

Sentencia T-779/07

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Configuración

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reemplazo de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No se incurrió en vía de hecho

Referencia: expediente T-1620050

Acción de tutela instaurada por Silvestre Gómez García, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección B.

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

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Catalina Botero Marino, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Quinta, por medio del cual fue confirmado el proferido por la Sección Cuarta de esa corporación, dentro de la acción de tutela instaurada por Silvestre Gómez García, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

El expediente arribó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por la secretaría de la referida Sección, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Sexta de Selección de Tutelas de esta corporación eligió el 7 de junio del año en curso, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El actor promovió acción de tutela en octubre 11 de 2006, contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, procurando la protección de sus derechos al debido proceso y a la igualdad, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. El señor Andrés Polo Domínguez asevera haber sido “arrollado” por el vehículo de placas “WRD-028” en un accidente de tránsito que, mediante apoderada judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución N° 02617 de noviembre 22 de 2002 del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, por medio de la cual fue “declarado insubsistente, del cargo de detective profesional 208-10, a pesar de encontrarme inscrito en el Régimen Especial de Carrera”. Refiere haber solicitado la nulidad “del oficio N° 5414 del 05 de diciembre de 2002 mediante el cual se niega la reposición” y de la Resolución N° 0168 de enero 24 de 2003 de la Jefatura del DAS, mediante la cual se revocó la Resolución N° 071 de enero 9 del mismo año, por la que había sido nombrado con “carácter provisional como detective profesional 207-10 de la planta Global Operativa”.

2. Asevera que en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó la demanda, no fue examinada su situación ni sus “pretensiones, los cargos y menos se estudió el material probatorio recopilado, pues no realizó ninguna valoración ni motivación como lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, luego el fallo es anulable”.

3. Con abundante cita de precedentes judiciales sobre la igualdad y la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, manifiesta que una vez notificada la sentencia mediante edicto N° 575 de abril 6 de 2006, su apoderado interpuso apelación, que fue rechazada “por razón a la cuantía”, por lo cual quedó sin posibilidad “de ser revisado el fallo”, situación que dada la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, le “obliga” a interponer la presente acción.

B. La demanda de tutela.

A partir de estos hechos, el accionante solicita que se tutelen los derechos invocados y se

declare “sin efecto” la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y, en consecuencia, se profiera “el fallo que en derecho corresponda, accediendo a las pretensiones de la demanda”.

C. Documentos relevantes allegados en fotocopia.

1. Auto proferido en mayo 12 de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio del cual se negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por esa corporación en octubre 21 de 2005 (fs. 12 a 14 cd. inicial).

2. Sentencia de octubre 21 de 2005 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, negando las peticiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Silvestre Gómez García (fs. 15 a 31 ib.).

3. Aclaración de voto del Magistrado Luis Rafael Vergara Quintero (fs. 32 y 33 ib.).

4. Salvamento de voto del Magistrado César Palomino Cortés (fs. 34 a 36 ib.).

5. Edicto N° 575 de abril 6 de 2006, por medio del cual se notificó la referida sentencia (f. 37 ib.).

6. Alegatos de conclusión radicados en mayo 23 de 2005 por la apoderada del actor, dentro del proceso en cuestión (fs. 38 a 43 ib.).

7. Diligencia de recepción de testimonios de febrero 8 de 2005, dentro del proceso 03-1997 (fs. 44 a 48 ib.).

8. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por la apoderada del señor Silvestre Gómez García en marzo 26 de 2003, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda (fs. 49 a 65 ib.).

9. Resolución N° 02617 de noviembre 22 de 2002, suscrita por el Subdirector del DAS, “por la cual se declara insubsistente un nombramiento” (f. 86 ib.).

10. Comunicación del Subdirector del Talento Humano del DAS de noviembre 22 de 2002, dirigida al señor Silvestre Gómez García, donde es informado sobre la declaración de

insubsistencia del cargo de Detective Profesional 207-10 de la Planta Global del Área Operativa (f. 87 ib.).

11. Comunicación del Coordinador Grupo Administración de Personal del DAS de enero 10 de 2003, dirigida al señor Silvestre Gómez García, donde se le informa su nombramiento en carácter provisional en el cargo de Detective Profesional 207-10 de la Planta Global del Área Operativa, asignado a la Dirección General Operativa (f. 88 ib.).

12. Todo con relación a Silvestre Gómez García, Resolución N° 0071 de enero 9 de 2003 del Director del DAS, “por la cual se hace un nombramiento provisional en el Departamento Administrativo de Seguridad” (f. 89 ib.); Resolución N° 0168 de enero 24 de 2003 del Director del DAS, “por la cual revoca un nombramiento” (f. 90 ib.); y “FOLIO DE VIDA” (fs. 92 y 93 ib.).

14. Evaluaciones de áreas y factores para funcionarios sin personal a cargo, de la Oficina de Recursos Humanos del DAS (fs. 110 a 115 ib.).

15. Certificación expedida en diciembre 17 de 2002 por el Subdirector de Talento Humano del DAS, sobre el tiempo de servicios prestados por el señor Silvestre Gómez García (f. 116 ib.).

16. Resolución N° 2124 de julio 5 de 1990 del Director (e) de Recursos Humanos del DAS, por medio del cual se inscribió a Silvestre Gómez García en el Régimen Especial de Carrera (f. 117 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

La presente acción de tutela fue dirigida en octubre 11 de 2006 al Consejo Superior de la Judicatura, cuya Sala Jurisdiccional Disciplinaria ordenó, el 19 del mismo mes y año, remitirla al Consejo de Estado (fs. 124 a 127).

El Consejero Ponente de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por auto de diciembre 6 de 2006, admitió esta acción de tutela y dispuso comunicar el auto al accionado y al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS “como tercero interesado que puede verse afectado con lo que aquí se decida”, otorgando un término de dos días para contestar (f. 138 ib.).

