

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES ADMINISTRATIVAS-Caso en que funcionario del DAS fue desvinculado después de haber sido sometido a prueba de polígrafo/ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS PUBLICOS INSCRITOS EN REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DEL DAS-Deben ser motivados

Con base en los anteriores postulados constitucionales y legales, y siguiendo las pautas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado señaladas en precedencia, resulta indispensable que ante eventos similares al presente se tenga en cuenta que: (i) el Director del DAS cuenta con la facultad discrecional para declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario inscrito en un cargo de régimen especial de carrera; (ii) no existe norma que consagre de manera expresa que en esos casos el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado; (iii) como quiera que la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación, los actos mediante los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, deben indicar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se adoptó tal decisión; y (iv) la falta de motivación de la decisión de insubsistencia limita y conculca los derechos fundamentales al debido proceso y a la contradicción de los detectives del régimen especial de carrera del DAS

NORMATIVIDAD Y PAUTAS JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL ALCANCE Y LIMITES DE LA RESERVA LEGAL QUE TIENEN LOS INFORMES DE INTELIGENCIA COMO FUNDAMENTO PARA LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE LOS DETECTIVES DEL DAS

Según los anteriores postulados legales y acatando los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado expuestos en precedencia, resulta obligatorio que ante eventos similares al presente se tenga en cuenta que: (i) los informes de inteligencia del DAS son objeto de reserva legal; (ii) dicha reserva es inoponible a quien haya sido declarado insubsistente en virtud de la primacía de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa, y (iii) el DAS debe demostrar ante el juez los fundamentos de su decisión con el fin de que éste valore la proporcionalidad y razonabilidad de la misma

DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE

JUSTICIA, A LA IGUALDAD, Y AL HABEAS DATA-Caso en que se vulneraron estos derechos y se ordena al Tribunal Administrativo dictar una nueva sentencia

Esta Sala de Revisión revocará el fallo único de instancia dictado en diciembre 16 de 2013 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual denegó el amparo solicitado al considerar, igualmente de manera equivocada, que la valoración de los elementos de convicción aportados no fue arbitraria, ni desproporcionada, ni inconstitucional, a diferencia de lo que quedó demostrado en la presente sentencia. En su lugar se tutelarán, no solo los derechos invocados por el actor, sino también su derecho al habeas data, y se dejará sin efecto el fallo proferido en septiembre 17 de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión, que en su momento revocó el dictado en marzo 12 de 2012 por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, en el que se accedió a las pretensiones del actor dentro del proceso ordinario promovido por Idelfonso Gamboa Matiz contra el DAS. Subsiguientemente, se ordenará a la Sala accionada emitir un nuevo fallo para decidir la acción incoada por el actor, en el cual deberá tener en cuenta las consideraciones de la presente providencia

Referencia: expediente T-4.260.377

Acción de tutela instaurada mediante apoderado por Idelfonso Gamboa Matiz, contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión

Procedencia: Consejo de Estado, Sección Cuarta

Magistrado Ponente:

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Bogotá, D. C., julio dos (2) de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Andrés Mutis Vanegas, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo dicha corporación, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En marzo 18 del 2014, la Sala Tercera de Selección lo eligió para revisión.

### I. ANTECEDENTES

Mediante apoderado, Idelfonso Gamboa Matiz promovió acción de tutela en octubre 18 de 2013, contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión, solicitando protección para sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, según los hechos que a continuación son resumidos:

#### A. Hechos y relato contenido en el expediente

1. El actor afirmó que mediante Resolución 3281 de octubre 2 de 1990, fue inscrito en el escalafón del régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad, actualmente en proceso de supresión[1] (en adelante DAS). Señaló que durante su permanencia al servicio de esa entidad nunca fue objeto de sanciones e inhabilidades, por el contrario, realizó sus funciones cumplida y adecuadamente, figurando en su hoja de vida 12 felicitaciones (fs. 2 y 8 cd. inicial).

2. Señaló que mediante memorando de abril 24 de 2009, mientras se desempeñaba en el cargo de Detective Profesional 207-09 del DAS, Seccional Antioquia, fue citado a prueba poligráfica, la cual se efectuó en abril 26 del mismo año en el “Hotel Alejandría” de la ciudad de Medellín, donde por más de dos horas fue sometido a responder preguntas de hechos desconocidos (f. 2 ib.).

3. Indicó que en abril 30 de 2009 fue notificado de la Resolución 0471 de abril 29 del mismo año, con la cual se declaró insubsistente su nombramiento sin contar con la motivación requerida.

4. Informó que mediante oficio 40491 de junio 23 de 2009 de la Oficina Asesora Jurídica del DAS, se le comunicó que la prueba del polígrafo a la que había sido sometido arrojó como resultado “D.I. INDICACIÓN DE ENGAÑO”. Resalta que cuando tuvo conocimiento de este

hecho ya no trabajaba para esa entidad, por lo que no se le permitió controvertir tal efecto antes del retiro del servicio.

5. El actor promovió demanda ordinaria en contra del DAS, la cual fue resuelta mediante sentencia de marzo 12 de 2012 del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, que accedió a las súplicas de la demanda. El referido fallo declaró la nulidad de la resolución antes indicada y a título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro del demandante, al igual que el pago de salarios y demás prestaciones, al encontrar vulnerado el debido proceso y estimar una desviación de poder por parte del DAS (fs. 2 y 3 ib.).

6. El DAS apeló contra tal sentencia, exponiendo que el buen desempeño no da fuero de inamovilidad y que el retiro del actor estuvo motivado por razones de inconveniencia, pues se demostró la existencia de un informe de inteligencia a través de una certificación allegada al proceso (fs. 3 y 4 ib.).

7. Mediante providencia de septiembre 17 de 2013, el aquí accionado Tribunal Administrativo de Antioquia revocó la sentencia recurrida y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda. La Sala competente consideró que el acto de insubsistencia del actor se encontraba motivado, fundándose para ello en la mención de un informe de inteligencia en la certificación que el DAS allegó ante ese despacho, en la que se indicaba que Idelfonso Gamboa Matiz “había incurrido en conductas que generaron tacha de confiabilidad respecto de la confianza requerida”, lo cual habilitaba a dicha corporación judicial a “sostener la presunción de legalidad” de la declaratoria de insubsistencia (f. 4 ib.).

8. En virtud de lo anterior, el actor manifestó que aún antes de instaurar la respectiva acción administrativa, solicitó al DAS copia del mencionado informe de inteligencia, a lo que dicho ente se negó a través de oficio DGIN.SCTR. 38216 de junio 10 de 2009, argumentando que ello no era procedente en razón del amparo de reserva legal de que goza tal documento, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Decreto 643 de 2004. Agregó que dicha restricción también conllevó al desconocimiento de ese informe por parte de los despachos judiciales dentro del asunto ordinario, pues el DAS tampoco lo aportó al proceso y “aún permanece oculto” (f. 5 ib.).

