

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá D.C, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008)

Ref. Exp. 25000-23-25-000-2008-00217-01
Acción de tutela de Jairo Orlando Bermúdez Gámez contra el
Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana-
Segunda Instancia
Fallo.

Se decide la impugnación interpuesta por el Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana- contra la sentencia de 7 de marzo de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”.

1.- ANTECEDENTES

Jairo Orlando Bermúdez Gámez instauró acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana-, por considerar que le vulneró su derecho fundamental de petición (fls. 1 a 6).

2.- PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

El accionante solicitó la protección del mencionado derecho fundamental, para lo cual pidió que se ordenara a la demandada dar respuesta al derecho de petición que presentó el 4 de febrero de 2008. Además, demandó que se conminara a la entidad accionada a que le entregue copia auténtica de los exámenes de polígrafo que le practicaron en noviembre de 2007, los resultados y la interpretación de los mismos; así como el nombre, la identificación y el grado de la persona que los realizó.

También, pidió que se previniera al Ministerio de Defensa –Fuerza Aérea Colombiana-, para que se abstenga de tomar represalias por las acciones que ha promovido para la defensa de sus derechos fundamentales (fl. 2).

La anterior pretensión se fundó en los hechos que se compendian así (fls.1 y 2):

2.1. El 4 de febrero de 2008 presentó derecho de petición al Comando de la Fuerza

Aérea Colombiana, para que le entregara copia auténtica de los exámenes de polígrafo que le practicaron en noviembre de 2007, los resultados e interpretación de los mismos y; le informara el nombre, grado e identificación del encargado de realizarlos.

2.2. Mediante Oficio 0089 de 12 de febrero de 2008, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana le comunicó que, para dar repuesta a la solicitud, debía indicar las razones en las que sustentaba la petición, de conformidad con el artículo 5 del C.C.A.

2.3. El 18 de febrero de 2008 reiteró la petición para que le entregaran los aludidos documentos, por cuanto, a su juicio, éstos son necesarios para defender sus intereses ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado que, considera que los resultados del examen de polígrafo ocasionaron su retiro del servicio.

2.4. Como las aludidas peticiones no fueron satisfechas en debida forma, el 25 de febrero de 2008 acudió a la entidad accionada para que le entregaran los documentos, ya que, según su criterio, para esa fecha se había producido silencio administrativo positivo; empero, aquélla no accedió a la solicitud, toda vez que no había orden para suministrar los mencionados documentos.

3. OPOSICIÓN

El Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional se opuso a la tutela y solicitó que se declarara improcedente.

Indicó que la petición fue respondida mediante Oficio 0089 de 12 de febrero de 2008, de manera que en el caso bajo estudio había un hecho superado porque para la fecha de la solicitud de tutela ya existía un pronunciamiento sobre las súplicas del peticionario.

Argumentó que en el *sub lite* no se configuró el silencio administrativo, previsto en el artículo 22 del C.C.A., puesto que éste sólo opera cuando la entidad a la que se presenta la petición del documento no se pronuncia; sin embargo, esta circunstancia no se predica de su representada, por cuanto ésta dio respuesta al actor y le solicitó que precisara las razones por las cuales necesitaba información sobre la persona que le practicó las pruebas de polígrafo.

En relación con los documentos requeridos por el demandante, explicó que por tratar asuntos concernientes a la seguridad nacional, tienen carácter reservado; situación de la cual el actor tenía conocimiento desde que brindó su consentimiento para someterse al polígrafo.

Concluyó que a pesar de que no se haya dado respuesta favorable a la solicitud del peticionario, no se le vulneró el derecho de petición porque, de conformidad con el artículo 5 [4] del C.C.A., se le indicó que podía presentar una petición adicional o hacer uso del recurso de insistencia (fls. 20 a 27).

4. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 7 de marzo de 2008 tuteló el derecho de petición del actor, porque consideró que la respuesta que la entidad accionada brindó en el Oficio 0089 de 12 de febrero de 2008, no resolvió de fondo la solicitud elevada por el demandante.

Indicó, que tampoco hubo un pronunciamiento negativo de la Armada Nacional sobre la entrega de los documentos requeridos por el accionante, ni siquiera se adujo que éstos tuvieran carácter reservado, motivo por el cual no se cumplía el presupuesto para que el actor pudiera acudir al recurso de insistencia previsto en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985.

