C-758-13

Sentencia C-758/13

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES, A SOLICITUD DE COMANDANTES DE UNIDAD OPERATIVA RESPECTIVA-Exequibilidad condicionada

NORMAS EN MATERIA DE FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Facultades extraordinarias

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional/COSA JUZGADA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional

La Cosa Juzgada ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación, definiéndosele como una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. La finalidad de esta categoría procesal es la consecución de valores tan caros al ordenamiento constitucional como lo son la seguridad jurídica, la firmeza de lo decidido y el carácter vinculante de los mandatos contenidos en la sentencia. se configura bajo dos requisitos: (i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa, ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se proponga dicho estudio por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior. La cosa juzgada relativa se produce cuando "el juez de constitucionalidad ha proferido antes un fallo de exequibilidad circunscrito de manera específica a alguno o algunos aspectos constitucionales de la norma, sin haberlos agotado en su totalidad, lo que conduce a que, aun existiendo ya sentencia declaratoria de la constitucionalidad del precepto, subsiste la posibilidad de nuevo análisis de la disposición correspondiente, no ya por los conceptos precedentes -respecto de los cuales se juzgó y a los que no puede volverse- sino por otros sobre los cuales en el primer fallo no se pronunció la Corte.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia frente a expresión demandada

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto de violación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PRINCIPIO DE IGUALDAD-Configuración de cargo de inconstitucionalidad

Para efectos de configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, no es suficiente con sostener que las disposiciones objeto de controversia establecen un trato diferente frente a cierto grupo de personas y que ello es contrario al artículo 13 (…). También es imprescindible que se expresen las razones por las cuales considera el acusador que la supuesta diferencia de trato resulta discriminatoria, sustentando tal discriminación con argumentos de constitucionalidad dirigidos a cuestionar el fundamento de la medid. Adicionalmente, la jurisprudencia ha establecido la necesidad de adelantar un juicio especial con miras a determinar si se ha quebrantado el mandato de igualdad. Dicho juicio evidencia el carácter relacional de la igualdad, pues, se debe precisar

entre cuáles sujetos o grupos de sujetos, se presenta el trato dispar, respecto de qué se presenta tal trato disímil y, cuál es el criterio que explica dicho tratamiento. Por ende, se ha fijado que es indispensable precisar si efectivamente existe: (i) Un tratamiento igual a dos sujetos puestos en distintas situaciones o, a contrario sensu, (ii) un tratamiento desigual a dos sujetos puestos en iguales condiciones.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda respecto del cargo por la supuesta violación del principio de igualdad

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargo por violación al debido proceso

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Derechos que comprende

Hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i)ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto/DEBIDO PROCESO-Se extiende a toda clase de actuaciones administrativas

El derecho al debido proceso administrativo es el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados. El debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

DERECHO DE DEFENSA-Garantía del debido proceso/DERECHO A LA DEFENSA-Definición/DERECHO A LA DEFENSA-Importancia

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las

propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Imposición de sanciones por la administración/POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Jurisprudencia constitucional

El principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública. De esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones, dentro de los claros límites constitucionales. En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración: (i) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial, (iii) se encuentra sujeta al control judicial, y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.

NOTIFICACION COMO MANIFESTACION DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Materialización del derecho de defensa

El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelante e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución.

RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Jurisprudencia constitucional

ACTO DISCRECIONAL-Elementos

Para la Corporación, la discrecionalidad presenta 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. En lo atinente a las razones del servicio, el Tribunal Constitucional precisó que, están básicamente establecidas en la Constitución, y dada la especial naturaleza de las mismas la institución esta habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Funciones del comité de evaluación

Los comités evaluadores tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se

trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto.

RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES-Jurisprudencia constitucional

RETIRO DEL SERVICIO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Potestad discrecional no significa arbitrariedad

Referencia: Expediente D-9580

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares".

Actor:

Hans Alexander Villalobos Díaz

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y el trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Hans Alexander Villalobos Díaz demandó la inexequibilidad del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", expedido con fundamento en la Ley 578 de 2000 "Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional".

Mediante Auto de doce (12) de abril de 2013, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia.

En la misma providencia, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y Derecho, al Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, para que, si lo estimaban conveniente, se pronunciaran respecto de la exequibilidad o inexequibilidad de la disposición acusada.

De igual forma, en el mencionado auto se invitó al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Presidente de la Asociación de Soldados e Infantes de Marina Profesional con Asignación de Retiro y Pensión de las Fuerzas Militares de Colombia (ACOSIPAR), al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) y a los decanos de las facultades de derecho de las Universidades del Norte, Los Andes, Militar, Nacional, Externado de Colombia y del Atlántico, para que, si lo consideraban pertinente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad del precepto demandado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda.

II. EL TEXTO DEMANDADO

A continuación se transcribe el texto del artículo 13 del Decreto Ley 1793 de 2000, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 48.486 del 9 de julio de 2012.

DECRETO 1793 DE 2000

(14 de septiembre de 2000)

Diario Oficial No. 44.161 de 14 de septiembre de 2000

"Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"

DECRETA:

"(…)

"ARTÍCULO 13º. RETIRO POR DECISIÓN DEL COMANDANTE DE LA FUERZA. En cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva.

(…)"

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante estima que la disposición objeto de censura constitucional, contenida en el Decreto 1793 de 2000, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", contraviene lo dispuesto en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

2.1. Según el actor, la disposición censurada vulnera el artículo 13 superior, pues si bien en

la legislación colombiana existen diferentes normas que regulan la discrecionalidad de los retiros para los miembros de las fuerzas militares o de policía[1], todas ellas preceptúan que para retirar del servicio activo por facultad discrecional a los miembros de la Fuerza Pública es necesario que exista una recomendación del Comité de Evaluación para el caso específico, mientras que la disposición acusada no exige dicho requisito.

En tal virtud, se pregunta: cuál es el motivo para que el Gobierno Nacional investido de facultades extraordinarias, haya excluido, de forma definitiva, a los soldados profesionales de que se les realizara una evaluación de su hoja de vida, calificaciones, condecoraciones, etc. previamente al retiro por facultad discrecional, lo que daría lugar a omitir el estudio exhaustivo de su labor, pese a que la finalidad de este tipo de retiros es el mejoramiento del servicio?

Por consiguiente, considera que no es de recibo que los soldados profesionales, aun cuando forman parte efectiva de la Fuerza Pública, sean el único cuerpo uniformado al que se le desvincula sin una evaluación previa, lo cual puede facilitar que se produzcan retiros por intereses particulares.

Tras citar un aparte de la sentencia T-810 de 2011, en el cual se destaca el significado del derecho a la igualdad, reitera el derecho de los soldados profesionales a contar con una evaluación previa y objetiva en caso del retiro producto de la facultad discrecional, tal como acontece con otro miembros de la fuerza pública.

2.2. De igual forma, manifiesta que la norma bajo estudio resulta contraria al artículo 29 superior.

Sostiene al respecto que el artículo demandado vulnera el derecho al debido proceso, por cuanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, las actas que recomiendan el retiro de los miembros de la Fuerza Pública y los actos administrativos por medio de los cuales este se hace efectivo, deben ser motivados. Aunado a ello, y transcribiendo apartes de la sentencia T-638 señala que, la Corte, en reiterados pronunciamientos, ha manifestado que un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución siempre y cuando respete los principios de proporcionalidad y razonabilidad y, establezca la debida motivación del acto, la que se expresaría en la suficiencia y fundamento previo de las juntas asesoras y comités de evaluación.