A. Respuesta del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS, mediante escrito de diciembre 14 de 2006, solicitó el rechazo de la tutela por improcedente, al considerar que el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era la vía judicial para buscar la protección de los derechos que se considera conculcados, siendo desbordado pretender con esta acción obtener una decisión acorde con las pretensiones del accionante que fueron resueltas de forma adversa.

Considera, con amplio sustento doctrinario y jurisprudencial, que en el fallo objeto de la presente acción no se observa violación de los derechos invocados, pues no se dan los presupuestos para que se configure la aludida vía de hecho; por el contrario, estima que el mismo se “encauzó por el procedimiento legalmente establecido para tal efecto, el fallo se produjo con plena observancia del ordenamiento jurídico, no existió defecto sustantivo”, dando lugar a negar las pretensiones de la demanda.

B. Respuesta del magistrado Carlos A. Pinzón Barreto

En escrito de diciembre 18 de 2006, el Magistrado Carlos A. Pinzón Barreto, ponente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, señaló que los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión de negar las pretensiones de la demanda presentada por el señor Silvestre Gómez García, “están ampliamente descritas en la sentencia objeto de inconformidad”, por lo que allegó copia auténtica de la misma (fs. 229 a 250 ib.).

C. Fallo de primera instancia.

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante sentencia de enero 25 de 2007, rechazó por improcedente la solicitud de tutela, argumentando que el artículo 86 de la Constitución Nacional no previó su procedencia contra providencias judiciales, no obstante que mediante sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional desconoció el carácter de cosa juzgada constitucional de la sentencia C-543 de 1992, que declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que sí la consagraba.

D. Impugnación.

El actor impugnó ese fallo, argumentando que del análisis del expediente y de las pruebas

aportadas se desprende la violación de sus derechos fundamentales, como los laborales, y la ausencia de otro mecanismo de defensa.

Refiere que el rechazo de la solicitud de tutela desconoce reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela por vías de hecho, por lo cual solicita “se de traslado a mi petición, bien sea a otra Corte o Sala donde se estudie, se aplique las normas de la Constitución, la jurisprudencia constitucional, y se decida en derecho.”

E. Fallo de segunda instancia.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo de marzo 29 de 2007, confirmó la sentencia objeto de impugnación, ratificando que esta acción constitucional no procede contra providencias judiciales.

La modificación por parte del Juez de tutela de la decisión adoptada por el de conocimiento, quebrantaría “los principios de cosa juzgada y la autonomía e independencia de las autoridades judiciales en la emisión de sus providencias” y valores como la seguridad jurídica fundamento esencial de la organización social.

En escritos dirigidos en mayo 9 de 2007 a algunos Magistrados de esta corporación (fs. 13 a 24 cd. de esta Corte), sobre uno de cuyos párrafos presentó “aclaración” en julio 30 de 2007 (f. 32 ib.), el actor insiste en la violación de sus derechos al debido proceso y a la igualdad, al igual que reitera su desacuerdo con las decisiones adoptadas en las instancias.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos al debido proceso y a la

igualdad invocados por el señor Silvestre Gómez García, le fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, al proferir una sentencia que negó unas pretensiones suyas de nulidad y restablecimiento del derecho, contra decisiones del Departamento Administrativo de Seguridad, en donde trabajaba.

Tercera. Acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso. Supuestos excepcionales de procedibilidad.

Al respecto, esta corporación ha determinado:

“Se comprende, en consecuencia, que 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 definitivo 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. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción. Sobre el tema ha declarado la Corte Constitucional a propósito de casos concretos:

‘Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual

si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal²

Vistas así las cosas, en nuestro sistema pugna con el concepto mismo de esta acción la idea de aplicarla a procesos en trámite o terminados, ya que unos y otros llevan implícitos mecanismos pensados cabalmente para la guarda de los derechos, es decir, constituyen por definición “otros medios de defensa judicial” que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, excluyen por regla general la acción de tutela.”

Debe recordarse que según la jurisprudencia constitucional, si bien es cierto que en virtud de la sentencia de la cual se tomaron los anteriores apartes, C-543 del 1° de octubre de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la acción de tutela contra decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, al estimar precisamente inviable el especial amparo constitucional en actuaciones dentro de la cuales están previstos, al interior del respectivo proceso, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, allí mismo fue contemplada la excepción cuando se estuviere en presencia de “una actuación de hecho”, perpetrada por el propio funcionario judicial.

Desde entonces, paulatinamente fue conformándose la doctrina de la “vía de hecho”, a partir de la cual y de manera muy excepcional, se permite el uso de la acción de tutela para remover aquellas “decisiones” que formal y materialmente contrarían, de manera evidente y grave el ordenamiento constitucional, de modo que no pueden en realidad reputarse como verdaderas providencias judiciales, pues sólo son arbitrariedades con apariencia de tales.³

Una interpretación distinta sobre la viabilidad de control de la actuación de un juez de conocimiento por el juez de tutela, es un exceso de los alcances de esta acción y una afectación de la autonomía, independencia y desconcentración que caracterizan la función pública de administrar justicia (art. 228 Const.).

Esa noción de “vía de hecho” se ha venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte⁴, de manera tal que actualmente se emplea el concepto de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el cual abarca los distintos supuestos en los que, para la mayoría de la Corte, una decisión judicial que implique una vulneración grave de derechos fundamentales puede ser dejada sin efectos mediante un fallo de tutela.

Cuarta. Análisis del caso concreto.