Argumentó que el examen del polígrafo no es considerado por el ordenamiento legal como una prueba, sino como una especie de versión libre en diligencia administrativa, en la que el declarante renuncia a su derecho constitucional a la no auto-incriminación. En consecuencia, consideró que debido a la voluntad del demandante para someterse a este examen y, a la naturaleza del mismo, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hay lugar a catalogar los resultados de aquél como reservados en virtud de la seguridad nacional; por tanto, ordenó entregar al actor copia de los documentos pedidos (fls. 41 a 53).

5. IMPUGNACIÓN

La demandada impugnó la sentencia del Tribunal y solicitó que se revocara, para lo cual reiteró los argumentos de la oposición a la tutela.

Agregó que, de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución Política, es obligación de las Fuerzas Militares preservar la seguridad nacional, por tanto, el acceso a los documentos y la posibilidad de que éstos sean consultados por el público (Ley 57 de 1985 [12]), depende de la no afectación al mencionado deber constitucional.

Concluyó que tanto la Disposición 036 de 31 de julio de 2002 que aprobó el Manual Reservado de Contrainteligencia de las FF MM, como la sentencia T-444 de 1992 de la Corte

Constitucional, permiten por motivos de defensa y seguridad nacional, que se mantengan en reserva, hasta que no haya pronunciamiento judicial, los exámenes de control que se practiquen a los Oficiales de la fuerza pública para determinar su nivel de confiabilidad (fls. 62 a 70).

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La procedencia de la acción de tutela, por mandato constitucional (artículo 86 [4] C.P.), está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, en virtud de su carácter residual, la tutela no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos o demorados. Si esto no fuera así, desaparecerían todas las acciones judiciales y la de tutela se tornaría en el único medio para controvertir cualquier diferencia.

De otro lado, la acción de tutela se caracteriza por ser personal, esto es, únicamente puede ser interpuesta por quien tenga interés en la protección de su derecho o por su representante (artículo 86 [1] *ibídem*). Así mismo, debe tenerse en cuenta que el procedimiento es preferencial y sumario; el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, no como restablecimiento del derecho, para lo cual existen las acciones correspondientes, sino como mecanismo para la inmediata garantía del derecho; cuando la situación deba resolverse por procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria; finalmente, si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

En el *sub exámine*, el accionante considera que el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana - le vulneró el derecho fundamental de petición, en consecuencia, pide que se ordene a la entidad accionada dar respuesta a la solicitud que presentó el 4 de febrero de 2008. Además, demanda que se conmine a dicha entidad a que le entregue copia auténtica de los exámenes de polígrafo practicados en noviembre de 2007, los resultados y la interpretación de los mismos; así como el nombre, la identificación y el grado de la persona que los realizó.

También, pide que se prevenga al Ministerio de Defensa –Fuerza Aérea Colombiana-, para que se abstenga de tomar represalias por las acciones que ha promovido para la defensa de sus derechos fundamentales.

El artículo 23 de la Constitución Política señala que el derecho de petición es fundamental y faculta a toda persona para presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades y obtener pronta respuesta.

Por su parte, la Administración tiene la obligación de contestar de manera oportuna las peticiones que se le formulen; además, la respuesta debe ser clara, de fondo, precisa y congruente con lo solicitado y, debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumplen estos requisitos, se incurre en la vulneración del derecho fundamental de petición. La respuesta no implica aceptación de lo solicitado, pues la competencia del juez de tutela se limita a verificar que la respuesta sea de fondo y que se cumplan los términos establecidos legalmente para contestar las solicitudes elevadas por los peticionarios.

Ahora bien, el artículo 22 del Código Contencioso Administrativo señala que las peticiones en las que se solicita el acceso a documentos que reposan en oficinas públicas y la expedición de copias de los mismos, se deben responder dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación. No obstante, se limita dicho acceso cuando los documentos tienen un carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o hacen relación a la defensa o seguridad nacional (artículo 19 del C.C.A.).

En todo caso, *“la Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado”* con la indicación de las disposiciones legales pertinentes (artículo 21 de la Ley 57 de 1985). Igualmente, ante la persistencia del interesado, *“el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidirá en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente”* (ibídem).

En consecuencia, fluye que el ordenamiento legal ha previsto un procedimiento especial (*el recurso de insistencia*) y un juez competente, para resolver las controversias que se generan entre la Administración y los particulares, cuando éstos solicitan documentos que ha juicio de aquélla son reservados.