Con miras a reforzar lo anterior, indica que la inexistencia de una Junta o Comité para evaluar el desempeño de los soldados, conduce a que el único fundamento utilizable por el nominador para retirar al funcionario sea el expresado subjetivamente por el Comandante de la Unidad Operativa respectiva, pues no se posee plena certeza acerca del estudio detallado de la hoja de vida del soldado, de los informes de inteligencia, contrainteligencia, e investigaciones disciplinarias en su contra.

Como consecuencia de lo anterior, afirma que, gracias al precepto demandado, el nominador, a su antojo, goza de la facultad de solicitar el retiro de los soldados profesionales que se encuentren bajo su unidad operativa.

Para concluir, añade que al soldado profesional le es imposible ejercer su derecho de

defensa, por cuanto no le es permitido controvertir los argumentos que una sola persona realiza para solicitar su retiro de la institución, ya que la norma aludida faculta la discrecionalidad, generando incertidumbre respecto a parámetros subjetivos y objetivos. Adicionalmente, señala que la circunstancia de que la solicitud de retiro discrecional jamás se notifica al afectado configura una manifestación de la transgresión al derecho al debido proceso.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en auto de doce (12) de abril de dos mil trece (2013), la Secretaría General de esta Corporación informó que, de acuerdo a las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. Asociación Colombiana de Soldados e Infantes de Marina Profesionales en Retiro y Pensión de las Fuerzas Militares

El representante legal de la Asociación Colombiana de Soldados e Infantes de Marina Profesionales en Retiro y Pensión de las Fuerzas Militares "ACOSIPAR", presentó escrito en el que solicitó que se declarara la inexequibilidad de la disposición censurada.

En primer lugar, afirma que las autoridades y, especialmente, las Fuerzas Militares, suelen creer que la facultad discrecional es sinónimo de arbitrariedad, lo cual, a todas luces, pugna con lo establecido en el artículo 44 C.C.A. Para el interviniente, acorde con jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, existe el deber de motivar un acto administrativo para evitar la degradación de la discrecionalidad en arbitrariedad. Dicho deber es el que permite contener los posibles abusos de la autoridad, toda vez que suministra al afectado las herramientas para acceder a la administración de justicia en aras de controvertir el acto.

En lo que atañe a la transgresión del derecho al debido proceso, manifiesta que comparte lo señalado por el actor. Para ello, asevera que aun cuando la Corte Constitucional ha considerado que en razón a la finalidad de su configuración, el régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares posee cierta flexibilidad y, por ende, es plausible el uso de la facultad discrecional, dicha circunstancia no constituye una razón suficiente para desconocer principios constitucionales.

Al respecto, destaca que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha tutelado la garantía al debido proceso de los uniformados de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, cuando no se encontraban en el respectivo acto administrativo las razones que fundamentan la decisión de retirarlos del servicio activo cuando se hacía uso de la facultad discrecional del Gobierno Nacional o de la Dirección de dichas instituciones. Agrega que, en tales casos, esta Corte ha ordenado realizar la motivación, de manera que, de resultar necesario, el actor pueda hacer uso de los mecanismos con que cuenta ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener el amparo de sus derechos.

Igualmente, considera que no es posible hacer un juicio de igualdad, pues, al no contener

los actos administrativos los criterios de selección, no resulta posible la comparación. Estima que hay una afectación a la dignidad y al buen nombre, al no precisarse la causa del retiro. Por los mismos motivos, entiende que se quebranta el derecho al trabajo. Sobre este último punto, alude a jurisprudencia que radica en cabeza del empleador, el deber de señalar los motivos del despido. En lo que concierne al mínimo vital, explica que no está probado que las asignaciones dinerarias de los soldados constituyan sumas irrisorias

Seguidamente, precisa que en aras de materializar el respeto al debido proceso, cuando se encuentra en discusión la disposición de un derecho, se debe (i) garantizar al afectado las condiciones sustanciales y procesales para la defensa de sus intereses; (ii) respetar los principios de publicidad, inmediatez y libre apreciación de la prueba y; (iii) permitir al afectado exponer sus argumentos y aportar pruebas que contribuyan a su defensa, para lo cual, indudablemente, necesita conocer los motivos de una determinada decisión.

Bajo esa óptica, afirma que la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada mejoraría sustancialmente las garantías procesales y la estabilidad laboral de los soldados e infantes de marina profesionales, ya que en muchos casos y con fundamento en la facultad discrecional en mención, el retiro de estos miembros de las Fuerzas Militares ha sido arbitrario, ocasionándoles graves perjuicios y detrimento económico a ellos y a su familia.

2. Universidad Militar Nueva Granada

La Universidad Militar Nueva Granada, intervino en el proceso de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con los argumentos que a continuación se reseñan.

Aduce que la relación especial de sujeción de los miembros de las Fuerzas Militares es intensificada respecto a la del común de los servidores públicos, por cuanto su función está íntimamente relacionada con la protección y conservación de los elementos esenciales para la existencia de un Estado, razón por la cual para estos funcionarios rige un régimen disciplinario diferente y unas circunstancias especiales de desvinculación.

Por consiguiente, para el interviniente, el retiro por decisión del Comandante de la Fuerza, en cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, de los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva, bajo ningún entendido, vulnera las disposiciones constitucionales señaladas por el actor, pues la finalidad de dicha facultad es avalar la separación de las Fuerzas Militares de aquellos miembros que se aparten del propósito de protección y defensa de los elementos integrantes del Estado.

Destaca que la circunstancia de que los soldados profesionales, constituyan la primera línea de combate y la base de la estructura jerárquica, implica que el mecanismo de la separación discrecional a solicitud de su Comandante Operativo sea más expedito, dado los altos intereses que su actividad compromete.

Para terminar, expone que los soldados profesionales, al obedecer a una línea de mando, no se encuentran en igualdad de condiciones frente a quienes no la tienen y que dicha

circunstancia, indudablemente, tiene una repercusión directa en la forma de desvinculación, cuando se deriva de la facultad discrecional por solicitud de su superior jerárquico.

Finalmente, afirma que entre más alto sea el rango del militar, así serán las condiciones para su retiro o separación de la fuerza a la que presta sus servicios, bien sea por retiro en situaciones administrativas regladas por ley o en virtud de las facultades discrecionales.

3. Universidad Libre, seccional Bogotá

El Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Bogotá y los docentes de la misma Facultad, Ignacio Perdomo y Diana Jiménez, actuando como ciudadanos, intervinieron en el trámite de la presente acción, con el fin de solicitar a la Corte que declare la exequibilidad condicionada del precepto censurado.

A juicio de los intervinientes, el artículo 13 del Decreto Ley 1793 de 2000 establece un trato diferenciado que atenta contra los principios constitucionales, promoviendo desigualdades impertinentes e irrazonables. En tal sentido, manifiestan su adhesión a los argumentos del demandante y se decantan por una declaratoria de exequibilidad condicionada que garantice a los soldados un procedimiento similar al establecido para los oficiales y suboficiales.

La intervención destaca los elementos que conforman el mandato de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y el carácter relacional de dicho precepto. Seguidamente, cita jurisprudencia de la Corte que delimita la discrecionalidad en la materia en estudio y, explica la labor de los Comités que conceptúan sobre el retiro de Oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional; estableciendo el contraste con el caso de los soldados, cuyo retiro, no cuenta con la presencia de tales Comités, sino, con la nuda solicitud del Comandante de la Unidad Operativa. Dicha diferenciación, también se advierte respecto de Oficiales y Suboficiales del Ejército, cuyo retiro, también requiere la mediación de un Comité de evaluación

Finalmente, consideran que la disposición censurada contraviene el artículo 29 de la Carta, pues, no es aceptable que en un Estado de Derecho sea una sola persona la que emita el concepto por el cual se retiran los soldados profesionales.

4. Ministerio de Defensa Nacional

La representante del Ministerio de Defensa, intervino en el trámite de la acción, mediante un escrito en el que solicitó que se declarara la exequibilidad de la disposición acusada.