9. Aseveró que el proceder del tribunal aquí accionado constituye una vía de hecho por

defecto fáctico, que vulnera “las elementales reglas del debido proceso, como el derecho de defensa y contradicción”. En tal sentido, señaló que: (i) solo se allegó al proceso una certificación de la existencia de un informe de inteligencia, lo cual no permitía ejercer el derecho de contradicción y tampoco servía de sustento en un juicio estrictamente jurídico como el de la instancia judicial; (ii) se apreció indebidamente la prueba (certificación), al estimar que era suficiente para demostrar las razones de inconveniencia que condujeron al DAS a declarar la insubsistencia, y (iii) se vulneró el principio de publicidad de la prueba, ya que el aludido informe de inteligencia no fue conocido por el actor, ni por el Ministerio Público, ni por los jueces administrativos de instancia (fs. 7 y 8 ib.).

10. De tal manera, el señor Gamboa Matiz demandó amparo a sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, pidiendo que se revoque la sentencia de septiembre 17 de 2013 proferida el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, “se disponga dictar nuevo fallo” conforme a los parámetros jurisprudenciales dados en la materia por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional (f. 23 ib.).

#### B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente

1. Hoja de vida del demandante diligenciada en formato único del Departamento Administrativo de la Función Pública (fs. 4 a 7 cd. anexo 1).

2. Cédula de ciudadanía 79.352.554 de Bogotá, correspondiente a Idelfonso Gamboa Matiz (f. 28 ib.).

3. Acta de posesión 3471 de octubre 3 de 1990, con la cual el actor tomó posesión del cargo Detective Agente Grado 5 del DAS (f. 38 ib.).

4. Resolución 0973 de abril 24 de 1992, mediante la cual el accionante fue inscrito en escalafón del régimen especial de carrera del DAS (f. 136 ib.).

5. Memorando DGIN.SCTR.GESC. 28587 de abril 24 de 2009, con el cual se citó al accionante a valoración poligráfica (f. 50 cd. anexo 2).

6. Resolución 0471 de abril 29 de 2009, por la cual se declaró insubsistente al demandante en el cargo de Detective Profesional 207-09 del DAS (f. 76 ib.).

7. Solicitudes de junio 1 de 2009, mediante las cuales el actor pidió al DAS la expedición de algunos documentos, entre ellos certificaciones referentes a la prueba poligráfica que se le practicó y a la existencia de algún informe de inteligencia y/o contrainteligencia en su contra (fs. 31 a 38 ib.).

8. Reporte poligráfico de junio 8 de 2009, en el cual se consignó “D.I. INDICACIÓN DE ENGAÑO” como resultado de la valoración (f. 51 ib.).

10. Certificación de febrero 15 de 2010, emitida por el Coordinador de Contrainteligencia Interna y el Subdirector de Contrainteligencia del DAS, mediante la cual se indica la existencia de “informe de contrainteligencia reservado como resultado de proceso de verificación de lealtad respecto al señor Idelfonso Gamboa Matiz” (fs. 167 y 168 ib.).

11. Fallo de primera instancia de marzo 12 de 2012, dictado por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, con el cual se accedió a las súplicas de la demanda incoada por el actor contra el DAS (fs. 28 a 39 cd. inicial).

12. Providencia de septiembre 17 de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión de la Subsección Laboral, mediante la cual se revocó la sentencia anteriormente referida (fs. 40 a 50 ib.).

#### C. Actuación procesal y respuesta de los vinculados a esta acción

Mediante auto de octubre 23 de 2013, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la respectiva Sala del accionado Tribunal Administrativo de Antioquia y al DAS como vinculado a la presente acción, para que dentro del término de 2 días siguientes a la respectiva notificación ejercieran su derecho de defensa (fs. 89 y 90 ib.).

#### Respuesta del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral

La Magistrada sustanciadora de la providencia judicial discutida presentó escrito en noviembre 20 de 2013, solicitando no amparar los derechos fundamentales invocados por el actor, al estimar que sus derechos no fueron conculcados, ya que se procedió bajo el estricto cumplimiento de la normatividad vigente y además atendiendo las pautas dadas

por la jurisprudencia en la materia, circunstancias que no dan lugar a una vía de hecho (fs. 94 y 100 ib.).

Principalmente expuso que en el expediente se encontró el certificado sobre el informe de inteligencia en contra del actor, el cual establecía que había incurrido en conductas que generaron tacha de confiabilidad frente a lo requerido para su cargo, razones que también fueron conocidas por el nominador al momento de evaluar la conveniencia de su permanencia. Aclaró que dicha certificación fue allegada por el DAS “antes de que el proceso entrara a despacho para fallo”, quedando a disposición de los sujetos procesales para tacharlo de falsedad o controvertirlo, por lo cual consideró judicialmente demostradas las razones que motivaron el retiro del servicio del actor, lo que la habilitó “para sostener la presunción de legalidad del acto acusado”, fundándose para ello en una sentencia de la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado[2] (fs. 96 y 97 ib.).

#### Respuesta del DAS en proceso de supresión

La Jefe de la Oficina Jurídica de dicho Departamento presentó escrito en noviembre 21 de 2013, exponiendo algunos argumentos de improcedencia de la presente acción de tutela (fs. 101 a 121 ib.).

En síntesis, se refirió a la insatisfacción de la subsidiariedad como requisito general de procedencia de la acción de tutela, al estimar que el actor contaba con el recurso extraordinario de revisión y sin embargo no lo empleó. Adicionalmente, señaló que la providencia aquí cuestionada no constituye una vía de hecho, pues no fue proferida de manera arbitraria y además tampoco ostenta defecto alguno en tratándose de los presupuestos específicos de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales.

#### D. Sentencia única de instancia

En fallo de diciembre 16 de 2013 que no fue impugnado, la Sección Cuarta del Consejo de Estado estimó cumplidos todos los requisitos generales de procedencia de la acción, pero denegó el amparo pedido dentro de la misma, al no encontrar configurados los defectos alegados por el actor (fs. 130 a 138 ib.).

De una parte, consideró que las pruebas obrantes en el proceso ordinario, específicamente

la Resolución 0471 de abril 29 de 2009, el memorando DGIN.SCTR 555559 de junio 16 de 2009, el reporte poligráfico de junio 8 de 2009 y la certificación de febrero 15 de 2010 en la cual se hizo referencia al informe de contrainteligencia, “dan cuenta de la causa por la cual fue desvinculado el actor, en uso de la facultad discrecional”, concluyendo que el acto de insubsistencia se hallaba “sumariamente motivado”, razón por la cual no daba lugar a la declaratoria de nulidad.

De otro lado, concluyó que la valoración de dichos elementos de convicción no fue arbitraria, ni desproporcionada, ni inconstitucional, por el contrario, la decisión judicial se encuentra debidamente fundamentada.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Primera. Competencia

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Segunda. Lo que se analiza

Esta Sala de Revisión debe determinar si el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión vulneró los derechos fundamentales del señor Idelfonso Gamboa Matiz al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, al haber incurrido en presunta vía de hecho por defecto fáctico al dictar el fallo de segunda instancia fechado en septiembre 17 de 2013, mediante el cual revocó el de primera que decidió sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el referido señor adelantó contra el DAS.