4.1. El señor Silvestre Gómez García pretende con el ejercicio de la acción de tutela que se “declare sin efecto” una sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual fueron negadas las pretensiones que elevó dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra actos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En el escrito de tutela argumentó que la sentencia no consideró la acción incoada, sus pretensiones, las pruebas presentadas ni su situación, ni “realizó ninguna valoración ni motivación como lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, luego el fallo es anulable”.

Sin embargo, encuentra la Sala de Revisión que en la sentencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se estudió la petición de nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente en nombramiento del hoy accionante, para luego proceder al análisis de las demás solicitudes de anulación elevadas en la demanda.

En tal decisión se indicó que, contrario a la carga que compete a quien hace uso de la acción contenciosa subjetiva, el actor, luego de analizar las pruebas recaudadas en el proceso, no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo que le declaró insubsistente, el cual se encuentra amparado en los artículos 128 de la Constitución, 34 del Decreto 2146 de 1989, 2º y 66 del Decreto 2147 del mismo año, norma esta última que fue declarada exequible en la sentencia C-048 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

En cuanto a la solicitud de anulación de los demás actos administrativos, se planteó que el actor limitó su censura al empleo de los mismos cargos esgrimidos contra el acto administrativo que le declaró insubsistente, dejando de lado el acto administrativo demandado y la carga que al interesado le compete sobre los reparos que contra aquellos presenta, y “la jurisdicción no puede entrar a estudiar su nulidad porque no se manifiesta en el desarrollo de la demanda en que forma viola la presunción de legalidad que lo ampara o lo que es lo mismo, ni siquiera plantea el cargo”.

4.2. El accionante también expone que el Tribunal denegó las súplicas de su demanda “sin hacer un análisis del proceso, por cuanto si lo hubiera hecho al menos se hubiera

pronunciado sobre las pruebas allegadas al mismo.” En cuanto a esa aseveración, la Sala de Revisión encuentra que en el fallo aludido, contrario a lo expuesto por el señor Gómez García, fueron valorados los documentos que conforman la hoja de vida del actor durante el tiempo que prestó sus servicios al DAS y los testimonios acopiados durante el trámite procesal, arribando a una conclusión que no era la deseada por el demandante o su apoderada, en cuanto tales elementos probatorios no permitieron desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

4.3. La Corte Constitucional encuentra que en la sentencia atacada, el fallador sí expresó las razones para adoptar la decisión con que culminó el proceso, tal como lo impone el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la sentencia debe ser motivada, analizando i) los hechos en que se funda la controversia, ii) las pruebas, iii) las normas jurídicas pertinentes, iv) los argumentos de las partes y las excepciones, con el objeto de resolver todas las peticiones.

Entonces, no existe la “vía de hecho” sugerida por el actor, pues se trata de la interpretación razonada de normas jurídicas y de la libre apreciación probatoria debidamente sustentada por el juez de conocimiento, a través de lo cual desarrolla su función judicial.

Además, los yerros en la técnica y la argumentación que le competían a la parte actora en sede de la acción contenciosa fueron también motivos para que sus pretensiones no prosperaran, sin que sea posible que en el ejercicio de la acción constitucional de tutela se corrijan falencias que no fueron superadas durante el desarrollo del proceso idóneo para exigir la protección de los derechos alegados.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y ante la improcedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial censurada, se confirmará el fallo proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de marzo 29 de 2007, mediante el cual fue confirmado el adoptado por la Sección Cuarta de esa misma Sala, en enero 25 del mismo año.

IV.- 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.- CONFIRMAR el fallo de marzo 29 de 2007, proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio del cual fue confirmado el de enero 25 del mismo año, de la Sección Cuarta ibídem, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Silvestre Gómez García, contra la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada

CON ACLARACION DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-779 DE 2007

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-A pesar del reemplazo de la

expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad, se da aplicación al primer criterio (Salvamento de voto)

VIA DE HECHO-Limita el margen de competencia del juez constitucional amparando las actuaciones de las autoridades judiciales (Salvamento de voto)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Unico instrumento judicial (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto fáctico por falta de motivación (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto fáctico por cuanto no se tuvo en cuenta el material probatorio y se omitió prueba que evidenciaba desviación de poder (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-1.620.050

Acción de tutela instaurada por Silvestre Gómez García, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda, Subsección B.

Magistrado Ponente

Nilson Pinilla Pinilla

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, presento a continuación los argumentos por los cuales me aparto tanto de las consideraciones generales vertidas en esta providencia como de la decisión finalmente adoptada por la Sala Sexta de Revisión a propósito de la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad del Ciudadano Silvestre Gómez García por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca pues, a mi juicio, de acuerdo a los precedentes establecidos por esta Corporación la solicitud de amparo se encontraba llamada a proceder.

Con el objetivo de adelantar esta exposición se hará referencia, en primer lugar, a la consideración central sobre la cual se apoya la decisión judicial de la cual ahora suscribo el

voto, según la cual la acción de tutela constituye un mecanismo judicial que sólo en eventos “excepcionalísimos” permite corregir las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que ocurran dentro del trámite de un proceso judicial. En segundo término, se llevará a cabo un breve repaso jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que, en casos similares al planteado a la Sala en esta oportunidad, han concluido en el amparo de los derechos fundamentales de los accionantes.

Antes de explicar con algún detenimiento las razones de mi oposición frente al fallo adoptado, es necesario volver sobre el fundamento jurídico empleado por la Sala de Revisión al momento de examinar la procedencia de la pretensión de amparo. Sobre el particular, en la ponencia adoptada se encuentra una sucinta reiteración del precedente establecido por esta Corporación en las sentencias C-543 de 1992 y T-520 de 1992 a propósito de la procedibilidad de la acción de tutela contra este tipo de decisiones judiciales. En tal sentido, con fundamento en estos pronunciamientos, la Sala señaló que la acción consagrada en el artículo 86 del texto constitucional no constituye un mecanismo judicial adecuado para la corrección de las eventuales violaciones de derechos fundamentales que se presenten en el marco de un proceso judicial en la medida en que el ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de instrumentos procesales que deben ser intentados para conjurar tales infracciones, lo cual, en atención al principio de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, pone de presente que éstos se erigen como mecanismos principales de amparo, dejando por esa vía descartada la posibilidad de acudir a tal acción. Sobre el particular, la Sala reiteró el siguiente extracto que corresponde a la sentencia C-543 de 1992: “Se comprende, en consecuencia, que 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”.