De otra parte, dada la naturaleza residual y subsidiaria de la presente acción, se resalta que corresponde al juez de tutela verificar que la respuesta que se brinda al peticionario sea de fondo y, que cumpla con los requisitos y términos establecidos legalmente para contestar la solicitud; o en su defecto, puede ordenar que se resuelva la petición cuando ésta no se ha despachado. No obstante, escapa a su competencia la determinación de la reserva que existe sobre documentos, cuando la Administración alega

tal condición en virtud de la Constitución o la Ley.

De los documentos que se encuentran en el expediente, se tiene probado que:

- El 4 de febrero de 2008 el actor presentó derecho de petición a la Fuerza Aérea Colombiana para que le entregara copia de los exámenes de polígrafo que le practicaron, los resultados e interpretación de los mismos y, la información sobre la persona que los realizó (fl. 7).
- La accionada en Oficio de 12 de febrero de 2008 no accedió a la petición porque ésta no cumplía con los requisitos del artículo 5 [4] del C.C.A (fls 8 y 9).
- El actor en escrito de 18 de febrero de 2008, reiteró la petición.
- En Oficio 156 de 5 de marzo de 2008, la accionada resuelve de fondo las solicitudes de 4 y 18 de febrero de 2008, e informa que los documentos que solicitó tienen carácter reservado; sin embargo no hay constancia que este acto haya sido conocido por el accionante (fls. 60 a 61).
- Mediante Oficio 193 de 13 de marzo de 2008, la Fuerza Aérea cumplió con el fallo del *a quo* y remitió al actor los documentos objeto del derecho de petición (fl. 58).
- En el Oficio 512 de la misma fecha la mencionada entidad, el accionante dejó constancia de que recibió los mencionados documentos (fl. 59)

En este orden de ideas, se advierte que la accionada ya entregó los documentos solicitados por el actor; por tanto, se declarará la cesación del procedimiento por carencia de objeto (artículo 26 del Decreto 2591 de 1991), pues, la situación que generó la vulneración del derecho de petición que el demandante alegó ha sido corregida por la entidad demandada.

No obstante, se llama la atención sobre la actuación del *a quo*, puesto que, no podía en su condición de juez de tutela, pronunciarse respecto de un documento que podría tener el carácter reservado, circunstancia para la cual existe el recurso de insistencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

DECLÁRASE que en el presente asunto cesó la vulneración que alegó **Jairo Orlando Bermúdez Gámez** del derecho fundamental de petición.

ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

DERECHO DE PETICIÓN

SOLICITUD: QUE SE ORDENE A LA FUERZA AÉREA ENTREGAR COPIA DE UNAS PRUEBAS DE POLÍGRAFO, SUS RESULTADOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS MISMOS Y, SE INFORME LA PERSONA QUE LAS REALIZÓ.

Impugnación - Fallo

Magistrado Ponente: Héctor J. Romero Díaz

Derecho presuntamente vulnerado: Petición.

1.- Hechos:

- Actor solicitó a la Fuerza Aérea Colombiana la entrega de las pruebas de polígrafo que le practicaron, los resultados y la interpretación de los mismos y, se informe la persona que las realizó.
- La Fuerza Aérea solicitó al accionante que explicara los motivos de su solicitud.
- El actor reiteró la petición, pero no recibió respuesta.
- Presentó acción de tutela para obtener la entrega de los mencionados documentos.
- **Pretensión:** Se ordene a la demandada dar respuesta al derecho de petición. Además, se demanda que se conmine a la entidad accionada a entregar copia auténtica de los exámenes de polígrafo que le practicó al actor, los resultados y la interpretación de los mismos; así como el nombre, la identificación y el grado de la persona que los realizó.
- **Tribunal:** Amparó porque no se dio respuesta de fondo al actor y, ordenó entregar los documentos solicitados.

2.- Proyecto: Declara cesada la vulneración del derecho fundamental de petición porque la accionada entregó los documentos solicitados. Aclara que el juez de tutela no puede pronunciarse sobre la reserva de documentos cuando la Administración la alega, pues, para eso existe un procedimiento especial y un juez competente.

Apoderados:

Accionante: en nombre propio

Accionado: Alex de Jesús Lozano Salgado (Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa).