

Sentencia T-188-09

Acción de tutela instaurada por Emir Enrique Alemán Ruíz contra el Director del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ (E), LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Decisión del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico el dos (2) de mayo de dos mil ocho (2008) y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008), en la acción de tutela de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

El señor Emir Enrique Alemán Ruíz, interpuso acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., la cual fue admitida el dieciocho (18) de abril de dos mil ocho (2008) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico.

#### 1. Hechos

La acción de tutela se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.1 El accionante ingresó al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. el veintitrés (23) de octubre de dos mil uno (2001), donde laboró hasta el diez (10) de

agosto de dos mil siete (2007).

1.2 Mediante Resolución N° 0903 de agosto 8 de 2007 fue retirado del servicio por facultad discrecional del nominador, decisión que le fue notificada el 10 de agosto de 2007, cuando desempeñaba el cargo de DETECTIVE GRADO 6 SECCIONAL ATLANTICO AREA DE POLICIA JUDICIAL encontrándose inscrito en el régimen de carrera.

1.3 Al momento de su retiro, el señor ALEMÁN RUÍZ, era objeto de la indagación preliminar N° 302 de 2007, cuya apertura se ordenó mediante el Auto N° 00322754-3 y que según él, le fue notificado el 9 de agosto de 2007, es decir, un día antes de que le fuera notificada la resolución que ordenó su insubsistencia.

1.4 Aclara que la resolución 0903 de agosto 8 de 2007 mediante la cual se le retiró del servicio no fue motivada.

1.5 Ante tal situación el accionante elevó un derecho de petición ante el Director del D.A.S, el cual le fue resuelto mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2007, en el que se reitera el argumento de inconveniencia. Agotada la vía gubernativa por cuanto contra dicho acto no procede recurso alguno, el actor promovió el 7 de diciembre de 2007, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue repartida para su trámite al Juzgado Noveno Administrativo de Barranquilla.

## 2. Solicitud de tutela

Frente a los anteriores hechos, el actor considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, seguridad social, igualdad y trabajo, razón por la cual interpuso ésta acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aduciendo ser casado, padre cabeza de familia, tener dos hijos menores de edad<sup>1</sup> y una esposa que mantener. Alega igualmente tener dificultad para conseguir empleo y no disponer de recursos que le brinden la subsistencia junto a su núcleo familiar, razón por la cual se ha albergado en la casa de sus padres por no tener con qué pagar un arriendo.

Ésta acción de tutela fue interpuesta mientras el Juzgado Noveno Administrativo de Barranquilla decide la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ya iniciada el

pasado 7 de diciembre de 2007.

### 3. Fundamentos de la acción

Cita específicamente las sentencias C-734 de 2000, SU-250 de 1998 y T-064 de 2007, manifestando que la jurisprudencia de la Corte en el sentido relatado es reiterativa.

### 4. Pretensión del demandante

El tutelante solicita el amparo transitorio de los derechos fundamentales que considera violados y pide que se le ordene a la entidad accionada efectuar el reintegro al cargo del cual fue destituido, su vinculación inmediata al sistema de seguridad social en salud, así como el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde que se produjo su desvinculación.

### 5. Intervención de la parte demandada

El Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. contestó la acción de tutela manifestando lo siguiente:

5.1 Que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del detective ALEMÁN RUÍZ, fue debidamente motivado por el nominador, en los términos previstos en la sentencia T-064 de 2007, de la Corte Constitucional cuando dijo: "... los actos que se expidan en ejercicio de dicha facultad, deben expresar los motivos por los cuales la autoridad administrativa ha adoptado dicha decisión..." y que en el acto se expresa "... y por razones de inconveniencia para su permanencia en la institución ...".

5.2 Que la acción de tutela es improcedente porque existe otro medio o instrumento judicial idóneo para contrarrestar la actuación irregular o para revocar la providencia que se considera ilegal o injusta.

5.3 En cuanto a los derechos fundamentales invocados como violados, manifiesta que el tutelante tiene la opción de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para demandar el acto administrativo de insubsistencia y que por ello no hay violación al debido proceso ni al derecho de defensa.

5.4 En cuanto a la motivación del acto acusado, no existe violación de los derechos alegados por la parte accionante con ocasión de la expedición del acto cuestionado por cuanto se trató de una actuación legítima del nominador.

5.5 En cuanto al perjuicio irremediable manifiesta, que el interesado pudo solicitar a la autoridad judicial que se dispusiera el restablecimiento del derecho y que se trató de una actuación legítima del DAS que no tiene la virtualidad de vulnerar derechos constitucionales.

5.6 Que por la naturaleza residual, la acción de tutela resulta improcedente en el presente caso porque el afectado dispone de otro medio de defensa judicial.

## 6. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Dentro del expediente se encuentran como pruebas relevantes las siguientes:

- Folio 10, fotocopia de la Resolución N° 0903 de agosto 8 de 2007
- Folios 16 a 37 Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta ante el Juzgado Noveno Administrativo de Barranquilla.
- Folio 44, fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Emir Enrique Alemán Ruíz.
- Folio 12, Declaración juramentada ante Notario en la que el accionante manifiesta su situación laboral y familiar.
- Folios 13 y 14, fotocopia de los Registros Civiles de Nacimiento de los hijos del demandante.
- Folios 189, fotocopia de Certificación del Coordinador del Grupo de Administración de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. sobre la pertenencia del cargo de detective, al régimen especial de carrera.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Decisión del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, mediante providencia del dos (2) de mayo de dos mil ocho (2008), resolvió tutelar como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales del tutelante.

Consideró el a quo que en el presente caso, la autoridad accionada desconoció la sentencia T-064 de 2007 proferida por la Corte Constitucional, en la que se advierte la necesidad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios, lo cual no pugna con la facultad discrecional del Director del D.A.S. de declarar la insubsistencia en cargos de régimen especial de carrera. Por ello, se advierte la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues el vago argumento esbozado en la resolución no puede tenerse como motivación suficiente. Además, se concluye que en el presente caso está acreditado el perjuicio irremediable al que se encuentra enfrentado el actor y su familia.

Por lo anterior, se ordenó el reintegro del accionante a un cargo de igual o superior categoría y la cancelación de los salarios dejados de percibir desde su desvinculación, mientras que la Jurisdicción Contencioso Administrativa decide sobre las pretensiones de la demanda correspondiente.

## 2. Impugnación del fallo de tutela

El Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. impugnó el fallo de tutela con base en los fundamentos de inexistencia de violación al debido proceso, improcedencia de la suspensión del acto administrativo e inexistencia de un perjuicio irremediable.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008), REVOCÓ el fallo impugnado.

Declaró improcedente la acción de tutela, por no obrar en el plenario ningún soporte de la existencia de un perjuicio irremediable; por no haberse interpuesto la acción de tutela dentro de un plazo razonable, pues la inmediatez es requisito de procedibilidad de la acción y por no haberse demostrado dentro del proceso justificación alguna por el considerable retardo en acudir al juez de tutela.

## 4. Pruebas allegadas a la Corte Constitucional

Mediante oficio del 12 de marzo de 2009, la Secretaría General de la Corte, remitió al despacho del Magistrado Sustanciador, un oficio suscrito por el Secretario del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, en el que certifica que revisados los libros radicadores de dicho despacho se pudo establecer que allí cursa actualmente un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por el señor Emir Enrique Alemán Ruíz contra el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, y que actualmente se está pendiente de la notificación por estado del auto que abre a pruebas.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número doce, mediante auto de doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

#### 1. Problema jurídico

El problema jurídico planteado por la presente acción radica en establecer si la acción de tutela es procedente para solicitar el reintegro del tutelante al cargo del cual fue desvinculado y en caso negativo, determinar si puede ser concedida como mecanismo transitorio por darse la configuración de un perjuicio irremediable.

#### 1. Procedencia de la acción de tutela

La Constitución Política dispone en su artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario diseñado para la protección de los derechos fundamentales, como vía judicial residual y subsidiaria, que garantiza una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuenta con algún otro mecanismo judicial idóneo de protección, o cuando existiendo éste, se deba acudir a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por esta razón, la acción de tutela no puede ser entendida como una instancia judicial apropiada para tramitar y decidir conflictos de orden legal, máxime cuando para este tipo de controversias el legislador ha dispuesto las herramientas, procedimientos y recursos legales pertinentes para ser tramitados ante las autoridades competentes.

“... La Corte Constitucional ha establecido que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos, pues en la medida en que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo mediante el cual se ordena la desvinculación del funcionario respectivo, la acción de tutela resulta improcedente para definir las controversias que estas medidas puedan llegar a suscitar, razón por la cual la posibilidad de acudir a este mecanismo de amparo constitucional para solicitar la protección transitoria de los derechos fundamentales que se estiman conculcados, es excepcional y requiere que previamente se establezca la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que justifique la intervención inmediata del juez de tutela. Lo anterior, además, por cuanto en principio, estos medios de defensa resultan eficaces para la protección de los derechos de los afectados....”