A continuación, se encuentra en la sentencia una referencia a la noción de “vía de hecho” que, a juicio de la mayoría de los miembros de la Sala, constituye el parámetro a partir del cual ha de ser establecida la viabilidad de aquellas pretensiones de amparo que se encaminen a cuestionar el sentido de las decisiones vertidas en las providencias judiciales. De acuerdo a tal exposición, sólo en aquellos eventos en los cuales las autoridades judiciales adopten decisiones que “de manera evidente y grave [contraríen] el ordenamiento

constitucional” será atendible la pretensión de amparo. En tal sentido, agrega la ponencia, el parámetro último para establecer su procedencia consiste en examinar el contenido de la providencia censurada para efectos de establecer si ésta, en efecto, constituye una decisión judicial, pues la arbitrariedad y el desafuero eventual en el que aquella incurra no permitirá su reconocimiento con una verdadera “providencia judicial”.

Si bien en la ponencia aprobada se hace alusión nominal al concepto de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en último término ésta no es aplicada y se acoge el criterio de la vía de hecho y con base en éste se examina la solicitud de amparo presentada por el Ciudadano.

Sobre el particular, es necesario advertir que la distinción entre una u otra teoría no supone una discusión meramente académica sino que, al contrario, tal como fue señalado en la aclaración de voto suscrita a la sentencia T-001 de 2007, la adopción de cada una representa una concepción radicalmente diferente de la labor del juez de tutela en su calidad de garante de los derechos fundamentales frente a las actuaciones de las autoridades públicas. En tal sentido, la teoría de la vía de hecho defendida en la ponencia mayoritaria limita de manera excesiva el margen de competencia del juez constitucional y ampara con un manto de intangibilidad las actuaciones de las autoridades judiciales al punto de señalar que sólo aquellas que revistan tal grado de capricho y parcialidad que no puedan ser concebidas como el resultado de la función de administración de justicia pueden ser enmendadas por vía de tutela.

Tal consideración, adicionalmente, hace a un lado la posición jurisprudencial adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional y constituye un cuestionable revés al prolijo desarrollo que se ha dado al concepto de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que, lejos de pretender la erosión de los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial, acomete una verdadera protección de los derechos fundamentales de los Ciudadanos por parte de la totalidad de las diferentes ramas del poder público. Sobre el particular, en sentencia T-147 de 2007, la Corte señaló lo siguiente:

Así pues, las autoridades judiciales están llamadas a fungir como garantes de los derechos fundamentales cuando ante sus despachos se interpongan acciones de tutela y,

adicionalmente, en el desarrollo ordinario de sus labores. En consecuencia, la administración de justicia encargada a los jueces en las peticiones ordinarias de acuerdo a la competencia que les sea asignada, debe estar orientada a dar aplicación a la Ley, pero especialmente a garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales a los cuales aquella se encuentra orientada, dentro de los cuales la protección de los derechos fundamentales adquiere señalada importancia.

Considerar que respecto de ciertas autoridades públicas hay campos vedados a los cuales no puede acceder la acción de tutela cuando se presenta una violación de un derecho fundamental que no puede ser enmendada por medio de ningún otro mecanismo judicial implica una inaceptable violación de lo establecido en el artículo 5° del texto constitucional, según el cual se reconoce primacía a los derechos fundamentales. La existencia de tales reductos o actuaciones exentas de control por vía de tutela es contraria, además, al propósito que el artículo 2° superior asignó a las autoridades de la República, en el cual se destaca la garantía de “la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

La noción de vía de hecho acogida en la ponencia mayoritaria hace alusión, como fue explicado en líneas anteriores, a errores protuberantes que, debido a sus oprobiosas dimensiones, sólo pueden ser atribuidos a la parcialidad del juez y a su compromiso en la causa cuya decisión ha sido encomendada, o al desconocimiento total de la normatividad aplicable al caso concreto. Si bien éste fue el parámetro que originalmente adoptó la Corte Constitucional para revisar por vía de tutela la legitimidad de las actuaciones desarrolladas por las autoridades judiciales, en la actualidad se observa una notable evolución de la posición jurisprudencial que ha llevado a superar con creces esta concepción, particularmente obtusa, de la acción de tutela, puesto que en la práctica hacía depender su prosperidad de la subjetividad del juez –esto es, de su eventual parcialidad o negligencia- y no de la necesidad de reparar una infracción de un determinado derecho fundamental.

Como fue señalado en sentencia T-102 de 2006, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional pueden ser adoptadas decisiones correctas, desde una perspectiva puramente formal, pero que al ser examinadas bajo la óptica constitucional se observa que siguen un ideario por completo ajeno al impostergable compromiso de protección a los derechos fundamentales. Tales decisiones, de seguir los parámetros propios de la teoría de las vías de hecho,

quedarían por fuera de los márgenes de control del juez de tutela; lo cual ha motivado principalmente el aludido cambio jurisprudencial en virtud del cual la Corte Constitucional ha adoptado criterios más amplios que, al tiempo que respetan la autonomía e independencia de la Rama Judicial, permiten la efectiva garantía de tales libertades⁵.

Expuestos los argumentos por los cuales considero que el parámetro judicial empleado en esta ocasión para examinar la pretensión de amparo presentada por el Ciudadano resulta contrario a la evolución actual de la jurisprudencia y siembra un cuestionable precedente para esta Corporación, paso a realizar un escueto recuento de los fundamentos por los cuales estimo que la decisión adoptada por la Sala Sexta de Revisión debió ser orientada en un sentido diferente, a fin de conceder la protección reclamada por el Ciudadano.

2.- El deber genérico de motivar los actos administrativos mediante los cuales los funcionarios de carrera administrativa sean separados del servicio. Examen del caso concreto.

Esclarecido el punto anterior, a partir del cual es posible determinar los parámetros dentro de los cuales debió ser examinada la pretensión de amparo por parte de la Sala de Revisión, paso a exponer de manera breve los fundamentos por los cuales considero que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la solicitud de protección a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso presentada por el Ciudadano Silvestre Gómez García se encontraba llamada a proceder. En tal sentido es necesario volver sobre el fundamento fáctico sobre el cual fue interpuesta la acción de tutela.

El accionante prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- por un lapso superior a veinte años, período dentro del cual a partir del día 5 de julio de 1990 fue inscrito en el régimen especial de carrera de la entidad. Durante dicho término el Ciudadano se desempeñó en el cargo de detective profesional 208-10 hasta el día 22 de noviembre de 2002, fecha en la cual fue notificado de la resolución número 02617 mediante la cual la entidad empleadora lo declaró insubsistente sin ofrecer ningún tipo de motivación. Con el objetivo de atacar la decisión adoptada, el Ciudadano presentó recurso de reposición que, a su vez, fue decidido en oficio número 5414, del 5 de diciembre de 2002, en el cual fue confirmada la decisión adoptada por la Administración.

Sobre el particular resulta oportuno hacer hincapié en que, según se colige de los

documentos adjuntos a la acción de tutela, se encuentra acreditado que el día 9 de enero de 2003, esto es, un mes después de haber decidido en sentido negativo el recurso de reposición promovido por el demandante, la entidad nombró en provisionalidad al señor Gómez García en el cargo de detective profesional 207-10. Dos semanas después, el día 24 de enero la misma entidad emitió una nueva resolución -número 0168- la cual revocó el nombramiento realizado.

Con fundamento en los hechos anotados, el Ciudadano inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 02617, 5414 y 0168 emitidas por el DAS, proceso que habría de terminar mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, sub-sección B, el día 21 de octubre de 2005.

2.1.- La sentencia censurada por vía de tutela

En primer lugar, es preciso advertir que el fundamento por el cual fue promovida la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consistía en que los actos administrativos demandados incurrieran en “falsa motivación y desviación de poder” dado que, a juicio del accionante, la desvinculación por la cual fue separado del cargo que venía desempeñando no fue decidida con el objetivo de mejorar el servicio de la entidad “sino por el contrario en detrimento del mismo”. Sobre el particular, el accionante indicó: “la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que la facultad del nominador no es omnímoda y que deben tener en cuenta para el cumplimiento de sus cometidos la adecuada prestación del servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”. En tal sentido, en opinión del demandante, mal podría pensarse que su despido tuvo como consecuencia el aludido mejoramiento del servicio en la medida en que su hoja de vida y las calificaciones obtenidas por su rendimiento profesional dejan ver que su desempeño en el cargo fue intachable; lo cual hace evidente que la decisión de separarlo del cargo, teniendo en cuenta que se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera de la entidad, obedeció a una motivación caprichosa, carente de respaldo en la normatividad aplicable.

Ahora bien, en la sentencia censurada, luego de llevar a cabo un examen de las disposiciones aplicables, el Tribunal hizo énfasis en el carácter relativo de la estabilidad laboral asegurada a los detectives del DAS inscritos en el régimen de carrera, en virtud del cual, a juicio de la

autoridad judicial, la entidad administrativa se encuentra autorizada en el caso concreto para “declarar insubsistente su nombramiento por lo que estaba sujeto a la posibilidad de que la entidad nominadora lo separara del cargo mediante resolución que no es necesario motivar, y sin que se requiriera para ello la existencia de motivos diferentes a procurar el mejoramiento de la prestación del servicio” (énfasis fuera de texto). En líneas posteriores el Tribunal reitera dicha conclusión en los siguientes términos: “No existe entonces obligación por parte del nominador a motivar la declaratoria de insubsistencia, cuando se hace uso de la facultad discrecional de remoción por expresa disposición de la ley”.

Una vez el Tribunal arribó a dicha conclusión –fundada en precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de los años 1997 y 1996, respectivamente- procedió a examinar el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, para lo cual citó una providencia del Consejo⁶ en la cual el alto Tribunal señaló lo siguiente: “cuando el nominador ejerce la facultad discrecional para retirar del servicio a un detective agente por conveniencia de la institución debe existir de manera objetiva la razón de la inconveniencia, referida, por supuesto, a eventuales conductas de tipo disciplinario pues estas tienen lugar como causal de retiro según las voces del artículo 33 del Decreto 2147 de 1989”. En dicha providencia, citada en la sentencia demandada por vía de tutela, la Corporación indicó lo siguiente a propósito de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida en contra del DAS por la ocurrencia de hechos similares a los acontecidos en el caso concreto: “En este orden de ideas no encuentra la Sala ni el menor indicio del que se pueda deducir que la permanencia del actor era inconveniente para la Institución y en el curso del proceso la entidad pública demandada no se preocupó por justificar la expedición del acto de insubsistencia, es decir, no indicó al Juez Contencioso Administrativo en qué consistieron las razones de la inconveniencia. En otros términos, en sede judicial, la parte demandante con la prueba documental que reposa en la hoja de vida demostró que el actor era un excelente servidor, que se hallaba inscrito en el escalafón de carrera administrativa del DAS y el demandado, por su parte, no adelantó ninguna actividad, como ya se anotó, tendiente a demostrar en qué consistió la inconveniencia que justificara el ejercicio excepcional de la facultad discrecional”.

A renglón seguido el Tribunal procedió a revisar la hoja de vida del demandante, examen a partir del cual la autoridad concluyó que el Ciudadano “se hizo merecedor de felicitaciones por parte de su superior, tal como consta en los folios de vida visibles en los folios (...)

También se observa de folios 190 a 243 del Cuaderno no. 2 las calificaciones de servicios, realizadas al actor efectuados desde 1999 en adelante, cuyas calificaciones oscilaron entre 80 a 90 puntos. Igualmente obra en el expediente diligencia de recepción de testimonios de los señores Jairo Enrique Martínez Guzmán y (...) en donde manifiestan que fue un excelente funcionario, distinguiéndose por su buen ejemplo, orden y disciplina, caracterizándose por su lealtad, compromiso institucional, colaboración y responsabilidad". A pesar de las conclusiones ofrecidas por el material probatorio recabado durante el proceso judicial, el Tribunal indicó que "el buen desempeño de los funcionarios públicos no es circunstancia que genere fuero de estabilidad" pues, a juicio de la autoridad, una conclusión en contrario conduciría a reconocer la prevalencia del interés particular sobre el imperativo de conservación del orden público mediante la selección de los profesionales que cumplan los más altos estándares de idoneidad. En tal sentido, la providencia señaló que el buen desempeño laboral de los detectives del DAS no constituye un argumento suficiente para cuestionar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad cuando quiera que éstos se orienten a la desvinculación de los funcionarios, aún si en estas decisiones la Administración no ha ofrecido motivación alguna como fundamento.

En suma, según fue expresado por el Tribunal, el amparo del interés general, representado en el propósito de asegurar la reducción del gasto público, la concentración de funciones y, en términos generales, el buen funcionamiento de la entidad; se oponen a la pretensión de obtener de ésta la motivación de los actos de desvinculación.

En cuanto a la solicitud de anulación de la resolución número 0168 del 24 de enero de 2003, por medio de la cual se revocó el nombramiento del accionante en provisionalidad, el Tribunal señaló su improcedencia con fundamento en que el accionante solicitó el reintegro "al cargo que tenía al momento de su declaratoria de insubsistencia o a otro de igual o superior categoría (...) es decir, no solicita el reintegro al cargo que ocupaba al momento de la revocatoria del nombramiento, sino al de la insubsistencia".

2.2.- La sentencia T-779 de 2007 proferida por la Sala Sexta de Revisión

Luego de señalar el criterio judicial ha seguir para establecer la prosperidad de las acciones de tutela intentadas contra providencias judiciales, al examinar la pretensión específica del Ciudadano, la Sala concluyó que el Tribunal, efectivamente, examinó la solicitud de nulidad

de los actos administrativos demandados⁷, análisis que le permitió concluir que el actor no habría conseguido el objetivo de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo por el cual fue declarado insubsistente. En cuanto a la alegada comisión de un defecto fáctico, señaló lo siguiente: “la Sala de Revisión encuentra que en el fallo aludido, contrario a lo expuesto por el señor Gómez García, fueron valorados los documentos que conforman la hoja de vida del actor durante el tiempo que prestó sus servicios al DAS y los testimonios copiados durante el trámite procesal, arribando a una conclusión que no era la deseada por el demandante o su apoderada, en cuanto tales elementos probatorios no permitieron desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados”. Igualmente, consideró que, en la medida en que la providencia examinó los hechos objeto de debate, los medios probatorios relevantes, las normas jurídicas pertinentes y las razones jurídicas invocadas por las partes; la decisión judicial ofrece una suficiente argumentación que hace inviable el reproche de carencia de motivación. Con fundamento en tales consideraciones la Sala estimó que “no existe la “vía de hecho” sugerida por el actor, pues se trata de la interpretación razonada de normas jurídicas y de la libre apreciación probatoria debidamente sustentada por el juez de conocimiento”. (énfasis fuera de texto)

En conclusión, a juicio de la Sala, la decisión adoptada por el Tribunal, consistente en ratificar la desvinculación del demandante de la planta de personal del DAS sin ofrecer motivación alguna a dicho acto administrativo, no obstante aquel se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera de la entidad, constituye un razonamiento adecuado de las normas jurídicas pertinentes y de manera alguna puede ser interpretada como una infracción del derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, para efectos de examinar la coincidencia de las consideraciones desarrolladas por la Sala Sexta de Revisión con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es preciso detenerse sobre los precedentes establecidos por esta Corporación acerca del deber de motivar este tipo de decisiones, aún en aquellos supuestos en los cuales el nominador goza de discrecionalidad. Al respecto, en sentencia SU-250 de 1998 la Sala Plena señaló:

“Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et

altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

(...) Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.”

En este punto resulta oportuno señalar que a juicio del Tribunal demandado en el proceso de tutela, el Decreto 2147 de 1989 exonera a la autoridad nominadora del deber de ofrecer motivación a aquellas decisiones en las cuales se separe del servicio a funcionarios de carrera del DAS con fundamento en razones de conveniencia y prestación del servicio. Como fue anotado en precedencia, tal conclusión fue considerada una adecuada interpretación del mencionado Decreto por parte de la Sala.