De manera previa al pronunciamiento respecto a los cargos endilgados, precisó que la Corte Constitucional, en sentencia C-923 de 2001, declaró la constitucionalidad de una serie de decretos promulgados por el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 578 de 2000, entre ellos, el Decreto 1793 de 2000. Con fundamento en tal análisis, manifiesta que ya se ha declarado la constitucionalidad del texto acusado y solicita la aplicación del fenómeno procesal de la Cosa Juzgada. Posteriormente se refiere a la sentencia C-1713 de 2000, en la que se declaró exequible el Art. 1 de la ley 578 de 2000, la cual contempló las

facultades extraordinarias que permitieron la expedición del decreto cuestionado. Del mismo modo, hace mención de la sentencia C- 286 de 2002 en la que se controlaron las facultades del Gobierno en la expedición del Decreto 1791 de 2000 por el cual se modificaron las normas de carrera del personal de la Policía Nacional.

Seguidamente, se refiere a la flexibilidad que debe inspirar la carrera en las Fuerzas Militares y realiza un recuento acerca del tratamiento de la facultad discrecional por parte de esta Corporación. Para ello, sostiene que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la discrecionalidad concedida a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que integran sus instituciones no implica arbitrariedad, sino que se trata de un instrumento necesario para su buen funcionamiento. Aunado a ello, recordó que dicha facultad no es omnímoda, toda vez que en un Estado Social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, por el contrario, la prerrogativa en comento debe ser proporcionada y racional considerando los fines que se persiguen, tales como, la seguridad ciudadana y del Estado.

A favor de la disposición acusada, destaca la especial condición de las entidades castrenses, por lo cual, se puede hablar de razones organizacionales y administrativas que autorizan al legislador a entregar herramientas necesarias para que en determinados casos prime el interés general.

En lo que atañe al desconocimiento de la garantía al debido proceso, indica que discuerda con el cargo formulado por el actor, por cuanto el retiro del servicio previsto en la disposición acusada, no es producto de una sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario, sino que se origina en un acto discrecional totalmente justificado. Refiere que los miembros de la Fuerza Pública son conocedores de las disposiciones que rigen su actividad desde el momento mismo de su incorporación y, advierte que el constituyente permite al legislador establecer causales de retiro distintas de las consagradas en el artículo 125 de la Constitución.

Por otra parte, menciona que el retiro del servicio se justifica en la apreciación de circunstancias singulares que determinan la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función.

Agrega que la garantía al trabajo no se lesiona, ya que los miembros de la Fuerza Pública no tienen un derecho adquirido sobre el cargo, pues la naturaleza funcional del oficio implica la disponibilidad para la remoción de su personal.

Finalmente, sostiene que la facultad discrecional en comento no obedece a una actividad secreta de las autoridades competentes, toda vez que el acto administrativo que contiene la decisión es controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5579, del 5 de junio de 2013, intervino en el trámite de la presente acción, solicitándole a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la disposición acusada.

Para la vista fiscal, no es de recibo la afirmación del accionante consistente en el desconocimiento del derecho a la igualdad, pues el legislador extraordinario, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, profirió regulaciones divergentes para efectos de determinar el régimen de carrera especial para las Fuerzas Militares, contenido en los Decretos 1790 de 2000 y 1793 del mismo año, el primero, aplicable a los Oficiales y Suboficiales y, el segundo, a los Soldados Profesionales. En dichas disposiciones se establecen las causales de retiro del servicio y su procedimiento concreto, previendo la existencia de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el retiro discrecional de los Oficiales y Suboficiales, mientras que para el caso de los Soldados el retiro está regulado en el artículo acusado.

Al respecto, señala que el trato diferente que el legislador extraordinario estableció en las normas citadas se fundamenta en las funciones que dentro de las Fuerzas Militares les están asignadas, por cuanto los Soldados Profesionales son "(…) los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas", mientras que los Oficiales tienen a su cargo labores de conducción y mando, y los Suboficiales funciones de actuación conjunta en dichas labores.

En consonancia con lo anterior, para el jefe del Ministerio Público, la circunstancia de establecer procedimientos diferentes para cada uno de los grupos analizados encuentra su asidero en las labores propias que le corresponde a cada uno de los sujetos objeto de la disposición, razón por la cual resulta razonable imponer un trato diferenciado.

En lo que concierne al quebrantamiento del debido proceso, explica el Ministerio Público que el cargo se edifica sobre la inexistencia de una junta o comité para el retiro discrecional de los soldados profesionales. Posteriormente destaca las funciones constitucionales de las Fuerzas Militares y su conexidad con los fines del Estado, con lo cual se explican las diferencias en cuanto a su régimen de carrera que resulta flexible. Citando jurisprudencia de la Corte, anota que la facultad discrecional no es una facultad para la arbitrariedad y evidencia de ello es la necesidad de motivación en los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades discrecionales.

Puntualizando, indica que el precepto demandado implica la existencia de una facultad discrecional pero no arbitraria por las siguientes razones:

En primer lugar, manifiesta que la previsión de un procedimiento concreto de carácter administrativo se debe entender de acuerdo a las reglas constitucionales y, por ende, regir por los principios y garantías contenidas en el artículo 29 superior.

En segundo lugar, precisa que la facultad discrecional consulta la existencia de un régimen de carrera especial, que si bien es flexible y diferenciado, debe fundarse en el mérito como principio estructural, de manera que respete las expectativas legítimas de ascenso de los soldados profesionales, pues la ausencia de motivación de los actos, es un ejercicio que desborda la discrecionalidad, restringe considerablemente las expectativas legítimas de los soldados profesionales a ascender a dragoneante dentro de la carrera especial de las Fuerzas Militares.

En tercer lugar, se refiere al ejercicio de la facultad discrecional para el retiro del servicio, en la manera que lo establece la norma demandada, advirtiendo que esta no puede fundarse en motivaciones subjetivas o caprichosas del Comandante de la Unidad respectiva, sino en razones del servicio consistentes en las funciones constitucionalmente establecidas para las Fuerzas Militares, motivo por el cual la facultad contenida en el precepto censurado, supone elementos normativos, es decir, las razones del servicio para el retiro de los soldados profesionales.

En ese orden de ideas, el jefe del Ministerio Público estima que la prerrogativa en estudio no puede catalogarse como inconstitucional por su discrecionalidad, pues se encuentra acorde al debido proceso, a la sujeción de las autoridades públicas al derecho, al mérito como patrón de ascenso y al respeto de los principios que orientan la función administrativa.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir el presente asunto.

2. Cuestiones preliminares

Dada la intervención del Ministerio de Defensa, en la cual se afirma la existencia de Cosa Juzgada y, revisada la demanda, en la que se advierte la necesidad de considera la aptitud de los cargos, procederá la Sala a aclarar dichas situaciones en los acápites siguientes.

2.1 La sentencia C- 923 de 2001 y La Cosa Juzgada frente al artículo 13 del decreto 1793 de 2000.

El artículo 243 de la Carta, preceptúa que las decisiones proferidas por la Corte Constitucional como guardián de la integridad de la Constitución hacen tránsito a cosa juzgada constitucional[2], en similar sentido el mandato contenido en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 expresa:

"Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares"

La Cosa Juzgada ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación, definiéndosele como "una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas." [3]. La finalidad de esta categoría procesal es la consecución de valores tan caros al ordenamiento constitucional como lo son la seguridad jurídica, la firmeza de lo decidido y el carácter vinculante de los mandatos contenidos en la sentencia.

