumario dentro del cual el servidor público pueda contradecir dichas razones, aunque no ha exigido que los actos administrativos respectivos sean formalmente motivados.<sup>36</sup>

Así pues, en el caso concreto de los servidores de carrera penitenciaria al servicio del INPEC, aunque en principio los motivos de la desvinculación deben constar en el acto administrativo que la ordena, la flexibilidad del proceso de desvinculación por razones de inconveniencia, a la cual se refirió la Corte en la C-108 de 199537, permite aceptar que, cuando de las circunstancias y el contexto que rodean la expedición de dicho acto administrativo, debidamente probadas en el proceso de nulidad, se infiere con toda claridad que el servidor público desvinculado sí conocía las razones por la cuales estaba siendo llamado a rendir descargos ante la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria, no es de recibo alegar seriamente dicho desconocimiento. En esta ocasión, el mismo servidor desvinculado, demandante de la nulidad, reconoció ante ella que conocía las razones del retiro y se opuso a ellas, e incluso aportó pruebas documentales y también el testigo citado al proceso contencioso administrativo manifestó que la única razón de la determinación radicaba en dicha fuga, y que así lo entendían todos los compañeros de trabajo del dragoneante. Por lo anterior, no resulta ahora de recibo alegar que, por desconocimiento de los motivos del retiro, no pudo ejercer el derecho de defensa en la diligencia de descargos.

Por todo lo anterior, la Sala descarta que la Sentencia atacada mediante la presente acción

de tutela contenga una interpretación errónea de un precedente obligatorio sentado en sede de constitucionalidad por esta Corporación.

d) Conforme a otro cargo, la Sentencia que se ataca mediante la presente acción de tutela no habría tenido en cuenta que el director del INPEC retiró al actor sin el concepto previo de la Junta Asesora de la Carrera Penitenciaria. Al respecto, la Sala observa que contrario a lo dicho por el tutelante, la Sentencia atacada expresamente toma en consideración que dicho concepto favorable está contenido en el Acta N° 303-1 de septiembre 6 de 2000. En efecto, dentro de las consideraciones de la Sentencia se lee lo siguiente: “En Actas Nos. 303 y 303-1 de septiembre 6 de 2000 la Junta Asesora del INPEC, consta que se le recibió versión al actor y emitió su respectivo concepto sobre la conveniencia del retiro del servicio.” (sic) Por lo demás, las copias de dichas actas, como se dijo, reposan en el expediente de la presente acción de tutela.

e) En una última acusación, la presente acción de tutela afirma que el Consejo de Estado, en la Sentencia que constituiría vía de hecho, profirió una decisión contraria a la adoptada dentro de otro proceso de la misma naturaleza, en el cual se presentaban los mismos supuestos fácticos, lo cual implicaría el desconocimiento directo de la Carta por violación del derecho a la igualdad. Pasa la Corte a estudiar esta acusación.

- Se trata de la Sentencia proferida por la misma Sección Segunda del Consejo de Estado para decidir la acción de nulidad incoada por el dragoneante José Antonio Sicuam<sup>38</sup>. La pretensión de la demanda consistía en la declaración de nulidad de la resolución mediante la cual el director general de esa institución había ordenado el retiro del demandante por inconveniencia del servicio.

Observa la Sala que en esa oportunidad la Sección Segunda accedió a la solicitud de nulidad, pero que los supuestos fácticos que motivaron esa decisión difieren sustancialmente de los que dieron lugar a la Sentencia del Consejo de Estado contra la cual se dirige la presente acción de tutela. En efecto, en aquella oportunidad, dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Tribunal que conoció la demanda en primera instancia había solicitado al INPEC el envío de los antecedentes administrativos de la resolución acusada, y esta entidad se había limitado a contestar que el Director del INPEC estaba facultado para retirar del servicio a los funcionarios que estimara conveniente, pero sin

probar que al demandante se le hubiera adelantado el proceso administrativo correspondiente. En tal virtud, el Consejo de Estado concluyó que le asistía razón al demandante y accedió a las súplicas de la demanda. (Ver expediente folio 350).