Así las cosas, para efectos de determinar la corrección de las conclusiones a las cuales arribaron tanto el Tribunal demandado como la Sala Sexta de Revisión, es necesario examinar si, efectivamente, el DAS en su calidad de nominador cuenta con dicha facultad, pues como ha sido indicado por la Sala Plena de la Corte Constitucional⁸ el principio de publicidad de las actuaciones de los poderes públicos impone una lectura restringida de este tipo de atribuciones y exige, de manera impostergable, autorización expresa por parte del Legislador. Esta Corporación ha indicado que la arbitrariedad que se sigue de manera ineludible de la concesión de estas facultades sin la observancia de los estrictos límites que surgen del texto constitucional, conduce a la honda fractura de valiosos principios de nuestra democracia como la vigencia del Estado de Derecho y la efectividad del derecho fundamental al debido proceso. Al respecto, en sentencia C-371 de 1999 la Sala Plena precisó:

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.

Cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que incluso en aquellos eventos en los cuales el Legislador, atendiendo los principios consagrados en el texto constitucional, ha extendido de manera legítima dicha atribución a la Administración, ésta debe hacer un uso razonable y proporcionado de dicha facultad pues una de las insignias más notables del Estado de Derecho se encuentra en la interdicción de la arbitrariedad, lo cual exige en forma ineludible un empleo adecuado que permita la consecución de un fin constitucional genuino y, por esa vía, se descarte el capricho y el desafuero que, bajo ningún argumento, resultan admisibles en nuestro ordenamiento constitucional⁹.

Por vía de ejemplo, en la sentencia C-368 de 1999 la Corte avaló la posibilidad de ordenar el retiro del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, previo concepto de la Comisión de Personal y con base en un informe reservado de inteligencia del cual se deduzca la inconveniencia de la permanencia en el servicio de un funcionario, por razones de seguridad nacional, decisión que, bajo estos supuestos, no deberá ser motivada. Sin embargo, en la parte considerativa de dicha providencia la Sala Plena señaló que el ejercicio legítimo de esta facultad requería el estricto cumplimiento de las condiciones anotadas en la disposición, las cuales hacen referencia a la existencia de informes previos que permitan justificar de manera suficiente la desvinculación del afectado, y en todo caso la persona debe contar con los medios judiciales propios de la jurisdicción contenciosa administrativa cuando considere que el retiro ha sido arbitrario. Como lo enseña este precedente, a juicio de la Corte Constitucional, el empleo de este tipo de facultades no abre las puertas a un soterrado exceso en las atribuciones confiadas a las autoridades públicas, el cual les permita eludir legítimamente cualquier tipo de control judicial, pues aún en estos eventos excepcionales las decisiones inmotivadas deben contar con un sustento objetivo, comprobable, que justifique el grado la decisión adoptada por el nominador.

En cuanto a la supuesta facultad conferida por el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 defendida por el Tribunal, y considerada como razonable por la Sala de Revisión; en virtud de la cual se permite separar a los funcionarios de carrera del DAS sin motivación alguna, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto con el objetivo de señalar que dicha actuación no cuenta con respaldo alguno en el ordenamiento jurídico, lo cual supone una vulneración de derechos fundamentales que puede ser objeto de amparo por vía de tutela.

De manera precisa, en sentencia T-064 de 2007, la Sala Cuarta de Revisión resolvió la acción de tutela interpuesta por una persona que, al igual que el señor García Gómez, había prestado sus servicios por un considerable lapso al DAS y, adicionalmente, se encontraba inscrito en el régimen de carrera. Luego de examinar el contenido de la sentencia C-048 de 1997, en la cual esta Corporación declaró exequible el aludido artículo 66, la Sala concluyó:

Así, la Corte Constitucional declaró ajustada a la Carta 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.

Sin embargo, tal como se señaló en las consideraciones generales de esta providencia, de ello no puede concluirse indefectiblemente que el acto de desvinculación no deba ser motivado, ya que este tipo de excepciones, en cuanto constituyen una singularidad frente al principio general de los actos administrativos, deben ser expresamente establecidas por el legislador, ya que la discrecionalidad no es asimilable a la ausencia de motivación ni mucho menos a la ausencia de razones o motivos que justifiquen el actuar de la administración.

(...)

Visto lo anterior, es forzoso concluir que, en contra de lo que afirma la entidad accionada, la norma en mención no establece que los actos administrativos que han sido proferidos en ejercicio de la facultad discrecional de que trata el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, no deban ser motivados, ya que, por un lado, el artículo 34 fue derogado salvo su inciso primero y, por el otro, dicho inciso, según lo precisó esta Corporación, solamente es aplicable a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción.

En este escenario, observa la Sala que no existe norma que consagre de manera expresa que en caso de que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad declare insubsistente el nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado.

De acuerdo a lo anterior, la Corte concluyó que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad cuenta, en efecto, con la facultad de separar del servicio a los funcionarios de carrera; atribución que, como fue señalado en la providencia en comento, fue declarada exequible por la misma Corporación en sentencia C-048 de 1997. Sin embargo, tal

reconocimiento no se extiende hasta exonerar a la entidad del deber de motivar dichos actos administrativos pues, dado que no se encuentra en el ordenamiento una habilitación de orden legal que les permita excusarse del deber de justificar tales decisiones, éstas deben ser sometidas a la regla general de motivación ya referida. Como corolario de las consideraciones anotadas, la Sala Cuarta de Revisión concedió amparo al derecho fundamental al debido proceso del funcionario.

Como se deduce del recuento hasta ahora realizado, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional la actuación emprendida por la Administración en el caso del Ciudadano Gómez García constituye una flagrante violación al derecho fundamental al debido proceso que debió ser enmendada por el juez de lo contencioso administrativo. No obstante, dicha autoridad judicial estimó que la solicitud elevada por el accionante no resultaba procedente y, debido a la cuantía de la pretensión, en el proceso judicial no se concedió el recurso de apelación oportunamente presentado.