Para ello, se abordará el siguiente análisis: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales; (ii) las facultades discrecionales de la Administración y cómo la discrecionalidad no se equipara a la arbitrariedad; (iii) necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación de funcionarios públicos inscritos en el régimen especial de carrera del DAS proferidos en ejercicio de facultades discrecionales, y (iv) normatividad y pautas jurisprudenciales aplicables respecto del alcance y límites de la



reserva legal que ostenta el informe de inteligencia como fundamento en la declaratoria de insubsistencia de los detectives del DAS. Con estas bases, se analizará y decidirá el caso concreto.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que ponen fin a un proceso. Reiteración de jurisprudencia

A partir de la sentencia C-543 de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo) mediante la cual fueron declarados inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que establecían y reglamentaban la acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, quedó determinado que tal acción solo puede proceder frente a “situaciones de hecho”, entendidas como aquéllas que de manera evidente, grave y grosera contraríen el ordenamiento constitucional, de modo que no pueden en realidad reputarse como verdaderas providencias judiciales, pues sólo son arbitrariedades con apariencia de tales.

En la mencionada sentencia se explicó que “la acción de tutela no es (...) un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales”.

En consecuencia, según lo expresó esta Corte, “... cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía.”

Años después, como resultado de la evolución jurisprudencial vivida a partir de lo planteado

en ese trascendental fallo, en la sentencia C- 590 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) la Sala Plena de este tribunal sintetizó su más reciente postura sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso. En esta decisión se reiteró el carácter sumamente excepcional de esa posibilidad, y se recordaron las más importantes razones constitucionales que conducen en tal dirección. En esta línea, la referida sentencia señaló:

“...como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales y esto por varios motivos. Entre ellos, en primer lugar, el hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.

En cuanto a lo primero, no puede desconocerse que la administración de justicia, en general, es una instancia estatal de aplicación del derecho, que en cumplimiento de su rol debe atenerse a la Constitución y a la ley y que todo su obrar debe dirigirse, entre otras cosas, a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, incluidos, obviamente, los derechos fundamentales. Si esto es así, lo obvio es que las sentencias judiciales se asuman como supuestos específicos de aplicación del derecho y que se reconozca su legitimidad en tanto ámbitos de realización de fines estatales y, en particular, de la garantía de los derechos constitucionales.

En cuanto a lo segundo, no debe perderse de vista que el derecho, desde la modernidad política, es la alternativa de legitimación del poder público y que tal carácter se mantiene a condición de que resulte un instrumento idóneo para decidir, de manera definitiva, las controversias que lleguen a suscitarse pues sólo de esa forma es posible definir el alcance de los derechos y crear las condiciones necesarias para su adecuado disfrute. De allí el valor de cosa juzgada de que se rodean las sentencias judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad inherentes a tales pronunciamientos, pues de no ser así, esto es, de generarse una situación de permanente incertidumbre en cuanto a la forma como se han de decidir las controversias, nadie sabría el alcance de sus derechos y de sus obligaciones

correlativas y todos los conflictos serían susceptibles de dilatarse indefinidamente. Es decir, el cuestionamiento de la validez de cualquier sentencia judicial resquebrajaría el principio de seguridad jurídica y desnudaría la insuficiencia del derecho como instrumento de civilidad.

Y en cuanto a lo tercero, no debe olvidarse que una cara conquista de las democracias contemporáneas viene dada por la autonomía e independencia de sus jueces. Estas aseguran que la capacidad racionalizadora del derecho se despliegue a partir de las normas de derecho positivo y no de injerencias de otros jueces y tribunales o de otros ámbitos del poder público. De allí que la sujeción del juez a la ley constituya una garantía para los asociados, pues estos saben, gracias a ello, que sus derechos y deberes serán definidos a partir de la sola consideración de la ley y no por razones políticas o de conveniencia.

22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

23. En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto”.

Al mismo tiempo, esta decisión pretendió oficializar el abandono o la superación de la noción de vía de hecho como referente de las situaciones que en estos casos pueden dar lugar a la excepcional prosperidad del amparo y su reemplazo por otros conceptos tales como los “requisitos generales de procedencia” y las “causales generales de

procedibilidad”, siendo catalogados los primeros de la siguiente manera:

“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[3]. 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[4]. 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[5]. 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[6]. 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[7]. 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[8]. 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.”

Adicionalmente se indicó que, “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”, siendo agrupadas de la siguiente forma:

“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[9] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. 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.

f. 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.

g. 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[10].

h. Violación directa de la Constitución.”

Recapitulando esos desarrollos jurisprudenciales, merece también especial atención el criterio de esta Corte en cuanto a la labor específica del juez de tutela, en punto a que no puede desconocer “los conceptos y principios de autonomía, independencia de los jueces, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica y vigencia del Estado social de derecho”[11].

Es entonces desde las rigurosas perspectivas expuestas en precedencia, en las que además converge el deber impostergable de ofrecer amparo efectivo a los derechos fundamentales y el compromiso de acatar los principios que han sido enunciados, que el juez debe avocar el análisis cuando se argumente por quienes acudieron a un proceso judicial la presunta violación de garantías fundamentales, como resultado de las providencias entonces proferidas.

Cuarta. Facultades discrecionales de la administración. La discrecionalidad no es equiparable a la arbitrariedad. Reiteración de jurisprudencia

4.1. Esta corporación ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de

facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas[12].

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo[13] según el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Así, es claro que las facultades discrecionales de la administración no son absolutas, pues están limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

4.2. En efecto, desde el año 1975 el Consejo de Estado había señalado que en un Estado de derecho la discrecionalidad absoluta resulta incompatible con la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad por las decisiones que adopta. En esa oportunidad, esa corporación señaló (no está en negrilla en el texto original):

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. (...) Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es,

que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está"[14].

4.3. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, al efectuar el juicio de constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, mediante el cual se estableció la posibilidad de declarar insubsistente el nombramiento hecho a una persona en un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto correspondiente, estableció:

"(...) 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."[15]

4.4. Así las cosas, según se desprende de lo anteriormente expuesto, lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera.



En efecto, en la ya citada sentencia C-525 de 1995 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) esta corporación señaló (no está en negrilla en el texto original):

“Encontramos, pues, 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.”

4.5. En conclusión, la discrecionalidad con la que cuenta la administración en determinados eventos no puede en manera alguna confundirse con arbitrariedad, pues dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que le dan fundamento a la misma. En la misma línea, es claro que la decisión adoptada por la administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas.

Quinta. Los actos administrativos de desvinculación de funcionarios públicos inscritos en el régimen especial de carrera del DAS, proferidos en ejercicio de facultades discrecionales, deben ser motivados

5.1. Según el artículo 209 de la Constitución, la función pública se desarrolla con fundamento en el principio de publicidad, entre otros. Por su parte, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo aplicable[16] dispone que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria, cuando afectan a particulares.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reiterado la importancia de la motivación de los actos administrativos para que los destinatarios de éstos puedan conocer las razones de la administración cuando resultan afectados sus intereses[17]. Ha sostenido que, por regla

general, los actos administrativos deben expresar los motivos o causas que los sustentan, puesto que de esa forma se le da una información al juez que ejerce el control jurídico de esos actos, verificando si se ajustan al orden jurídico y si corresponden a los fines precisados en él[18]. Pero la Corte también ha señalado que ese deber general de motivar los actos administrativos tiene las excepciones consagradas expresamente en la ley. Sobre este aspecto, en sentencia C-371 de mayo 26 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo)[19] expresó (no está en negrilla en el texto original):

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...) 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”.

Esta Corte ha aclarado que, aún en esos casos legalmente exceptivos, como la desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, según lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, se hace necesario que la autoridad administrativa haga constar en la respectiva hoja de vida los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, evitando así la arbitrariedad en esas

decisiones[20].

5.2. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 43 de 1988, el Presidente de la República dictó los Decretos 2146 de 1989 “Por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad” y 2147 de 1989 “Por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”.

El primer Decreto en su artículo 2º prevé que “Los empleos en el Departamento Administrativo de Seguridad, según su naturaleza y la forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción, de régimen ordinario y de régimen especial de carrera”. Por su parte el artículo 4º de la misma norma establece que, “Son de régimen ordinario de carrera los empleos no señalados como de libre nombramiento y remoción, y de régimen especial de carrera los de Detective en sus diferentes grados”.

A su turno, el segundo de estos decretos estipula en su artículo 66 que la desvinculación de los funcionarios que hacen parte del régimen especial de carrera solamente procede por las siguientes razones (no está en negrilla en el texto original): “a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio, y b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario.”

5.3. Mediante sentencia C-048 de febrero 6 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara) esta corporación declaró la exequibilidad del literal b) del artículo precitado, bajo la consideración de que la facultad discrecional con la que cuenta el Director del DAS para declarar la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios en cargos de régimen especial de carrera encuentra fundamento en la especial naturaleza de las funciones que ejercen y en las atribuciones a ellos otorgadas. Sin embargo, tal y como sólidamente lo ha establecido la Corte Constitucional en asuntos similares al presente objeto de análisis, ello no significa que el acto de desvinculación en estos casos no deba ser motivado, pues esta clase de actos constituyen una excepción frente al principio general de la motivación de los actos administrativos y por lo tanto deben ser expresamente establecidas por el legislador[21].

Ahora bien, en sentencia C-112 de febrero 25 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) mediante

la cual se fijó el alcance y ámbito de aplicación del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989[22] que consagra la denominada “insubsistencia discrecional”, la Corte señaló:

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

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

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

En consecuencia, ha de entenderse que el inciso acusado alude a los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción. Siendo así no encuentra la Corte que se vulnere la Constitución, pues la estabilidad ‘entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo’, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, ‘pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder’[23]”.

De lo anterior se concluye que no existe norma que consagre de manera expresa que en la declaración de insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, el Director del DAS no tenga que motivar el acto administrativo correspondiente, pues tal y como se dijo en el fallo anteriormente citado, el inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 que dispone la facultad de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un empleado del DAS, sin motivar la providencia respectiva, solamente es aplicable a los funcionarios que ejercen cargos de

libre nombramiento y remoción de dicho Departamento[24].

5.4. Aplicando la misma postura jurisprudencial que la Corte Constitucional ha consolidado respecto del deber de la administración de motivar los actos administrativos con los cuales se declara insubsistente el nombramiento de un empleado en un cargo de régimen especial de carrera del DAS, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en reiteradas oportunidades ha resuelto casos similares al que ahora es objeto de estudio, en los cuales también señaló que ante la inexistencia de los motivos o razones que condujeron a tal declaratoria, dicho acto rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirvieron de fundamento y por ende configura un desvío de poder.

En uno de tales pronunciamientos, dictado en abril 17 de 2008, C. P. Alfonso Vargas Rincón (Rad. 25000232500020001841601, Exp. 8982-2005), ese alto tribunal expuso (no está en negrilla en el texto original):

“Examinada en su conjunto la documental reseñada, se pone en evidencia que no fueron razones del buen servicio, las que llevaron al nominador a retirar al demandante.

Lo anterior, por cuanto no encuentra la Sala justificación de ninguna naturaleza con la cual se explique que un funcionario de las calidades anotadas, pueda ser retirado por conveniencia institucional, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia y no obra en el proceso, prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera observado alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución.

En esas condiciones el ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna justificación, pues si bien es cierto el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar orientada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder. No puede perderse de vista que por disposición del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser proporcional tanto a los fines de la norma como a los hechos que le sirven de causa. En otras palabras, el desvío de poder es evidente.”

“En este orden de ideas, tenemos que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa y atendiendo a que las excepciones a esa regla son de carácter taxativo, no existe razón suficiente para no motivar los actos a través de los cuales el Director del D.A.S declara la insubsistencia del nombramiento de un cargo de régimen especial de carrera en ejercicio de la facultad discrecional.

Sin embargo, la Sala recalca que la exigencia de la motivación del acto en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del D.A.S al momento de la declaración de la insubsistencia, siempre y cuando exponga las razones o motivos que lo llevaron a la declaratoria de insubsistencia.

En consecuencia, es imperativo conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto administrativo o como mínimo en sede judicial[25], de ahí la obligación de indicarle, y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, conforme a lo expuesto anteriormente.

Como quiera que bajo estas consideraciones la entidad demandada se encontraba obligada a motivar el acto o a dar a conocer en sede judicial los motivos de la decisión adoptada, en este caso se comporta una vulneración de las garantías mínimas, ya que las razones para la desvinculación se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si éstas se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del C.C.A, y a los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional.

Finalmente, resalta la Sala la importancia de exigir que se motive el acto de insubsistencia como garantía de estabilidad al sistema de carrera de los detectives del D.A.S que a pesar de ser especial, deberá gozar de este mismo beneficio, y no caer en el extremo de darle un trato igualitario con los empleados de libre nombramiento y remoción, en atención a un juicio en equidad.”

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, decantada por el más alto tribunal en la materia, se encuentran, entre otros, dos fallos de febrero 10 de 2011, en ambos C. P. Alfonso Vargas Rincón (Rads. 25000-23-25-000-2003-00199-01 y 25000-23-25-000-2003-08196-02, Exps. 2737-08 y 1420-09), mayo 2 y 5 de 2011, en

ambos C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (Rads. 25000-23-25-000-2000-03140-02 y 19001-23-31-000-2002-01596-01, Exps. 1984-09 y 1637-09, respectivamente), marzo 1º de 2012, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Rad. 19001-23-31-000-2003-00004-01, Exp. 0027-10), y diciembre 6 de 2012, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Rad. 08001-23-31-000-2005-03924-01, Exp. 1435-12). Tales asuntos fueron resueltos a favor de varios exdetectives del DAS, indicando que la falta de motivación de la decisión de insubsistencia limita los derechos al debido proceso y a la contradicción. Para mayor ilustración, en el último fallo antes enunciado esa corporación concluyó (no está en negrilla en el texto original):

“En otras palabras, la falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el debido proceso y el derecho de contradicción del demandante en vía judicial, y si bien es cierto la atribución otorgada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es que, al momento del estudio de un proceso judicial deben ser revelados, pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.

Bajo el anterior marco, concluye la Sala que en el sub-lite, no existen argumentos que justifiquen el ejercicio de la potestad discrecional, pues no se explicaron las razones por las cuales se decidió retirar del servicio al actor.

Por el contrario, en el expediente obran varias calificaciones satisfactorias y diversas felicitaciones, así como reconocimientos, en relación con el desempeño laboral del demandante[26]. Inclusive, al plenario se allegó un documento, mediante el cual, el Coordinador Grupo Administración de Personal del D.A.S., se dirigió ante el Director General de Inteligencia en los siguientes términos (fl. 415): “Con el fin de atender Derecho de Petición, relacionado con el exfuncionario URIEL GÓMEZ GRISALES identificado con cédula de ciudadanía No. 10.004.622 de Pereira, comedidamente le solicitamos ordene a quien corresponda expedir certificación de si existen informes de inteligencia, internos o externos en contra del citado. Lo anterior debido a que en su hoja de vida no figura documento alguno relacionado con dicha solicitud.”.

En torno a este aspecto, se precisa resaltar que la entidad accionada al descorrer el traslado para alegar de conclusión ante la primera instancia, refirió que el despido del accionante obedeció a un informe reservado que había recomendado su retiro por motivos de inconveniencia. Sin embargo, ello nunca constituyó un argumento de defensa al sustentar el escrito de contestación de la demanda, ni en el expediente obra el aludido informe u otro soporte que, de forma clara y expresa, indique el motivo concreto sobre el cual se edifica la mencionada inconveniencia, y mucho menos que sobre éste el afectado hubiere podido ejercer sus derechos de contradicción, audiencia y defensa.”

5.5. De esta manera, con base en los anteriores postulados constitucionales y legales, y siguiendo las pautas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado señaladas en precedencia, resulta indispensable que ante eventos similares al presente se tenga en cuenta que: (i) el Director del DAS cuenta con la facultad discrecional para declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario inscrito en un cargo de régimen especial de carrera; (ii) no existe norma que consagre de manera expresa que en esos casos el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado; (iii) como quiera que la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación, los actos mediante los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, deben indicar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se adoptó tal decisión; y (iv) la falta de motivación de la decisión de insubsistencia limita y conculca los derechos fundamentales al debido proceso y a la contradicción de los detectives del régimen especial de carrera del DAS.

6.1. El Decreto 643 de marzo 2 de 2004[27] en su artículo 45 indica que en razón de la naturaleza de las funciones que cumple el DAS en la salvaguarda de la seguridad nacional, los informes, documentos, mensajes, grabaciones, fotografías y material clasificado de dicho Departamento tienen carácter secreto o reservado. Por lo tanto, no es posible compulsar copias ni duplicados, ni suministrar datos relacionados con ellos.

6.2. En concordancia con lo anterior, el Decreto 4057 de octubre 31 de 2011[28], en su artículo 24 señaló que (no está en negrilla en el texto original) “La custodia y conservación de los archivos que contienen la información de inteligencia del Departamento



Administrativo de Seguridad (DAS), continuarán a cargo del DAS en supresión. La Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de su función preventiva, vigilará el proceso de custodia, consulta y depuración de los datos y archivos de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en supresión.”

Igualmente, el párrafo del precepto anteriormente citado prevé que “El acceso y consulta de la documentación de los archivos de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en supresión, estará sujeta a la reserva legal en los términos establecidos en la Constitución y la ley. En este sentido, sólo se suministrará información a las autoridades administrativas y judiciales y aquellas entidades que por razones de seguridad y defensa nacional en desarrollo de sus competencias y funciones la requieran o la soliciten. La responsabilidad del uso y manejo de la información suministrada, será exclusiva del ente u organismo al cual se le haya entregado.” (No está en negrilla en el texto original)

6.3. Ascendiendo en el nivel jerárquico legal en la materia, en marzo de 2009 fue expedida la Ley 1288 de ese año[29] con la finalidad de fortalecer el marco normativo que facilite a las entidades que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su mandato constitucional y legal.

En esa medida, la referida ley estatuyó un conjunto de disposiciones que regulan de una manera más precisa el tema de la reserva legal otorgada a los informes de inteligencia respecto de las normas antes mencionadas. Dicho articulado abordó entre otros asuntos especialmente relevantes para el presente caso, la reserva legal (art. 21), el compromiso de reserva (art. 22) y su inoponibilidad (art. 20).

El inciso primero del artículo 21 indica que “Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de 40 años y tendrán carácter de información reservada según el grado de clasificación que les corresponda en cada caso.”

A su vez, el párrafo del mismo precepto establece que el servidor público que decida ampararse en la reserva “para no suministrar una información debe hacerlo motivando por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y fundándola en esta disposición

legal. En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso.”

Por su parte, el segundo de ellos dispone que “Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los usuarios de los productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente y bajo cualquier circunstancia divulguen información o documentos clasificados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. Para garantizar la reserva los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos.”

Y finalmente, la última disposición estatuye que “Los datos de inteligencia y contrainteligencia que reposan en los CPD, al estar amparados por la reserva legal, no podrán hacerse públicos ni serán difundidos a particulares. Sin embargo, no se podrá oponer la reserva legal a los requerimientos de autoridades penales, disciplinarias o fiscales.”

6.4. Ahora bien, no ha sido ajeno para la Corte Constitucional pronunciarse en asuntos de tutela acerca de la reserva legal de los informes de inteligencia del DAS. Así por ejemplo, en sentencia T-928 de 2004 (M. P. Jaime Araújo Rentería) este tribunal resolvió el caso de un estudiante de la Academia Superior de Inteligencia del DAS, quien había sido expulsado por el Director de esa institución fundándose en un informe de inteligencia reservado que daba cuenta de la inconveniencia de su permanencia en dicha academia.

En esa ocasión, la Corte fue enfática al sostener que la reserva legal de ese informe de inteligencia no podía oponérsele al demandante en virtud de su derecho fundamental de defensa, así (no está en negrilla en el texto original):

“En todo caso, si se aceptase que en realidad existe un informe de inteligencia que relaciona al señor Sánchez García,... esta Sala considera necesario aclarar que, en este

evento, la reserva que pudiera cobijar a este documento no podría oponerse al actor, en virtud del derecho fundamental de defensa que a éste último le asiste.

En efecto, aunque en un Estado Democrático es razonable que los organismos de seguridad acopien información sobre las personas y se proteja esa información con el objeto de que estos organismos cumplan la función constitucional que les fue encomendada, no puede perderse de vista que tales facultades deben ejercerse siempre con respeto de los derechos fundamentales de las personas – debido proceso, intimidad, buen nombre, etc. – y consultando los fines constitucionales para las cuales fueron previstas[30]. Entonces, aún cuando el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por el legislador por disposición del artículo 74 de la Constitución Política, como se hizo con relación a la defensa o seguridad nacional[31], el escrutinio judicial sobre la restricción que a la consulta y expedición de copias de documentos públicos hagan las autoridades, no se agota con la simple verificación de que dicha acción se fundamenta en normas jurídicas y que éstas tengan rango de ley[32], sino que además debe examinarse la proporcionalidad de la restricción de cara a los derechos, principios y valores constitucionales que resulten afectados con la medida.

En otras palabras, la confidencialidad de los documentos públicos en un Estado Democrático no puede ser absoluta, como quiera que la regla general es el principio de publicidad en la actuación de las autoridades y la excepción es la reserva; por consiguiente, el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, prima facie, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas.

Bajo estos supuestos, entonces, cuando se desvincula a un servidor de carrera en razón de informes reservados de organismos de inteligencia del Estado, dicha decisión debe adoptarse consultando el debido proceso. Es decir, la misma autoridad administrativa, o disciplinaria en caso de que el retiro sea producto de un procedimiento de esta naturaleza,

debe poner en conocimiento de la persona el informe reservado que en su contra se aduce, a fin de que materialmente pueda defenderse y controvertir lo alegado en su contra...”.