De manera general la Sala ha sentado:

"(…) el fenómeno de Cosa juzgada se configura bajo dos requisitos: (i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa, ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se proponga dicho estudio por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior."[4]

En la intervención del Ministerio de Defensa se reclama la declaración de la Cosa juzgada, puesto que mediante fallo C-923 de 2001 M.P. Araujo Rentería, proferido por la Corte, se dispuso la constitucionalidad del decreto 1793 del año 2000, cuerpo legislativo al que pertenece el enunciado aquí cuestionado. Revisado el pronunciamiento de 2001, se observa que efectivamente el decreto referido fue objeto de resolución en la providencia aludida, así se desprende de lo consignado en el ordinal segundo de la parte resolutiva, cuyo tenor literal reza:

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los decretos Nos. 1790, 1791, 1793, 1795, 1796, 1797, 1798, 1799 y 1800, todos del año 2000, únicamente por el cargo formulado. (negrilla fuera de texto)

En esa oportunidad, el problema jurídico que convocó a la Corte, se enunció del siguiente modo:

"En el presente caso corresponde a la Corte determinar si los decretos demandados en este proceso, respetaron o no los condicionamientos fijados por el legislador ordinario en el artículo 3 de la ley 578/00, específicamente, si hubo intervención de la Comisión Especial creada para el efecto y si las decisiones por ella adoptadas deben incluirse en los decretos respectivos. También deberá resolver si la ausencia de firma de uno de los integrantes de la Comisión en una de las actas es causal de inconstitucionalidad de los ordenamientos demandados"

Luego de considerar que las disposiciones acusadas, se avenían a la Constitución, por haber cumplido las exigencias establecidas en el artículo 3 de la ley 578 de 2000, tal como ya se había definido mediante sentencia C-757 de 2001, el Tribunal constitucional concluyó que los reparos en este sentido no estaban llamados a prosperar y emitió el fallo en el sentido anotado. Como se puede apreciar, la imputación estudiada en esa ocasión, difiere, de manera sustantiva, de la formulada en este expediente. En el año 2001, se cuestionaron aspectos atinentes a la formación del decreto y, no se censuró específicamente el contenido del artículo 13 del mismo. En esta oportunidad, por el contrario, se acusa al mandato legal de vulnerar los artículos 13 y 29 de la Norma de Normas.

Como puede advertirse, las razones por las que se tacha el enunciado contenido en el decreto 1793 de 2000, no son en ningún sentido semejantes a lo analizado en la sentencia C-923 de 2001. Frente a esta clase de situaciones la Sala ha precisado:

"(…) la cosa juzgada relativa se produce cuando "el juez de constitucionalidad ha proferido

antes un fallo de exequibilidad circunscrito de manera específica a alguno o algunos aspectos constitucionales de la norma, sin haberlos agotado en su totalidad, lo que conduce a que, aun existiendo ya sentencia declaratoria de la constitucionalidad del precepto, subsiste la posibilidad de nuevo análisis de la disposición correspondiente, no ya por los conceptos precedentes -respecto de los cuales se juzgó y a los que no puede volverse- sino por otros sobre los cuales en el primer fallo no se pronunció la Corte."[5]

Se concluye, pues, que no opera la Cosa Juzgada en los términos planteados por la representante del Ministerio de Defensa, debiendo la Sala avanzar en el estudio del presente asunto.

2.2 La aptitud de los cargos formulados

Observa la Corte que no obstante que se admitió la demanda y se dispuso la prosecución del procedimiento, al estimarse atendidos los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, al momento de proferir sentencia, se requiere un análisis más detallado sobre la aptitud de aquella pues, podrían tener lugar situaciones que afectan de manera significativa la viabilidad de los cargos elevados por el actor, contra el artículo 13 del Decreto-Ley 1793 de 2000.

En la sentencia C-1052 de 2001, M.P. Cepeda Espinosa, la Corporación hizo una síntesis de la jurisprudencia sobre las condiciones de la demanda y señaló:

"… el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada, debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto."

Y en decisión posterior precisó

"(…) el demandante debe identificar el objeto, sobre el que versa la acusación, para lo cual debe señalar cuáles son el precepto o los preceptos jurídicos que estima contrarios a la Constitución y realizar en la demanda su transcripción literal o acompañar un ejemplar de la publicación oficial de las mismos.

En segundo lugar, el demandante debe expresar el concepto de la violación, esto es, las razones por las cuales considera que las disposiciones acusadas son contrarias a la Constitución"[6]

En lo concerniente al concepto de violación, la Sala ha sostenido que la efectividad del derecho político encaminado a defender el ordenamiento jurídico, depende de que las razones esgrimidas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes[7]. Con apego a las directrices que por regla general, informan el control de constitucionalidad en Colombia, entre las que se halla la imposibilidad del Juez Constitucional de sustituir al actor en el cumplimiento de sus deberes, las pautas anotadas se tornan en inexcusables parámetros de evaluación del libelo presentado por el ciudadano.

El estudio preliminar, resulta de capital importancia, dado que de ello depende la formulación de un problema jurídico, conducente a una decisión de fondo sobre los cargos. Para tal cometido y, teniendo en cuenta los requisitos expuestos, se considerará, en primer

lugar, la acusación por el presunto quebrantamiento del artículo 13 de la Carta y, posteriormente, se revisará la tacha por la infracción del artículo 29 de la Constitución.

2.2.1 El cargo por violación al mandato de igualdad

La acusación por vulneración al mandato de igualdad, de conformidad con lo manifestado en reiterada jurisprudencia[8], supone unas exigencias adicionales a las referidas de manera general para los cargos presentados ante la Corte Constitucional. En este sentido, la Corporación ha explicado que:

"(…) para efectos de configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, no es suficiente con sostener que las disposiciones objeto de controversia establecen un trato diferente frente a cierto grupo de personas y que ello es contrario al artículo 13 (…). También es imprescindible que se expresen las razones por las cuales considera el acusador que la supuesta diferencia de trato resulta discriminatoria, sustentando tal discriminación con argumentos de constitucionalidad dirigidos a cuestionar el fundamento de la medida (…)". [9]

Para la Sala, la demanda en estudio censura el trato diferente del cual son objeto los soldados profesionales, comparado con el tratamiento dado a los restantes miembros de la fuerza pública en materia de retiro discrecional. En el caso de los soldados profesionales, a tenor del artículo 13 tachado, basta la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa respectiva, en el caso de otros miembros de la fuerza pública, como los agentes y personal de nivel ejecutivo de la Policía, se requiere la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación correspondiente. Para los oficiales y suboficiales del Ejército, en caso de retiro discrecional, debe mediar la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares. En tratándose de oficiales de la Policía Nacional, se requiere el concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación correspondiente, igual acontece con los suboficiales de la Policía. Dicho tratamiento diferencial, se contrae a la existencia de la recomendación del comité evaluador del caso, pues, no se contempla dicha exigencia normativa cuando se trata de soldados profesionales.

Como se puede observar, el actor, no cumple con la carga de denunciar un tratamiento desigual a dos grupos de sujetos en igualdad de condiciones. De una parte, existen diferencias trazadas desde la misma Constitución entre los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pues mientras a los primeros se les asigna, en el inciso 2º del artículo 217 de la Carta, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, a la Policía, como cuerpo armado de naturaleza civil, se le ordena, en el inciso 2º del artículo 218, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y, para asegurar la convivencia en paz.

Lo anterior resulta suficiente para dejar en claro que a pesar de pertenecer a la fuerza pública, ambos grupos de servidores son claramente diferenciables y ello, en principio, explicaría un trato distinto.

Podría pretenderse que la comparación deficientemente planteada por el actor, conserva su validez cuando se restringe a los miembros del ejército, sin embargo, este planteamiento

tampoco, se sostiene dado que entre oficiales suboficiales y soldados profesionales de las fuerzas militares hay desemejanzas, establecidas en la Ley. Así, al caracterizar los oficiales de las armas en el ejército, el artículo 12 del Decreto 1790 de 2000, modificado por el artículo 3º de la Ley 1104 de 2006, estipula que "son todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y la conducción de los elementos de combate y apoyo de combate del Ejército en todos los escalones de la jerarquía militar". Al referirse, a los suboficiales de las armas del ejército, el artículo 18 del Decreto 1790 de 2000, compilado por el Decreto 1428 de 2007, establece que se trata de "todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército". En tanto que, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1793 de 2000, los soldados profesionales, se definen como "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Se observa, que los soldados profesionales actúan en las unidades de combate, ejecutan las operaciones militares y carecen de la facultad de mando y conducción atribuida a los oficiales y suboficiales del mismo cuerpo armado. Para la Sala, no se está frente a grupos iguales con un tratamiento desigual, sino que se trata de grupos desiguales frente a los cuales cabe admitir tratamientos disímiles. No sobra anotar que el actor, ni siquiera, aludió someramente a la trascendencia o intrascendencia de la caracterización de cada grupo establecida en la Ley.

Por otra parte, y de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, el accionante debió cuestionar con razones de orden constitucional el fundamento de la medida que en su sentir resulta inconstitucional. En el libelo, se pregunta por el motivo del trato diferenciado. Al respecto parece sugerirse que se trata del mejoramiento del servicio, pero, no se consigna una consideración sobre la inconstitucionalidad de este fin o, de la prevalencia de otros fines constitucionales mejores que conduzcan al Tribunal Constitucional a estimar la posibilidad de excluir la norma del ordenamiento jurídico.

En el escrito de cargos se reseña como motivo de inconformidad que el retiro sin evaluación previa permite adoptar decisiones fundadas en intereses particulares. Esto es, el actor cree que un motivo de inconstitucionalidad es el riesgo de que el derecho pueda ser desconocido. Con tal forma de razonar, se podría pensar que todas las normas jurídicas en riesgo de ser transgredidas son inconstitucionales. La Corte, al referirse a la pertinencia del cargo, ha explicado que los cuestionamientos fundados en una indebida aplicación de la norma o en la inconveniencia de la misma, afectan la aptitud de la acusación y pueden conducir a un fallo inhibitorio.

Como corolario de la labilidad argumentativa en el cargo en estudio, se reclama, en atención a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, un trato igual para los soldados profesionales en lo que tiene que ver con una valoración previa y objetiva al ser retirados en ejercicio de la facultad discrecional. El punto es que en ningún lugar se explicitan tales parámetros, pues, en el capítulo sobre la violación del mandato de igualdad, se transcribe el aparte de una decisión que se limita a proscribir la discriminación y a

destacar la importancia del trato igual, consideraciones importantes, pero insuficientes frente a la exigencia varias veces mencionada.

En consecuencia, la Sala, dada la ineptitud del cargo estudiado, se inhibirá de pronunciarse de fondo sobre el mismo.

2.2.2 El cargo por violación del derecho al debido proceso

A diferencia del cargo analizado precedentemente, las acusaciones por quebrantamiento del debido proceso, resultan menos estrictas, por ello, la Sala se contrae a revisar la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia del cuestionamiento.

En el sentir del actor, el artículo 13 del Decreto-Ley 1790 de 2000, resulta violatorio del derecho al debido proceso y, más específicamente, del derecho de defensa, al permitir como único fundamento del retiro discrecional de los soldados profesionales la expresión subjetiva del Comandante de la Unidad Operativa del caso. Adicionalmente, observa que se lesiona el derecho a la defensa, puesto que al retirado, le resulta imposible controvertir los argumentos de una sola persona que solicitó su desvinculación. Agrega, además, que la vulneración se agrava, pues, la solicitud no se le notifica al retirado, refiere de manera textual:

"(…) es válido afirmar que la inexistencia de una junta o un Comité que evalúe el desempeño laboral de los soldados profesionales previo del retiro discrecional, vulnera directamente el derecho al debido proceso, toda vez que; el nominador los únicos fundamentos que puede utilizar para retirar al funcionario es el que fue expresado subjetivamente por el Comandante de la Unidad Operativa Respectiva, del cual no se posee plena certeza que haya examinado a fondo la hoja de vida del soldado, los informes de inteligencia y contrainteligencia, observar si poseía investigaciones disciplinarias, es decir; él se encuentra facultado según el artículo 13 del Decreto 1790 para solicitar el retiro a su antojo de los soldados profesionales que se encuentren bajo su unidad operativa. Partiendo de lo recitado, es deducible que el soldado es cohibido de ejercer su derecho a la defensa, toda vez que, le es imposible controvertir los argumentos que una sola persona realiza para solicitar su retiro de la institución debido a que la norma lo faculta para realizarlo de forma discrecional, generando incertidumbre con respecto de los parámetros subjetivos u objetivos para llevar a cabo una solicitud de retiro discrecional, y peor aún; dicha solicitud JAMÁS LE ÉS NOTIFICADA, lo cual termina de desgarrar por completo el derecho al debido proceso (…)."

Para la Corte, está claro que el texto acusado defiere al Comandante de la Unidad Operativa la facultad de solicitar el retiro. Igualmente, se encuentra que según la demanda, la referida estipulación, sumada a la ausencia de una junta o comité de evaluación, atenta contra el artículo 29 Superior, pues, implicaría el desconocimiento de garantías constitucionales. Por ende, entiende la Corte que la censura resulta inteligible, se refiere a una disposición existente y apunta a plantear una incongruencia con contenidos de la Carta.

Como refuerzo de la tacha, se enlistan diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar los actos administrativos que recomiendan el retiro de los miembros de la Fuerza Pública del servicio.

Para la Corte los motivos expuestos respecto de este cargo y, aunados a la aplicación del principio pro actione, según el cual, “la exigencia de los requisitos formales para la presentación de una demanda, (i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio ese derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor.”[11], permiten desatar la acusación propuesta, previa formulación del problema jurídico.

3. El problema jurídico

Para el actor, el artículo 13 del Decreto-Ley 1793 de 2000, al permitir el retiro discrecional de los soldados profesionales del servicio público con el solo requerimiento del Comandante de la Unidad Operativa respectiva, vulnera el artículo 29 de la Constitución, en particular, si se tiene en cuenta que la decisión no se notifica, y no existe una junta o comité evaluador que conceptúe sobre la solicitud de exclusión. Según las intervenciones del Ministerio de Defensa y la Universidad Militar Nueva Granada, el precepto se ajusta a la Constitución. Igual es el sentir expresado en el concepto de la Procuraduría General de la Nación. Por el contrario, la Asociación Colombiana de Soldados e Infantes de Marina Profesionales en Retiro y Pensión de las Fuerzas Armadas, comparte la solicitud del inexequibilidad presentada por el actor aunque acepta que la discrecionalidad de los actos de retiro de la Fuerza Pública tiene respaldo constitucional. Al efecto anota que el enunciado legal desconoce el derecho al trabajo y la dignidad humana. La intervención de la Universidad Libre se inclina por la declaratoria de inexequibilidad condicionada, pues, considera que tal como está concebida la norma quebranta el derecho al debido proceso.

Atendiendo los presupuestos anotados, estima esta Corporación que el problema jurídico se puede expresar en los siguientes términos ¿vulnera el derecho al debido proceso y, particularmente el derecho a la defensa, la previsión normativa que autoriza el retiro discrecional de los soldados profesionales con la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa respectiva, y más aún, atendiendo la inexistencia de una junta o comité que conceptúe sobre dicho retiro?

Enunciado el problema jurídico, procede la Corte a considerar los aspectos de fondo que permitan dilucidarlo y emitir el pronunciamiento requerido. Para ello, inicialmente, se abordará, de manera general, el tema del debido proceso en materia administrativa. Seguidamente, se revisará la jurisprudencia en sede de constitucionalidad, proferida por el Tribunal Constitucional sobre la facultad del retiro discrecional de miembros de la fuerza pública del servicio y, finalmente, se resolverá el caso concreto.

4. El derecho de defensa en el marco del debido proceso en las actuaciones administrativas

El procedimiento encuentra su fundamento más general en uno de los elementos definitorios del Estado de Derecho: el principio de legalidad de la administración[12]. Si dicho principio, se entiende como la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, resulta consecuente que un conjunto de reglas rija las actuaciones de quien detenta la autoridad. La doctrina, ha explicado las diversas razones de la procedimentalización de la actividad administrativa. Así por ejemplo, el procedimiento administrativo surge como “una reacción natural del Estado liberal de Derecho ante el

fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la Administración”[13]. Trata de trazar cauces formales similares a los del proceso judicial, pero, adecuados para organismos urgidos de surtir trámites más rápidos y eficaces que los del ámbito judicial.

Otra causa del advenimiento del procedimiento administrativo, es el crecimiento orgánico de la Administración[14]. La existencia de formas predeterminadas, limita la improvisación y preserva la jerarquía de las organizaciones administrativas. Adicionalmente, racionaliza el funcionamiento, pues, ordena la actividad y reduce o evita ineficiencias. Además, torna previsible para los terceros el comportamiento de las autoridades y los resultados del mismo. Se puede afirmar que el proceso administrativo sirve al caro valor de la seguridad jurídica.

En Colombia, los artículos 6, 29, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, contienen expresiones en las que se funda la exigencia del respeto por los procedimientos de la Administración. Sin embargo, no todo procedimiento establecido para regular la actividad administrativa es de recibo constitucional. La Carta contiene imperativos que signan el actuar de la Administración. Por un lado, se establecen finalidades a las tareas administrativas, como acontece con lo dispuesto en el artículo 2 del texto superior, que manda servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fijados por el constituyente, asegurar la convivencia pacífica, proteger a todas las personas, en su vida, honra, bienes y libertades; entre otros fines. Por otra parte, la Constitución consagró unos contenidos que resultan en principio ineludibles en la actuación de las autoridades administrativas, estos contenidos, son los del debido proceso.

El inciso 1 del artículo 29 del Texto Superior establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas. La jurisprudencia de esta Corte ha sentado al respecto:

“(…) el debido proceso se mueve (…) dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”[15].

La jurisprudencia, igualmente ha caracterizado el debido proceso administrativo en los siguientes términos:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”[16]. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la

seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”[17].

Por su parte, esta Corporación ha enlistado los diversos derechos que integran el debido proceso administrativo. Al respecto, se ha sostenido:

“(…) hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i)ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.” (negrilla fuera de texto)

Como se puede apreciar, el derecho de defensa es una de las varias expresiones del derecho al debido proceso.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de definir el derecho a la defensa y, lo ha hecho en los siguientes términos:

“(…) Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”[18].

Como se puede observar, los diversos actos que comprende el derecho de defensa, suponen la participación activa de quien podría resultar afectado por las actuaciones judiciales o administrativas. Se trata, de un derecho que encarna otro valor trascendental en los ordenamientos jurídicos, como lo es, la justicia. Es por ello que, resulta adecuado recordar in extenso lo considerado por la Corte en una de sus decisiones tempranas:

El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito: en primer lugar, porque es contrario a la rectitud de justicia el impedir el derecho natural a la defensa; en segundo lugar, porque si el juez impone requisitos que no están autorizados por la ley, estaría extralimitándose en sus funciones; en tercer lugar, porque falta la rectitud de la razón jurídica.[19]

Por lo que atañe al derecho de defensa en el ámbito de las actuaciones administrativas,

también, la Corporación ha expuesto su criterio. En sentencia C- 089 de 2011M.P. Vargas Silva, se precisó a propósito del derecho de defensa en tratándose del derecho sancionador de la Administración:

El principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública. De esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones, dentro de los claros límites constitucionales. En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración: (i) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial, (iii) se encuentra sujeta al control judicial, y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.[20] Por tal razón, con el fin de garantizar el derecho de defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, todas las garantías esenciales que le son inherentes al debido proceso. (negrillas fuera de texto)

De manera específica la Corporación ha venido identificando los contenidos del derecho de defensa en la esfera de la actividad administrativa, es así como al momento de proteger derechos fundamentales en sede de revisión se ha manifestado:

"(…) El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelante e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución. En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique(…)"[21]

En esa ocasión, la Corte, protegió el derecho a ser notificado en debida forma e hizo énfasis en la importancia del principio de publicidad en la labor de la Administración. En la sentencia T- 1073 de 2008 M.P. Córdoba Triviño, la Sala de Revisión, igualmente advirtió el peso de la notificación y de la motivación de un acto administrativo de retiro discrecional de un suboficial del ejército. El mismo criterio se acogió en las sentencias T- 456 de 2009 M.P. Vargas Silva, T- 665 de 2009 M.P. Calle Correa y, T- 569 de 2008 M.P. Escobar Gil al revisarse la exclusión de soldados profesionales del Ejército en los dos primeros casos y, de un infante de marina en el restante.

Puede pues concluirse que los contornos específicos del derecho de defensa en el procedimiento administrativo, se han ido delineando por el Tribunal Constitucional en la resolución de casos concretos. No sobra advertir que el Código Contencioso Administrativo, en el numeral 1º de su artículo 3, establece como principio que rige las actuaciones administrativas, el debido proceso, con la garantía de los derechos de defensa y contradicción. El mandato reviste especial interés si se advierte que, de conformidad con el

precitado artículo 3º, está dirigido a todas las autoridades y, es criterio interpretativo al momento de aplicar las disposiciones que reglamentan la actividad de la Administración, aunque también es oportuno recordar que, de conformidad con lo normado en el artículo 2 de la precitada Ley 1437 de 2011, las disposiciones de la parte primera del código, no se aplican a los procesos militares y de policía, ni al ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

5. La jurisprudencia sobre el retiro discrecional de miembros de la fuerza pública

No han sido pocas las ocasiones en la cuales la Corte Constitucional ha estudiado disposiciones en las cuales el asunto sometido a debate es la facultad de retiro discrecional de miembros de la fuerza pública. En cada una de tales decisiones, la Corporación, en términos generales, ha estimado como constitucional la consagración de tal atribución en los órganos correspondientes de los respectivos cuerpos armados. Igualmente, el juez constitucional, ha explicado lo que significa y las implicaciones que comporta el ejercicio de dicha prerrogativa en el marco de las instituciones referidas. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de revisar casos concretos, en los cuales el uso de las facultades discrecionales ha concluido con el retiro de miembros de la fuerza pública, de la respectiva institución armada. Es en atención a esta diversa jurisprudencia que se procederá a revisar inicialmente el asunto en sede de constitucionalidad y posteriormente en el marco de algunos pronunciamientos de tutela.

5. 1 El retiro discrecional de miembros de la fuerza pública en sede de constitucionalidad

La Corte, tuvo oportunidad de definir por vía del control automático, la constitucionalidad del Decreto Legislativo 2010 de 1992. Dicho cuerpo legal, preceptuaba, en el artículo 4º, lo siguiente:

“Por razones del servicio determinadas por la Inspección General de la Policía Nacional, el Director General podrá disponer el retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el sólo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 47 del Decreto Ley 1212 de 1990”.

Mediante sentencia C- 175 de 1993 M.P. Gaviria Díaz, la Sala determinó que dicho contenido se ajustaba a la Constitución. En su momento, se advirtió que la policía nacional atravesaba una particular circunstancia de crisis que justificaba la toma de medidas que permitieran el saneamiento de la Institución y la recuperación de la credibilidad ante la opinión pública. Sobre el punto se dijo:

“(…) era urgente e indispensable dotar a la Policía Nacional de un medio idóneo para proceder a su saneamiento con el fin de asegurar el desempeño eficaz de la función pública que le ha sido asignada y en esta forma recobrar la credibilidad y confianza de la ciudadanía(…)”.

Desde aquella ocasión, la jurisprudencia de esta Sala sentaba que, el ejercicio de la facultad discrecional de retiro no era sinónimo de una suerte de poder sin límites y signado por el capricho de aquel funcionario a quien se le entregaba la competencia de decidir la exclusión del uniformado de turno. Manifestó la Corporación:

“La facultad que se atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las “razones del servicio”, no puede considerarse omnímoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, por que como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue (…)”.

En la misma providencia, se precisaba que si se trataba de un retiro por razones disciplinarias, debía surtirse el proceso establecido en el ordenamiento, atendiendo las garantías del debido proceso. Igualmente, la Corporación, estimó que quien hubiese sido objeto del retiro y, no estuviese de acuerdo con lo acontecido, contaba con la respectiva acción contencioso – administrativa para cuestionar los actos administrativos del caso. Como ya se indicó, la disposición fue declarada exequible.

Como se puede observar, el fallo aludido se pronunció sobre disposiciones expedidas con motivo de una situación de excepción, con lo cual se podría pensar que el criterio fijado en la sentencia, obedecía únicamente al contexto anómalo del momento y, por ende, otros pronunciamientos, en otras circunstancias, diferirían de lo valorado. Sin embargo, la pauta trazada, se preservó en la sentencia C- 525 de 1995.

Con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo, la Corte mediante fallo C-525 de 1995, tuvo que decidir la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto-Ley 573 de 1995 y del artículo 11 del Decreto-Ley 574 de 1995, cuyo tenor literal es el siguiente:.

“Artículo 12. Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994.”

“Artículo 11. Retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional la Dirección General de la Policía Nacional podrá disponer el retiro de los agentes con cualquier tiempo de servicio, con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 52 del Decreto 41 de 1994.”[22]

En relación con los enunciados legales acusados, la Corte, recordó las finalidades trazadas por el constituyente a la Policía Nacional dado que las disposiciones en estudio hacían relación a dicha organismo. Los artículos 2, 219 y, en particular, el 218 de la Carta, establecen el telos que debe orientar las actuaciones del cuerpo armado, con lo cual, en el entender de la Sala, resultaban de recibo las medidas adoptadas. Se expuso a la sazón:

“(…) los valores que (la Policía) debe respetar y defender como son la protección de los derechos y libertades, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica, estarán gravemente amenazados o conculcados. Por ello resulta a penas razonable y lógico que en una institución de esta naturaleza sus directivas tengan las más amplias facultades legales y reglamentarias para remover a aquellos de sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar. Si ello resulta lógico en cualquier tipo de entidades estatales, o aún particulares, con más

razón lo es en el caso de la Policía Nacional".

En la misma providencia, se observaba que el retiro discrecional se justificaba por razones del servicio y, para preservar este, se requería de un medio especial sin que ello implicase la extralimitación de atribuciones. Desde esa época, se advertía que el uso de la facultad discrecional no podía desconocer "(…) los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional (…). Para la Corporación, la discrecionalidad presenta "(…) 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 (…)". En lo atinente a las razones del servicio, el Tribunal Constitucional precisó que, están básicamente establecidas en la Constitución, y dada la especial naturaleza de las mismas "(…) la institución esta habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto (…)".

Luego de aludir a razones de orden fáctico que sirvieron para complementar la argumentación sucintamente presentada, el fallador estimó que los mandatos tachados se ajustaban a la Constitución y no vulneraban el debido proceso. Dijo la Corte:

"En cuanto hace a la presunta violación del debido proceso, debe señalarse que las normas acusadas no tienen el carácter de una sanción. En otras palabras, el retiro previsto en ellas tanto de oficiales y suboficiales como de agentes, no es a título de sanción, sino, que como se había explicado, éste se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Cabría hablar de violación del debido proceso, si se tratara de aplicar sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario (…) (negrilla fuera de texto)

No sobra anotar que en el proveído citado se precisaba, a propósito de las funciones de los comités evaluadores, lo siguiente:

"(…) Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (…)" (negrilla fuera de texto)

En su momento, el juez de constitucionalidad entendió como muestra de la razonabilidad de la medida, la actividad de los comités evaluadores al tener como deber la revisión de la hoja de vida del uniformado cuya exclusión se solicitaba.

En 1996 mediante sentencia C- 072 de 1996 M.P. Hernández Galindo, la Corte Constitucional avocó el conocimiento de una demanda contra las disposiciones de los Decretos-Ley 573 y 574 de 1995 que ya habían sido objeto de decisión en la mencionada C-525 de 1995. Adicionalmente, fueron censuradas otras disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 132 de 1995, las cuales se transcriben, en lo pertinente:

ARTICULO 56.- Causales de retiro. El retiro del servicio activo del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se produce por las siguientes causales:

2. Retiro absoluto.

f) Por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional;

“ARTICULO 67. -Retiro por voluntad de la Dirección General. Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía nacional, podrá disponer el retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, con cualquier tiempo de servicio, con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994”.

Igualmente, se estudio la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto-Ley 574 de 1995, cuyo contenido se copia en lo del caso:

Artículo 27.- Causales de retiro. El retiro del servicio activo de los agentes se produce por las siguientes causales:

2. Retiro absoluto.

f) Por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional;

En lo concerniente a los mandatos con fuerza de Ley referidos, la Corte se atuvo al análisis hecho en la sentencia C- 525 de 1995 ya reseñada. Al hilo de la argumentación, agregó que el legislador cuenta con la potestad de establecer las causales de retiro de los servidores públicos. La conclusión de dicha forma de razonar, fue la declaración de constitucionalidad de los enunciados sometidos a estudio.

Posteriormente, mediante sentencia C- 564 de 1998 M.P. Morón Díaz, esta Corporación decidió sobre la constitucionalidad del artículo 55 del Decreto-Ley 041 de 1994. El texto legal revisado, en lo pertinente, fue el siguiente:

“Artículo 55. Funciones del Comité de Evaluación de Suboficiales. Al Comité de evaluación de suboficiales, previo estudio de la hoja de vida y de la trayectoria profesional, en cada caso le corresponde:

“2. Proponer los retiros por incapacidad profesional.

“3. Emitir concepto sobre la continuidad en la institución de los suboficiales en el grado de Cabo Segundo, que se encuentren en período de prueba.

“4. Recomendar el retiro o la continuidad en el servicio de los suboficiales sometidos a observación o evaluación eventual por conducta deficiente.”

En esa oportunidad, la Sala reitero su adhesión a la facultad de retiro discrecional en el ámbito de la fuerza pública. Las razones aducidas para fundamentar la postura fueron las mismas que permitieron en los fallos aquí referenciados pronunciarse a favor de la exequibilidad de los mandatos legales que estipulan la citada prerrogativa de retiro. Expuso

la Corte en el proveído en comento:

"(…) la discrecionalidad para la remoción de suboficiales por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad como lo parece entender el autor en su libelo sino que es un instrumento normal y necesario para el buen funcionamiento de una institución como la Policía Nacional (…)"

En la decisión, el Tribunal Constitucional manifestó que la labor del comité de evaluación contemplado en el precepto cuestionado, estaba basada en "elementos y causales previamente" reglados en la Ley, los cuales hallaban asidero en los motivos del buen servicio público. En lo atinente a la discrecionalidad reiteró que debía atenerse a los requisitos de racionalidad y razonabilidad propios de este tipo de juicios.