Así las cosas, la acción de tutela constituía en el caso concreto el único instrumento judicial del cual podía valerse el accionante para solicitar el amparo de su derecho fundamental al debido proceso. Sobre la dimensión de dicha vulneración, el Magistrado César Palomino Cortes, miembro del Tribunal, manifestó en el salvamento de voto: “Pocas veces se ha encontrado la Sala con tan diamantina prueba de la desviación de poder en el ejercicio de facultades discrecionales de remoción como en este caso. En efecto, la sola prueba documental que obra en el expediente¹⁰ es concluyente de la arbitrariedad de la entidad demandada en la toma de la decisión de desvincular al detective SILVESTRE GÓMEZ GARCÍA quien completaba más de veinte (20) años de buen servicio en la entidad, pues resulta sorprendente que a escasos dos meses de haber separado del servicio al señor SILVESTRE GÓMEZ GARCÍA, en ejercicio de la facultad discrecional, se profiera un acto nombrándolo con “carácter provisional” en el mismo cargo de detective que tenía antes, hecho que de por sí, a mi juicio, desvirtúa la presunción de legalidad del acto de desvinculación”.

Comparto a plenitud la observación del Magistrado disidente, la cual resulta extensiva a la sentencia proferida por la Sala Sexta de Revisión, pues en estas providencias se dejó incólume la violación del derecho fundamental al debido proceso por las dos razones ampliamente descritas en el presente salvamento de voto: (i) en primer lugar, la sentencia del Tribunal incurrió en un defecto fáctico en la medida en que dio aplicación a un precepto

del cual no se deducía la facultad de separar sin motivación a un funcionario del DAS inscrito en el régimen de carrera. (ii) En segundo término, dicha decisión judicial incurrió en un defecto fáctico pues, no sólo hizo a un lado el material probatorio que demostraba una hoja de vida intachable con múltiples anotaciones positivas y una calificación del servicio prestado altamente satisfactoria (vid supra); sino que omitió la prueba evidente de desviación de poder, consistente en que el accionante trabajó para la entidad por más de veinte años ofreciendo resultados profesionales que le valieron múltiples felicitaciones y condecoraciones, y con posterioridad la entidad decidió declararlo insubsistente para luego, en un término inferior a dos meses, volver a vincularlo en provisionalidad al cargo de detective. Tal circunstancia pone de presente que la decisión de separarlo del servicio no se debió al propósito de mejorar dicho servicio sino a una desviación de poder.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de Voto de la Magistrada (e) Catalina Botero Marino a la Sentencia T-779/07

Referencia: expediente T-1620050

Acción de tutela instaurada por Silvestre Gómez García, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección B.

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

Magistrado ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Coincido con la ponencia presentada en el sentido de considerar que no procede la tutela contra la providencia impugnada. A mi juicio, por las razones que expuse en un caso que presentaba problemas jurídicos similares y que omito repetir¹¹, encuentro que en este caso no existió vulneración alguna de los derechos constitucionales fundamentales del actor y que los jueces actuaron dentro del rango de interpretación razonable que les esta

constitucionalmente permitido. Sin embargo, disiento de la doctrina expuesta en esta providencia sobre las causales de procedibilidad de la tutela contra sentencias.

Es cierto, como se deduce de la providencia de la referencia, que el juez de tutela no es una cuarta instancia y no puede suplantar al juez natural ni en la interpretación de la ley aplicable ni en la valoración de las pruebas existentes. Sin embargo, si el juez natural deja de aplicar una disposición constitucional en los términos en los cuales dicha disposición ha sido interpretada y aplicada de manera reiterada por el interprete supremo de la Carta, el recurso para unificar la jurisprudencia, asegurar la primacía de la Constitución y generar seguridad jurídica, no es otro que la tutela contra la decisión judicial mencionada. La tutela también procede, como lo indica esta providencia, cuando la sentencia impugnada es una vía de hecho. En estas dos circunstancias (vulneración del precedente constitucional y configuración de una vía de hecho), el juez constitucional está autorizado para intervenir. En ninguna otra circunstancia. Y siempre debe hacerlo dentro de los límites que le impone la Constitución al adjudicarle a las otras Cortes la tarea fundamental de ser los máximos intérpretes del derecho legislado. En estos términos dejo expuestas las razones de mi aclaración, las cuales se encuentran explicadas de manera más detallada en la sentencia T-808 de 2007.

Fecha ut supra,

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (e)

1 Con el mismo escrito allegó fotocopias de la sentencia C-048 de 1997 y varios pronunciamientos del Consejo de Estado (fs. 144 a 223 cd. inicial)

2 Cfr. T-520, 16 de Septiembre de 1992, Sala Tercera de Revisión,.

3 T-001 de 2007 (febrero 18), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-079 y T-173 de 1993; T-231 de 1994; T-492 y T-518 de 1995; T-008 de 1998; T-260 de 1999; T-1072 de 2000; T-1009 y SU-1184 de 2001; SU-132 y SU-159 de 2002; T-481, C-590 y SU-881 de 2005; T-088, T-196, T-332, T-539,

T-565, T-590, T-591, T-643, T-723, T-780 y T-840 de 2006, en algunas de estas últimas con salvamento de voto de quien obra como ponente de este fallo.

6 Consejo de Estado, 25 de enero de 2001, Expediente 44360-1407-2000. Actor: Edgar Ricardo Rodríguez Castañeda.

7 “Sin embargo, encuentra la Sala de Revisión que en la sentencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se estudió la petición de nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente en nombramiento del hoy accionante, para luego proceder al análisis de las demás solicitudes de anulación elevadas en la demanda”

8 Sentencias C-734 de 2000 y C-371 de 1999

9 Sentencia C-368 de 1999

10 Me refiero a los folios 3 al 36 del expediente [Nota incluida en el salvamento de voto]

11 Cfr. T-808 de 2007