La anterior situación de hecho no se presentaba en el caso que motivó la Sentencia de nulidad contra la cual se dirige la presente acción de tutela, lo que explica fácilmente la diferencia de la decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- Ahora bien, la demanda de tutela también presenta la copia de una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro de un proceso de nulidad y reestablecimiento del derecho seguido contra el INPEC, motivado en una decisión de desvinculación del servicio por razones de inconveniencia. (Folio 357). Al respecto la Sala estima que tal precedente jurisprudencial no resultaba vinculante para el Consejo de Estado. Efectivamente, como esta misma Sala de revisión de tutelas lo ha explicado<sup>39</sup>, las diversas salas de los tribunales o del Consejo de Estado están vinculadas por la obligación de aplicar el precedente sentado por el órgano encargado de unificar jurisprudencia en materia contencioso administrativa, es decir por el mismo Consejo de Estado. También, por razones de respeto al principio de igualdad, las distintas salas de decisión de los tribunales y del Consejo están atadas a sus propias decisiones anteriores, y así mismo al precedente sentado en el respectivo tribunal o en el Consejo por las diferentes salas de decisión. Empero, como es obvio, el Consejo de Estado no está atado a los precedentes adoptados por los tribunales administrativos, por falta de relación jerárquica.

- Finalmente, la Sala anota que la Sentencia de nulidad contra la cual se dirige la presente acción de tutela difiere, por su naturaleza y por los asuntos tratados, de la Sentencia laboral que se revisó dentro del proceso que fue decidido por esta Corporación mediante la Sentencia T-012 de 2003<sup>40</sup>. En efecto, como se dijo anteriormente, en esa oportunidad la Corte Constitucional conoció el caso de un dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que participó en un cese de actividades que posteriormente fue declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo. El funcionario instauró ante la jurisdicción laboral una acción de reintegro por fuero sindical, que fue decidida desfavorablemente a sus intereses; contra la decisión de segunda instancia presentó acción de tutela alegando vía de hecho. La Corte observó que en el acto administrativo de desvinculación del servicio no se había hecho mención de los motivos que justificaban la decisión, que consistían en la participación del

dragoneante en el cese ilegal de actividades, por lo cual el servidor público no había podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Observó que la Sentencia de la Jurisdicción laboral no había tenido en cuenta esta circunstancia, por lo cual declaró la nulidad de tal fallo.

En la presente oportunidad, la Sala detecta que aunque en el acto administrativo de desvinculación tampoco se hace mención expresa de los motivos que llevaron a la decisión, de las circunstancias y el contexto en que se produjo el retiro era claro que ellos eran claramente conocidos por el servidor desvinculado, y que él tuvo oportunidad real de defenderse ante la Junta, en relación concreta con los motivos que originaron la desvinculación. Ciertamente, existen en el expediente pruebas que demuestran que él sí conocía los motivos de la decisión administrativa, pues en la diligencia de descargos expresamente se refirió “a la fuga que se presentó yo me encontraba prestando servicio de terrazas” (sic), es decir al hecho de la fuga masiva acaecida días antes de la citación ante la Junta, que constituyó el motivo del retiro del servicio. Así pues, tanto de sus palabras, como de las circunstancias que rodearon la toma de la decisión, es dable decir que la razón del despido era suficientemente conocida. Este hecho permite a la Sala reiterar la jurisprudencia sentada en la Sentencia T-012 de 2003, conforme a la cual los motivos de la desvinculación en principio deben señalarse en el acto administrativo de retiro del servicio producido por razones de inconveniencia, acompañando esta postura jurisprudencial con la doctrina sentada por la Corte en sede de constitucionalidad, según la cual el derecho al debido proceso de los servidores del INPEC retirados por razones de inconveniencia queda suficientemente satisfecho cuando tienen una oportunidad real de defenderse ante la Junta de la Carrera Penitenciaria, sobre la base del conocimiento de los motivos de la decisión, y si la decisión final de retiro cuenta con el aval de dicha Junta.

Sin duda, habiendo el actor aceptado durante la diligencia de descargos que conocía las razones de la citación ante la Junta Asesora, mal puede ahora alegar lo contrario, afirmando no haber sabido los motivos del acto administrativo que dispuso su retiro, e imputando a la Sentencia que ataca el no haber accedido a la solicitud de nulidad con base en tan discutible falta de conocimiento.