El mecanismo judicial idóneo para obtener el reintegro a un cargo declarado insubsistente es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en consecuencia la acción de tutela resulta, en principio, improcedente para este fin.

Si se afirma que “en principio” la acción de tutela no procede en este tipo de situaciones, es porque, como se verá a continuación, existen excepciones a la solución de estos casos, como el de la existencia de un perjuicio irremediable.

## 1. Existencia de un perjuicio irremediable

Cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio, es preciso demostrar que la misma es necesaria para evitar un perjuicio irremediable, y que según la jurisprudencia de esta Corporación el perjuicio que se pretende evitar debe ser: i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque se requieren medidas urgentes para conjurar el perjuicio irremediable; y iv) por la impostergabilidad de la tutela a fin de garantizar el restablecimiento integral del orden social justo.<sup>2</sup>

El juez de tutela en primera instancia, llevó a cabo el siguiente análisis para discernir si la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio:

“ ... En consecuencia, se impone recordar la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia, encontrando que al respecto se ha dicho que sólo la necesidad de brindar protección urgente e inmediata a determinadas personas, justifica la procedencia de la acción de tutela, mientras se acude a la justicia ordinaria en búsqueda de una solución definitiva. (subrayado fuera de texto)

Así, deben ponderarse los siguientes factores: 1). Edad para ser considerado sujeto de especial protección; 2). Situación física, principalmente de salud; 3). Grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital; 4). Carga de la argumentación o de la prueba de dicha afectación; 5). Actividad procesal mínima desplegada por el interesado....”

Seguidamente, transcribió el siguiente texto de la sentencia T-789 de 2003:

“La verificación de estos requisitos (los referentes a la determinación del perjuicio irremediable) debe ser efectuada por los jueces en forma estricta, por virtud del referido carácter subsidiario de la tutela; no obstante, en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional, esto es, cuando quiera que la

acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

La anterior argumentación le permitió al A quo, llegar a la conclusión que el accionante, “debe ser considerado sujeto especial de protección, como quiera que es casado, padre de familia, tiene dos (2) hijos y una esposa que mantener, su señora no trabaja y le ha sido difícil conseguir un empleo, por lo que en el momento depende de la ayuda de su padre; y teniendo en cuenta que no dispone de otros recursos que le brinden su subsistencia y la de su familia, resulta evidente que, como lo sostiene el actor, al dejar de percibir su salario, él y su familia han sufrido graves perjuicios”.

Es por lo anterior, que el mismo juez tuteló como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales conculcados, ordenando el reintegro del accionante a un cargo de igual o superior categoría al que venía ocupando y la cancelación de los salarios dejados de percibir desde su desvinculación, mientras la Jurisdicción Contencioso Administrativa decidía sobre las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que el afectado había interpuesto.

Siguiendo el hilo conductor de la sentencia invocada por el A quo, se deben analizar los 5 factores descritos que según la misma, son objeto de verificación para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, pues ciertamente de la lectura del referido fallo no se advierte que dicho análisis se hubiere cumplido.

Los requisitos que debieron analizarse son los siguientes:

(1) Edad para ser considerado sujeto de especial protección.

Según la fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante que reposa en el expediente, su fecha de nacimiento, fue el 17 de diciembre de 1978, es decir, cuenta con treinta (30) años de edad. Por lo anterior, no se advierte que deba ser tenido como persona de especial protección en razón a su edad, como si sucede respecto

de los menores de edad y las personas de la tercera edad.

(2) Situación física, principalmente de salud.

En el expediente no se menciona nada, acerca de alguna limitación o afectación de la salud o situación física del señor Alemán Ruíz, motivo por el cual estos se presumen normales. Por el contrario, de los diferentes documentos aportados al expediente se determina que el accionante presentaba una buena forma física y que no presenta ninguna limitación o condición mental que no lo hiciera apto para el servicio en dicha institución.

(3) Grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital.

En cuanto a la afectación de sus derechos fundamentales, es claro que su mínimo vital debió ser afectado, como quiera que dejó de percibir un salario desde el día de su desvinculación y que no devenga ninguna otra clase de ingresos económicos, conforme a lo declarado bajo juramento en notaría.

(4) Carga de la argumentación o de la prueba de dicha afectación.