6.5. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en fallo de marzo 3 de 2011, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Rad. 25000-23-25-000-2004-04310-02, Exp. 1530-09), también se ha pronunciado acerca de la discusión aquí planteada, señalando que no obstante que los informes de inteligencia gozan de reserva legal, la administración debe aportar y demostrar ante el juez el fundamento de su decisión con el fin de valorar la proporcionalidad y razonabilidad de la misma. Aquí, esta corporación resolvió el asunto de otra alumna de la Academia Superior de Inteligencia del DAS, quien también fue retirada por el Director luego de ser sometida a la prueba poligráfica y con fundamento en un informe de inteligencia, circunstancias similares a las del caso que dio origen a la presente acción de tutela. En esa oportunidad aseveró (no está en negrilla en el texto original):

“Según la demandada, la Dirección General de Inteligencia del D.A.S. por medio de un informe reservado puede establecer la inconveniencia de la permanencia del alumno en la Academia Superior de Inteligencia y en uso de tal mecanismo soportó la exclusión de la actora, razón que considera suficiente y que esgrime en todos los oficios de respuesta a los requerimientos del Tribunal; sin embargo, se observa que tal informe no fue allegado, no se conoce a ciencia cierta en donde fallo la confiabilidad de Sandra Moya a quien para el ingreso le habían hecho estudios de seguridad.

Si bien los informes de inteligencia están protegidos por reserva legal en la salvaguarda de la Seguridad Nacional, ante el juez la administración debe demostrar y aportar el fundamento de la decisión, para que éste pueda valorar la proporcionalidad de la misma de cara a los derechos del lesionado y a los principios y valores que con tal decisión se pudieran afectar; porque si no la causal invocada queda solamente en el papel y pasa de ser una disposición “discrecional” a una decisión arbitraria. La potestad discrecional se utiliza como una herramienta para el buen funcionamiento de la administración pública que facilita la dinámica de la misma. En cambio la arbitrariedad, es caprichosa, contraria a la ley y a los principios que orientan la función administrativa.”

De igual manera, en providencia de diciembre 6 de 2012, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Rad. 08001-23-31-000-2005-03924-01, Exp. 1435-12) antes referida, el Consejo de

Estado reiteró la tesis que viene aplicando en la materia:

“En efecto, en casos con contornos similares al presente, es decir, cuando se enrostra la existencia de un informe de inteligencia, esta Subsección ha arribado a las siguientes conclusiones[33]:

‘En aplicación de la tesis actual de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se exige que las razones para la declaratoria de insubsistencia deban estar contenidas en la hoja de vida del empleado, en los archivos de la Entidad o en la defensa en sede judicial.

Observa la Sala que el acto acusado fue inmotivado, y si bien es cierto figura una multa impuesta por Resolución No. 002 de octubre 22 de 1999, luego de un proceso disciplinario por no presentarse al servicio de guardia, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS no orientó su defensa a indicar que ésta fue la justificación para la decisión discrecional, sin que pueda ser estudiado el argumento por esta instancia.

Tampoco fueron aportados archivos confidenciales o de inteligencia que adviertan conductas graves e irregulares que atentaran contra la seguridad del Estado y que hubieran sido puestas de presente por parte de la Dirección de Inteligencia a la Comisión de Personal para recomendar la decisión discrecional. Del mismo modo, el D.A.S. no advirtió al momento de la contestación de la demandada los motivos por los cuales resolvió retirar al demandante, sino que simplemente se allanó a explicar la Constitucionalidad de la norma que otorgó la facultad al Director de la entidad y que la Comisión de Personal dispuso recomendar la insubsistencia teniendo en cuenta un Informe que se le presentó de manera verbal.

Para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS las razones que llevaron a tomar la decisión del retiro del demandante están contenidas en el Acta No. 011 de 20 de diciembre de 1999, a través de la cual la Comisión de Personal recomendó el retiro discrecional, empero, la Sala observa que tal documental tan solo tuvo en cuenta un informe verbal presentado por el Director de Inteligencia siendo aprobada por unanimidad la recomendación para la insubsistencia del cargo, sin que obre materialmente una prueba que de certeza sobre las razones que motivaron la decisión o al menos una defensa dentro del sub-lite que así lo indique.

La falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el Debido Proceso y el derecho de Contradicción del demandante dentro del proceso judicial, y si bien es cierto la atribución dada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es, que al momento del estudio de un proceso judicial deben ser revelados pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.”. (Resalta la Sala).”

6.6. En conclusión, según los anteriores postulados legales y acatando los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado expuestos en precedencia, resulta obligatorio que ante eventos similares al presente se tenga en cuenta que: (i) los informes de inteligencia del DAS son objeto de reserva legal; (ii) dicha reserva es inoponible a quien haya sido declarado insubsistente en virtud de la primacía de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa, y (iii) el DAS debe demostrar ante el juez los fundamentos de su decisión con el fin de que éste valore la proporcionalidad y razonabilidad de la misma.

#### Séptima. Análisis del caso concreto

7.1. Mediante apoderado, el señor Idelfonso Gamboa Matiz instauró acción de tutela contra la Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, al estimar que conculcó sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, considerando que incurrió en vía de hecho por defecto factico que vulnera “las elementales reglas del debido proceso, como el derecho de defensa y contradicción”.

En efecto, la parte actora aseveró que (i) solo se allegó al proceso una certificación de la existencia de un informe de inteligencia, lo cual no permitió ejercer el derecho de contradicción y tampoco sirvió de sustento en un juicio estrictamente jurídico como el judicial; (ii) se apreció indebidamente esa prueba (certificación), al estimar que era suficiente para demostrar las razones de inconveniencia que condujeron al DAS a declarar la insubsistencia; y (iii) se vulneró el principio de publicidad de la prueba, ya que el informe de inteligencia no fue conocido por el actor, ni por el Ministerio Público y tampoco por los

jueces comunes de instancia (fs. 7 y 8 cd. inicial).

Desde el otro extremo de la litis y como vinculado a este trámite, el DAS solo se refiere al incumplimiento del criterio de subsidiariedad como requisito general de procedencia de esta acción de tutela, al señalar que el actor contaba con el recurso extraordinario de revisión y no lo empleó. También aduce que la providencia aquí cuestionada no fue proferida de manera arbitraria y tampoco contiene algún defecto encuadrable dentro de los presupuestos específicos de procedencia de la tutela en contra de decisiones judiciales, por lo cual no constituye una vía de hecho.

Por su parte, el accionado Tribunal Administrativo de Antioquia expuso que se encontró certificación del informe de inteligencia en contra del actor, el cual indicaba que había incurrido en conductas que generaron tacha de confiabilidad respecto de la confianza que le era requerida. Aduce que tal documento lo allegó el DAS “antes de que el proceso entrara a despacho para fallo”, quedando a disposición para tacharse de falsedad o controvertirse, por lo cual consideró demostradas en sede judicial las razones que motivaron el retiro del servicio del actor, lo que habilitó “para sostener la presunción de legalidad del acto acusado” (fs. 96 y 97 ib.).

7.2. Previamente, la Sala de Revisión se detendrá para constatar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia, específicamente el de subsidiariedad, pues no se formuló ni existe reparo alguno frente al de inmediatez. Igualmente determinará si concurren en este caso los elementos que de manera excepcional hacen procedente la acción de tutela frente a una decisión judicial como la adoptada por el mencionado Tribunal.