En suma, para la Sala no queda duda de que en la presente oportunidad la desvinculación del servicio respetó el derecho al debido proceso del servidor del INPEC aquí demandante, según

la interpretación del alcance constitucional de tal derecho fijada por esta Corporación en la Sentencia C-108 de 1995. Así mismo, para la Sala es claro que la Sentencia demandada mediante la presente acción de tutela estuvo atenta a verificar el respeto de tal derecho, pues constató que el actor hubiera tenido oportunidad real de ejercer el derecho de defensa ante la Junta de la Carrera Penitenciaria del INPEC, y que el retiro no se hubiera producido sin el concepto favorable de dicha Junta.

Ahora bien, la Sala pone de presente que la Sentencia acusada de constituir vía de hecho en la acción de tutela que fue resuelta mediante la Sentencia T-012 de 2003 difiere por su naturaleza de la providencia que se cuestiona dentro del presente proceso. En efecto, en aquella oportunidad la Sentencia enjuiciada había sido expedida dentro del una acción de reintegro, que había estudiado prevalentemente si el funcionario desvinculado contaba con garantía foral que exigiera obtener previamente autorización judicial para proceder la retiro, y sí existían suficientes pruebas que demostraran la participación del empleado en el cese ilegal de actividades. Por el contrario, en la presente ocasión la providencia contra la que se dirige la presente acción de tutela es una sentencia que examina exclusivamente la legalidad de un acto administrativo de despido.

- Finalmente, la Sala no desconoce que estando el presente expediente en trámite ante la Corte Constitucional, fue expedida la reciente Sentencia T-1023 de 200641, en la que la Sala Cuarta de Revisión estudió las acciones de tutela acumuladas presentadas por varios funcionarios inscritos en la carrera penitenciaria que habían sido retirados del servicio por razones de inconveniencia, y que habían demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa las respectivas resoluciones de desvinculación. En este pronunciamiento, la Sala Cuarta estimó que para aplicar la facultad prevista en el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 era necesario garantizar el derecho de defensa del servidor público que fuera a ser retirado, lo cual exigía ponerlo en conocimiento del contenido de la solicitud de retiro formulada por el superior, contenido que correspondía “a los motivos que originan la solicitud de retiro, que se constituyen a su vez en los cargos o razones de la inconveniencia, respecto de los cuales el compareciente debe ser “oído en descargos”<sup>42</sup>. Exigió también este fallo que los motivos del retiro fueran expresos en la respectiva resolución de desvinculación.

En el presente caso, la Sentencia T-1023 de 2006 no impedía a la Sección Segunda

Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado optar por la interpretación que acogió, relativa al derecho de defensa de los funcionarios del INPEC retirados del servicio por razones de inconveniencia; lo anterior por la potísima razón de que para la fecha en que dicho Tribunal profirió la sentencia enjuiciada (2 de febrero de 2006), la Sentencia T-1023 de 2006 proferida por la Sala Cuarta de Decisión no había sido expedida.

Adicionalmente, la Sala reitera que la interpretación jurisprudencial del derecho de defensa de los funcionarios del INPEC retirados por razones de inconveniencia acogida por la Sección Segunda Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es una exégesis plausible de dicho derecho, que como se ha explicado en la presente providencia no irrespeta lo decidido por esta Corporación en la Sentencia C-108 de 199543. En tal virtud, no puede considerarse que tal Sentencia del Consejo de Estado constituya una flagrante vía de hecho, en el sentido en que dicha expresión fue entendida por la jurisprudencia de esta Corporación, es decir como una “violación flagrante y grosera de la Constitución” que determine la procedibilidad de la acción de tutela.

Ciertamente, el Consejo de Estado se cercioró de que se cumplieran los requisitos mínimos que aseguran la eficacia del derecho de defensa de los mencionados funcionarios del INPEC llamados a ser retirados por razones de inconveniencia: en efecto, verificó que dentro del carácter flexible de dicho proceso de desvinculación, que no equivale a un proceso disciplinario, hubiera mediado una oportunidad real de ejercer el derecho de defensa ante la Junta de la Carrera Penitenciaria, y que existiera un conocimiento previo de los motivos de la desvinculación, sin que esto implicara la necesidad de adelantar una investigación previa de tipo formal.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Segundo: Levantar los términos que fueron suspendidos mediante auto de veintiséis (26) de enero de 2007.

Tercero: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T-118 DE 2007

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No comparto la procedencia de ésta, por más que se quiera discrepar de la motivación, por resultar contraria a los fundamentos de la acción y a la cosa juzgada constitucional (Aclaración de voto)

Como he insistido, enfatiqué en la respectiva sesión de la Sala de Revisión y seguiré recabando, no comparto la procedencia de la tutela contra providencias razonadas - por más que se quiera discrepar de la motivación -, por ser contrario a los fundamentos de esta formidable acción, al igual que a la cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.). Remitiéndome a lo expresado en salvedades anteriores y para no alargar ésta, sólo agregaré el reconocimiento a la visión que tuvo el legislador especial al expedir al Decreto 2591 de 1991 y en su artículo 40 estatuir que la tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas, pero esta norma fue declarada inexecutable

mediante la citada sentencia C-543 de 1992, precisamente por la categórica determinación de no permitirse la tutela contra decisiones judiciales que pongan fin al proceso, decisión que considero fue inconstitucionalmente desconocida (art. 243 Const.) por la sentencia C-590 de 2005, aunque en ésta se trate de demostrar lo contrario.

Referencia: Expediente T-1450847, acción de tutela incoada por Martín Barreto Tao, contra el Tribunal Administrativo del Meta y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Con el acostumbrado respeto, me he apartado de lo expresado en los numerales 3, 6.1, 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.1.5, 7.2.6 y 7.3 de la parte considerativa del fallo proferido por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, que integro con los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, por las consideraciones que a continuación expongo de manera muy sucinta.

La Sala Quinta de la Corte Constitucional mayoritariamente entendió, conforme a la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, que la tutela de la referencia cumple los requisitos generales y específicos de procedencia, enumerados en dicha providencia, los cuales, en mi opinión, constituyen un excelente catálogo de enfoques para encauzar una impugnación, mas no resulta válido para posibilitar la acción constitucional de amparo, de la cual no puede abusarse, como se ha venido haciendo en desmedro de la seguridad jurídica y de la autonomía y desconcentración de la administración de justicia.

De acuerdo a la sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, en la cual expresamente fueron declarados inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que admitían y reglamentaban la acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, determinación que cobró efectos de cosa juzgada constitucional, es contrario a lo estatuido por el artículo 243 de la Constitución que se de curso a tal acción, salvo si se está en presencia de una grosera y flagrante conculcación del ordenamiento jurídico, esto es, de una arbitrariedad camuflada como providencia judicial, lo

cual en el caso objeto de estudio no se observó y por ello fue acertadamente denegada la tutela, pero yo considero que por ser manifiestamente improcedente, ni siquiera ha debido considerarse, menos con tan profundo escrutinio de lo ya realizado por la autoridad judicial competente.

De la misma manera lo observó la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia proferida el 12 de julio de 2006, que declaró improcedente la acción de tutela estimando que “la acción de tutela, por su carácter residual, no podía ser utilizada para reemplazar otras acciones establecidas para la defensa de los derechos fundamentales. Por tal razón, dicha acción no procedía contra providencias judiciales, pues no resultaba admisible que por un procedimiento sumario se invalidaran actuaciones surtidas dentro de procesos diseñados también para garantizar los derechos constitucionales y legales de las partes. Aceptar esa posibilidad significaba un claro quebranto del principio democrático de autonomía e independencia del juzgado.”<sup>44</sup>

Decisión que fue confirmada por la el Consejo de Estado, Sección Quinta en sentencia de agosto 31 de 2006, denotando que “la Corte Constitucional había declarado inexequibles el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. No obstante, la Corte agregó que dicha acción procedía contra actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, pronunciamiento con base en el cual se elaboró la doctrina jurisprudencial de la vía de hecho judicial. Estimó el ad quem que la acción era improcedente ‘puesto que redirige a cuestionar y revocar sentencias...’ agregó que el juez de tutela no podía inmiscuirse en un proceso judicial modificando decisiones adoptadas por el juez de conocimiento, porque se quebrantarían los principios de cosa juzgada y la autonomía e independencia de las autoridades judiciales en la emisión de sus providencias, así como el valor de la seguridad jurídica, fundamento esencial de la organización social<sup>45</sup>”.

Como he insistido, enfatiqué en la respectiva sesión de la Sala de Revisión y seguiré recabando, no comparto la procedencia de la tutela contra providencias razonadas - por más que se quiera discrepar de la motivación -, por ser contrario a los fundamentos de esta formidable acción, al igual que a la cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.).

Remitiéndome a lo expresado en salvedades anteriores y para no alargar ésta, sólo agregaré el reconocimiento a la visión que tuvo el legislador especial al expedir al Decreto 2591 de 1991 y en su artículo 40 estatuir que la tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante la citada sentencia C-543 de 1992, precisamente por la categórica determinación de no permitirse la tutela contra decisiones judiciales que pongan fin al proceso, decisión que considero fue inconstitucionalmente desconocida (art. 243 Const.) por la sentencia C-590 de 2005, aunque en ésta se trate de demostrar lo contrario.

Con lo anterior dejo brevemente expuestas las razones por las cuales, con el mayor respeto, difiero en parte de la motivación del fallo adoptado por la Sala Quinta de Revisión.

Fecha ut supra.

NILSON PINILLA PINILLA

1 La demanda cita la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sub sección B, dentro del expediente 13.018, calendada el 18 de octubre de 1996. copia de esta sentencia, además, se anexa al expediente.

2 La demanda menciona otras sentencias que serían contrarias a la atacada mediante la presente acción, pero en el expediente no reposa copia de las mismas.

3 M.P Manuel José Cepeda Espinosa

4 M.P. Jaime Córdoba Treviño. La Sentencia C-590/05 encontró contraria a la Constitución la expresión “ni acción” incluida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, pues implicaba la exclusión de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

5 Sentencia 173/93.

6 Sentencia T-504/00.

7 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

8 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

9 Sentencia T-658-98

10 Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

11 Sentencia T-522/01

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

13 Sentencia T-1031 de 2001. En este caso se decidió que “(...) el pretermitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (CP. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa.”

14 Sentencia T-949 de 2003. En este caso la Corte decidió que “(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.”

15 Sentencia T-453/05.

16 Sentencia C-590/05

17 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

18 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

19 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

20 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

21 M.P. Hernando Herrera Vergara,

22 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

23 M.P. Jaime Córdoba Treviño. La Sentencia C-590/05 encontró contraria a la Constitución la expresión “ni acción” incluida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, pues implicaba la exclusión de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

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

25 M.P. Jaime Córdoba Treviño. La Sentencia C-590/05 encontró contraria a la Constitución la expresión “ni acción” incluida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, pues implicaba la exclusión de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

26 Sentencia C-590 de 2005.

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

28 Ibidem

29 Sobre este punto el demandante afirma que el consejo de Estado omitió evaluar el certificado de idoneidad en donde constaba que era miembro de la carrera penitenciaria, pues no fue allegado oportunamente al expediente judicial, a pesar de haber solicitado que fuera tenido como prueba, por lo cual se habría vulnerado también el debido proceso, al no evaluar una prueba solicitada por él. De igual manera, dicho tribunal también habría omitido evaluar la Resolución 0061 de 1999, por la cual la junta de Carrera Penitenciaria del INPEC había actualizado el escalafón de Carrera Penitenciaria incluyéndolo a él dentro del mismo. Estas pruebas establecían, dice, que él era un funcionario de carrera, por lo cual no podía ser desvinculado en la forma en que lo fue.

30 Sentencia T-545 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

31 Sentencia C-108 de 1995. M.P

32 Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

33 Sentencia C-525 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

34 Sobre esta posición jurisprudencial puede consultarse la Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En este fallo la Corte Constitucional decidió el caso de una notaria que fue desvinculada mediante acto administrativo sin motivación.

36 Recuérdese, por ejemplo, que en la Sentencia C-368 de 1999, la Corte examinó la constitucionalidad del literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998. Dicha norma establecía que “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.” La Corte declaró la constitucionalidad de la anterior disposición, bajo la condición de que ella solamente se aplicara en relación con funcionarios no uniformados de carrera de esas instituciones, cuyas labores pudieran afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado.”

37 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

38 Se trata de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sub sección B, dentro del expediente 13.018, calendada el 18 de octubre de 1996.

39 Ver Sentencia \_T-683 de 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

40 M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

41 M.P. Jaime Córdoba Triviño

42 Ver Sentencia T-1023 de 2006.

43 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

44 Texto extraído de la sentencia T-118 del 22 de septiembre de 2007, de la cual aclaro el voto.

45 *Ibíd.*