Como soporte de la afectación de sus derechos, el accionante argumentó sobre su perjuicio, que tiene dos (2) hijos y una esposa que mantener, que su señora no trabaja y le ha sido difícil conseguir un empleo y que depende de la ayuda de su padre; lo anterior lo reafirmó mediante declaración juramentada en notaría y también aportó los registros civiles de nacimiento de sus hijos menores.

Como las anteriores afirmaciones no fueron controvertidas se presumirían ciertas en virtud de lo dicho por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, más no por ello, se puede ubicar al accionante en una situación de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad. El accionante no es un menor de edad, no es una mujer cabeza de familia, no es un anciano, no es miembro de un grupo minoritario ni una persona en situación de pobreza extrema.

(5) Actividad procesal mínima desplegada por el interesado.

En el presente caso, se observa que el actor si ha adelantado la actuación contencioso

administrativa pertinente para estos casos, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda que fue admitida el 7 de diciembre 2007, y que se encuentra en la etapa de pruebas ante el Juzgado Noveno Administrativo de Barranquilla.

De los cinco factores que configuran el perjuicio irremediable, la presunta afectación del mínimo vital por sí sola, no es razón suficiente para conceder la tutela como mecanismo transitorio. De ser así, toda situación de desempleo sería ilegal y daría lugar a una orden de reintegro, mediante la utilización de la tutela como mecanismo transitorio.

Ahora, se debe tener en cuenta que la justicia contencioso-administrativa está conociendo en éste momento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo motivo de la controversia, y aún no se ha determinado si la desvinculación del tutelante fue consecuencia de un acto justificado o injustificado del DAS.

De llegar a establecerse que la decisión de desvinculación del detective constituye un acto justificado de parte del demandado, la afectación de su mínimo vital, tendrá que ser asumida por el mismo, máxime si tenemos en cuenta que su edad, estado de salud y experiencia, le permiten emplearse nuevamente en cualquier otra actividad. Si se establece lo contrario, el derecho supuestamente vulnerado tendría que ser restablecido mediante el reintegro del trabajador a un cargo de categoría igual o superior al que perdió y la cancelación de los salarios dejados de percibir desde su desvinculación.

Estima la Sala que, en cualquiera de los dos casos, la vulneración del mínimo vital actualmente padecida por el accionante, es una situación que no se adecua a los ya reseñados requisitos exigidos por la jurisprudencia, toda vez que en virtud de su edad, forma parte de la población económicamente activa y su experiencia y el apoyo de su familia, constituyen fortalezas para que proceda a conseguir un nuevo empleo.

Teniendo en cuenta lo anterior y teniendo en cuenta que la justicia contencioso-administrativa no ha determinado aún, si el perjuicio ocasionado es injustificado o si se trata de una acción legítima, la presente acción de tutela resulta improcedente por vía de excepción.

Por consiguiente, deberá ser rechazada, como pasará a hacerlo esta Sala, no sin antes recordar al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., que la Corte Constitucional ha fallado diversas tutelas contra ese organismo, en el sentido de hacer que la administración motive sumaria pero suficientemente los actos de desvinculación. Tal sería el caso de la sentencia T-064 de 2007, invocada tanto por el demandante como por el demandado en la presente tutela, cuyos hechos se diferencian de la misma, en que allá no se había interpuesto acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo proferido en ese caso.

Por ello, y en tanto en el presente caso, la justicia contencioso administrativa no se ha pronunciado aún, al juez constitucional le resulta vedado inmiscuirse en la esfera de competencia de la justicia contencioso-administrativa e implicaría una actividad judicial que desbordaría su propia competencia constitucional.

#### 1. Caso concreto

Encuentra la Sala que actualmente cursa en el Juzgado Administrativo de Barranquilla, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por el accionante contra el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, y que este es el mecanismo idóneo para controvertir la legalidad del acto administrativo y de llegar a declararse su nulidad, obtener el restablecimiento del derecho al trabajo.

Igualmente, que no se configuran los elementos de un perjuicio irremediable por la sola situación del desempleo, motivo por el cual, esta Sala de Revisión confirmará la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Decisión del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, el 2 de mayo de 2008, pero por las consideraciones aquí expuestas.

#### IV DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR por las razones expuestas en la presente sentencia, la providencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Decisión del Consejo Seccional de la judicatura del Atlántico el dos (2) de mayo de dos mil ocho (2008),

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrado (E)

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 A folios 13 y 14 del expediente de tutela, obran fotocopias simples de los registros civiles de nacimiento de sus dos hijos Jader Enrique y Andrés Felipe, nacidos en los años 2002 y 2005.

2 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.