7.2.1. En cuanto a lo primero, la Sala encuentra cumplido el presupuesto de la subsidiariedad, ya que antes de acudir al juez de tutela en pro de la defensa de sus derechos el actor hizo uso de los mecanismos ordinarios disponibles, en desarrollo de lo cual promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el medio de defensa idóneo y eficaz en asuntos donde se discute la presunción de legalidad de los actos de la administración. En esa medida, se agotaron cada una de las instancias que dicho proceso judicial prevé, teniendo como resultado que en la primera de ellas se accedió a las pretensiones de la demanda y en la segunda fue revocado el fallo recurrido, favoreciendo

así los intereses de la parte demandada con la providencia que aquí se cuestiona.

Contrario a lo que en su momento alegó el DAS, la Corte no halla viable la procedencia del recurso extraordinario de revisión frente a la sentencia proferida en sede de segunda instancia, pues así como se sostuvo en el único fallo de instancia de esta tutela, “los argumentos que pone de presente en la acción de tutela no serían procedentes” mediante el referido recurso (f. 134 ib.). Por lo tanto, debe concluirse que el actor no disponía de otro mecanismo judicial distinto a la tutela, circunstancia que hace procedente su uso en el presente caso.

7.2.2. En relación con el examen específico de procedencia, recuérdese que el amparo constitucional emerge de una confrontación de la actuación judicial con el texto superior, para la estricta verificación del cumplimiento, garantía y realidad de los derechos fundamentales. En consecuencia, la cuestión a determinar es si el referido tribunal, en su actuación judicial, incurrió en vía de hecho, por defecto fáctico o por cualquier otra causa, por las razones expuestas en el escrito de la tutela y anteriormente referidas.

Efectivamente en este caso, de manera excepcional, la tutela entraría a proteger estrictos e inexorables postulados constitucionales[34], que emanan de los principios que operan en materia administrativa y laboral, y tienen que ser realizados, específicamente para proteger los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del actor.

7.3. Por consiguiente, y procediendo al estudio de fondo, en principio la Sala de Revisión encuentra que efectivamente el presente asunto se ajusta a las pautas jurisprudenciales expuestas en precedencia, principalmente en lo relativo al hecho de que los actos administrativos de desvinculación de los detectives del DAS inscritos en el régimen especial de carrera de dicho ente y proferidos en ejercicio de facultades discrecionales, deben ser motivados. Lo anterior en virtud del derecho a la igualdad que le asiste al accionante, a partir de que se constató que si bien el Director del DAS contaba con la facultad discrecional para declarar la insubsistencia, también es claro que no existía norma que consagre de manera expresa que en este caso ese acto no debía ser motivado. De otra parte, el DAS tampoco indicó, ni siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales adoptó tal decisión. En consecuencia, esa carencia de motivación de la decisión de insubsistencia



limitó y conculcó los derechos fundamentales al debido proceso y contradicción del actor.

7.3.1. Por ende, en primer término resulta claro que el Tribunal accionado incurrió en vía de hecho, pues sin mediar explicaciones al respecto, desconoció el precedente jurisprudencial que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han decantado sobre la materia.

7.3.2. En segundo lugar y tal como se expuso en la demanda de tutela, también es visible el error por parte de la corporación judicial demandada en lo que al defecto fáctico se refiere. Como acertadamente lo sostuvo la parte actora, el Tribunal valoró inadecuadamente una prueba, esto es la certificación que daba cuenta de la existencia de un informe de inteligencia allegada en sede judicial, pues erradamente estimó que esta era suficiente para demostrar las razones de inconveniencia que condujeron al DAS a declarar la insubsistencia del señor Idelfonso Gamboa Matiz. En otras palabras el despacho judicial accionado dio por probados hechos que carecían de prueba.

Por lo anterior, y sin perjuicio del principio de la autonomía judicial de que goza el mencionado despacho judicial en el ejercicio de sus funciones, también resulta pertinente recordarle que la mera y abstracta indicación de la existencia de un informe de inteligencia en una simple certificación, constancia o cualquier otro documento de similar connotación, con el cual se pretenda justificar el retiro del servicio de un empleado del DAS inscrito en el régimen especial de carrera, no basta como motivación de un acto administrativo de esa índole, como equivocadamente lo estimó. Ello por cuanto, en un juicio estrictamente jurídico como el que se adelanta frente a la decisión de insubsistencia, es necesario al menos que el juez conozca un motivo o una razón pero de manera precisa y detallada para que este realmente efectúe un verdadero juicio de legalidad, determinando si esa razón se ajusta o no a la ley y a la Constitución.

En otras palabras, para que dicho juez haya llegado a la conclusión que arribó, era estrictamente necesario para él conocer cuál o cuáles fueron esas razones de inconveniencia de permanencia de Idelfonso Gamboa Matiz en el DAS, o siendo más precisos, enterarse porqué el mencionado señor había incurrido en conductas que generaron tacha de confiabilidad respecto de la confianza que le era requerida. Por tanto, solo de esa manera podría verificar si tales motivos eran lo suficientemente sólidos y contundentes para

resolver a favor de la presunción de legalidad del acto administrativo y, en consecuencia, revocar el fallo de primera en el cual se había considerado totalmente lo contrario.

De otra parte, la Sala no encuentra razones para concluir que el proceder del Tribunal se enmarque dentro de lo que le correspondía realizar como juez administrativo, pues tampoco se halló algún análisis de razonabilidad y proporcionalidad que dé cuenta de la indispensable confrontación entre el acto declaratorio de insubsistencia y los hechos que sirvieron de sustento para el mismo.

7.4. Ahora bien, en lo que respecta a la debatida reserva legal que respaldaría el también discutido informe de inteligencia y ante la obligatoriedad de las reglas expuestas en precedencia sobre el alcance y límites a prever sobre dicho tema, la Sala considera procedente aplicarlas al asunto objeto de estudio. De allí que concluya que si bien el informe de inteligencia del DAS era objeto de reserva legal, también era claro que dicha reserva era inoponible a Idelfonso Gamboa Matiz en virtud de la primacía de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Finalmente, encuentra también que el DAS debió demostrar ante dichos jueces los fundamentos de su decisión con el fin de que éstos valoraran la proporcionalidad y razonabilidad de la misma, pese a lo cual no lo hizo.

7.4.2. De esta manera, resulta clara la conculcación de los derechos fundamentales del señor Idelfonso Gamboa Matiz por parte del DAS, así como por el Tribunal Administrativo de Antioquia que con su fallo validó tal actuación, pues desde la declaratoria de su retiro como detective de dicho Departamento hasta la fecha, nunca tuvo la posibilidad real y efectiva de contradecir lo decidido en su contra ante el desconocimiento de las razones fundantes del informe de inteligencia objeto de reserva legal. Además, tampoco pudo ejercer la defensa de sus derechos en unas condiciones justas y apropiadas como las que deben operar en los trámites administrativos y judiciales.

De otro lado, en adición a los derechos expresamente invocados por el actor, la Sala encuentra también lesionado su derecho fundamental al hábeas data, pues como ya se dijo, nunca tuvo acceso a la información que daba cuenta de las supuestas razones de insubsistencia contenidas en el informe de inteligencia. Ello por cuanto, como ya se indicó, el DAS impidió al actor conocer datos personales suyos, indefectiblemente involucrados con los resultados del informe que daba cuenta de la investigación que se adelantó en su

contra, los que sin excusa alguna éste debió poder conocer en el momento indicado dentro de dicha actuación, para de esa manera, poder ejercer plenamente los recursos, mecanismos o medios para la defensa de sus derechos.

En este sentido, no debe olvidarse que si bien las autoridades administrativas (para este caso el DAS) gozan de ciertas facultades con el fin de lograr sus cometidos legales y constitucionales, no es menos cierto que el ejercicio de tales objetivos debe efectuarse sin menoscabo de los derechos fundamentales de las personas, más aún si trata de quienes han contribuido por años en la consecución de esas metas, como acontece en el presente asunto. Toda decisión de la administración, sin excepción alguna, debe enmarcarse dentro de los postulados instituidos en un Estado social de Derecho, donde el ser humano es el indiscutible eje central de la sociedad y, por lo tanto, no debe considerarse como un medio para lograr el fin.

7.5. De todo lo expuesto, deviene ostensible la vía de hecho generada por la correspondiente Sala del Tribunal Administrativo de Antioquia, de una parte al desconocer el precedente judicial aplicable en relación con la materia debatida y de otra al incurrir en defecto fáctico al dar por probados hechos que carecían de prueba, al revocar la sentencia dictada por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, mediante la cual acertadamente se había accedido a las súplicas de la demanda, acogiendo lo expuesto en esta providencia.

7.6. Por ende, esta Sala de Revisión revocará el fallo único de instancia dictado en diciembre 16 de 2013 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual denegó el amparo solicitado al considerar, igualmente de manera equivocada, que la valoración de los elementos de convicción aportados no fue arbitraria, ni desproporcionada, ni inconstitucional, a diferencia de lo que quedó demostrado en la presente sentencia.

En su lugar se tutelarán, no solo los derechos invocados por el actor, sino también su derecho al habeas data, y se dejará sin efecto el fallo proferido en septiembre 17 de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión, que en su momento revocó el dictado en marzo 12 de 2012 por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, en el que se accedió a las pretensiones del actor dentro del proceso ordinario promovido por Idelfonso Gamboa Matiz contra el DAS.

Subsiguientemente, se ordenará a la Sala accionada emitir un nuevo fallo para decidir la acción incoada por el actor, en el cual deberá tener en cuenta las consideraciones de la presente providencia.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo único de instancia dictado en diciembre 16 de 2013 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, que denegó la acción de tutela instaurada mediante apoderado por el señor Idelfonso Gamboa Matiz, contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión y el posteriormente vinculado Departamento Administrativo de Seguridad, en proceso de supresión, DAS.

Segundo.- En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y al habeas data de Idelfonso Gamboa Matiz, identificado con cédula de ciudadanía 79.352.554 de Bogotá. En consecuencia DEJAR SIN EFECTOS el fallo dictado en septiembre 17 de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión, que revocó el de carácter estimatoria dictada en marzo 12 de 2012 por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra el Departamento Administrativo de Seguridad, en proceso de supresión, DAS.

Tercero.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Antioquia que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, emita un nuevo fallo para decidir sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Idelfonso Gamboa Matiz contra el Departamento Administrativo de Seguridad, en proceso de supresión (DAS) en el cual deberá tomar en cuenta las consideraciones y conclusiones de esta providencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

[1] Decreto 4057 de octubre 31 de 2011, “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”.

[2] Fallo de abril 17 de 2008, Rad. 25000232500020001841601, Exp. 8982-2005, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

[3] “Sentencia T-173/93.”

[4] “Sentencia T-504/00.”

[5] “Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.”

[6] “Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.”

[7] “Sentencia T-658-98.”

[8] “Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.”

[9] “Sentencia T-522/01.”

[10] “Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.”

[11] Cfr. T-518 de noviembre 15 de 1995 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) citada a su vez en la T-1036 de noviembre 28 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet).

[12] Ver, entre otras, sentencias C-108 de marzo 15 de 1995 y C-525 de noviembre 16 de 1995 (en ambas M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-1173 de noviembre 17 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[13] El texto corresponde al Código adoptado por Decreto 1 de 1984, que es el vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen a esta acción de tutela. La misma regla es recogida bajo el mismo texto por el artículo 44 del Código actualmente vigente, adoptado mediante Ley 1437 de 2011.

[14] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de Octubre 22 de 1975.

[15] Sentencia C-734 de junio 21 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

[16] Decreto 01 de enero 2 de 1984. Una regla semejante, aunque de mayor cobertura se encuentra en el artículo 42 del Código actualmente vigente, contenido en la Ley 1437 de 2011.

[17] Cfr. Sentencias C-734 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-064 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[18] Sentencia SU-250 de mayo 26 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

[19] La Corte declaró exequible las expresiones “al menos en forma sumaria si afecta a particulares”, del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, “en el entendido de que las decisiones que se tomen en materia de derecho de petición, así se motiven tan solo sumariamente, sí deberán resolver el fondo del asunto sometido a consideración y no limitándose la autoridad competente a dar una respuesta formal sobre el trámite o el estado de la solicitud”; y “siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”, del artículo 76 del

mismo código, en el entendido de que “se entiende que alude a determinados actos que el legislador ha declarado que, por su propia naturaleza, no requieren ser motivados según la amplitud de la atribución conferida a la autoridad, si bien advirtiéndole que la referencia legal correspondiente ha de ser expresa, taxativa y de interpretación estricta, y que las posibilidades de no motivación de los actos en que así lo autorice la ley no se confunden con la arbitrariedad de la administración, es decir, que su contenido está expuesto a examen judicial para verificar si son conformes o no a la Carta Política, y si los acompaña la racionalidad que a toda determinación oficial se exige”.

[20] C-734 de 2000 ya citada.

[21] Ver sentencias T-064 de 2007 ya citada, T-829 de 2008 (M. P. Mauricio González Cuervo) y T-205 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[22] “INSUBSISTENCIA DISCRECIONAL. La autoridad nominadora podrá en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional, declarar insubsistente el nombramiento ordinario de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad sin motivar la providencia. Igualmente habrá lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, sin motivar la providencia, en los siguientes casos: a) Cuando exista informe reservado de inteligencia relativo a funcionarios inscritos en el régimen ordinario de carrera; b) Cuando por razones del servicio los funcionarios del régimen especial de carrera deban ser retirados a juicio del Jefe del Departamento, y c) Durante el período de prueba de los funcionarios del régimen especial de carrera. En los casos mencionados se procederá con arreglo a las disposiciones especiales sobre la materia.”

[23] Sentencia C-126 de marzo 27 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

[24] Ver sentencias T-064 de 2007, T-829 de 2008 y T-205 de 2009 ya citadas.

[25] “En el evento de no haber sido conocidas en sede administrativa”.

[26] “Folios 167 a 246, 285, 301 a 317, 319 a 321, 324, 327 a 337, 457, 466 a 492.”

[27] “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones”.

[28] “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”.

[29] Declarada inexecutable mediante sentencia C-913 de noviembre 16 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), pero aplicable al presente caso, pues se encontraba vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos.

[30] “Así Corte Constitucional, sentencias T-444 y T-525 de 1992 y T-066 de 1998.”

[31] “Artículo 12 Ley 57 de 1985.”

[32] “Es decir, que se cumplió con la reserva legal que establece el artículo 74 de la Constitución Política.”

[33] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 2 de mayo de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2000-03140-02 (1984-2009), Actor: José Bernardo Casas Piraquive.”

[34] Cfr. arts. 1º, 2º, 5º, 13, 25, 29, 53, 85, 123 a 125, 209 y 228 Const., entre otros.