Para la Sala, y en lo que aquí interesa, resultó ajustada a la Constitución, la atribución para el comité, de recomendar el retiro de los suboficiales de la Policía Nacional. Sin embargo, al igual que la precitada C- 525 de 1995, se incorporaron consideraciones a propósito del papel de los comités evaluadores en ese tipo de casos, se dijo al respecto:

"(…) En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución(…)"(negrilla fuera de texto)

Particular interés reviste en este examen de la jurisprudencia sobre el retiro discrecional de miembros de la fuerza pública, la sentencia C- 179 de 2006 puesto que en este pronunciamiento fue demandada una disposición que se refiere puntualmente al retiro discrecional, ya no de manera genérica en la Fuerza Pública, sino específicamente en el marco de las Fuerzas Militares. Los textos legales censurados fueron el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 de Decreto-Ley 1790 de 2000. Este último mandato es el que alude específicamente al retiro discrecional de miembros de las fuerzas militares. Las disposiciones legales estudiadas en esa providencia rezan:

"Artículo 104.- Retiro Discrecional. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales con cualquier tiempo de servicio previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el segundo Comandante de Fuerza y el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de Oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto". (negrilla fuera de texto)

"Artículo 4°. Retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales y el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para Suboficiales(…)".

En un acápite elocuentemente denominado “El retiro discrecional del servicio de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares por razones del servicio, no desconoce los principios y derechos constitucionales” la providencia aludida, consignó los motivos que indujeron a la Sala a declarar la exequibilidad simple de los mandatos legales acusados. Tras recordar la importancia del régimen de carrera administrativa y su fundamento constitucional, el fallo reseñado preciso que en tratándose de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, se ha fijado por el constituyente una reglamentación especial. Dijo la Corte:

“(…) Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad[23], de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública (…)” (negrillas fuera de texto)

En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional recordó nuevamente que la flexibilidad del régimen de carrera de los miembros de la Fuerza Pública, no implica una potestad arbitraria, pues lo que resulta predicable es la discrecionalidad, la cual no supone desconocimiento del derecho, sino sujeción al mismo. Precisó la Corporación:

“(…) es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida (…)”

Además, se destacaron en el fallo los fines para los cuales esta instituida la Fuerza Pública, advirtiendo que los mismos deben orientar el ejercicio de la facultad de retiro discrecional. Se señaló al respecto en el proveído:

La facultad discrecional a la que se refieren las normas acusadas para retirar del servicio a funcionarios vinculados a la Policía Nacional o a miembros de las Fuerzas Militares por razones del servicio no puede considerarse omnímoda pues, como se señaló, en un Estado social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen como son garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado. (negrilla fuera de texto)

En lo que respecta a las razones del servicio, entendidas como los móviles que justifican el retiro discrecional, el precedente en referencia, observó que aquellas se definen por la Constitución misma. Sobre el punto se dijo que “(…) las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetas básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte (…)”. En el caso específico de la Fuerza Pública, la facultad discrecional incorporada en la ley, se explicó puntualmente por el siguiente motivo:

"(…) la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por ende, del interés general(…)"

Y seguidamente se agregó:

"(…)la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder(…)"

Por lo que respecta a las tareas de los comités evaluadores y junta asesora en los procedimientos de retiro discrecional de los integrantes de la fuerza pública, se precisó:

"(…) la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.(…)"

Como corolario de los razonamientos expuestos, la Corporación determinó que las disposiciones legales censuradas, no trasgredían la Constitución y, específicamente no se constituían en violatorias del debido proceso puesto que el retiro discrecional, no es el producto de la sanción, sino la consecuencia del ejercicio de una facultad legalmente conferida y ajustada a la Constitución.

En otras ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre el retiro discrecional, aunque sin aludir puntualmente a la fuerza pública. Importante resulta referirse a la sentencia C- 108 de 1995 M.P. Naranjo Mesa, en la cual, se evalúo la constitucionalidad de los artículos 65 y 83 del Decreto-Ley 407 de 1994 que contemplan el retiro de miembros del Cuerpo Penitenciario, cuando así lo disponga el Director General del INPEC, previo concepto de la Junta de carrera penitenciaria. La Corte consideró que:

"(…) la falta de idoneidad de los servidores públicos, por cualquiera de las causas que la generen, es un justo motivo para retirar al empleado que no cumple o no puede cumplir eficientemente su función. La buena ejecutoria de la función pública, se repite, es de interés general, y el Estado no puede patrocinar la falta de idoneidad en el desempeño de un cargo o empleo público, ni una estabilidad carente de sustento ético y sin proyecciones hacia el fin propio de todo servicio público (…)

Aunque en la misma providencia se estableció que el concepto de la junta de carrera podía ser controvertido por el interesado en aras del debido proceso.

En la sentencia C- 048 de 1997 M.P Herrera Vergara, la Corporación se pronuncio a favor de la exequibilidad del literal b) del artículo 66 del Decreto-Ley 2147 de 1989, en el cual, se estableció la posibilidad de retiro discrecional de personal inscrito en el Régimen Especial de Carrera del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. En la decisión se señaló que dada la exigencia de un alto grado de confianza en los funcionarios de ese tipo de instituciones, se hacía menester, proveer a la Administración de un instrumento que permitiera separar a quienes no brindaban la referida confianza. Se manifestó en la providencia lo siguiente:

"Es evidente que los detectives del DAS manejan informaciones secretas reservadas, cuya revelación compromete la seguridad estatal y por ende, dicha actuación así como el desbordamiento de la función pública a ellos encomendada puede generar perjuicios en detrimento de la integridad del régimen constitucional, del mismo organismo y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que deben proteger."

Con tales razonamientos se concluyó:

"(…) es razonable que a ellos se les aplique la excepción al régimen de carrera que le permita al organismo de seguridad hace uso adecuado de un instrumento ágil y expedito para prescindir de los servicios de aquellos funcionarios respecto de los cuales no exista la lealtad, confiabilidad y honradez requerida(…)"

Una argumentación similar se puede verificar en la Sentencia C- 368 de 1999 M.P. Cifuentes Muñoz, en la cual, se revisaba la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 443 de 1998. En esta disposición, se autorizaba el retiro de personal no uniformado de la fuerza pública, cuando, mediando informe reservado de inteligencia, se considerase que la permanencia del funcionario, resultaba inconveniente para la seguridad nacional. Nuevamente, el elemento del alto grado de confianza, desempeñó un papel preponderante en la decisión de esta Corporación. En la decisión citada, se explico que el precitado componente de la confianza, justificaba la flexibilidad de la carrera en instituciones como las que integran la fuerza pública. Se dijo en su momento:

"(…) la jurisprudencia de la Corte en relación con los servidores públicos que desarrollan labores relacionadas directamente con la seguridad del Estado o la seguridad ciudadana se orienta a avalar una flexibilización del régimen de carrera de estos funcionarios. La mencionada flexibilización se ha justificado con tres argumentos, a saber: la autorización constitucional para establecer regímenes especiales de carrera para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P., arts. 217 y 218); la facultad del Congreso para establecer normas especiales para el retiro de funcionarios inscritos en la carrera administrativa (C.P., art. 125, inciso 2); y la obligación del Estado de proteger el interés general, representado en estos casos en la seguridad ciudadana y en la misma seguridad del Estado(…)" [24]

Para el Tribunal Constitucional, la regla extraíble del aparte inmediatamente citado, resulta de capital importancia en el asunto a decidir en esta providencia, pues, se trata de miembros de la Fuerza Pública, en este caso soldados profesionales, consecuentemente, sometidos a un régimen especial de carrera y, una de cuyas tareas es velar por el importante interés de la seguridad nacional. La conclusión a la que arribó el juez constitucional, fue la declaratoria de exequibilidad, siempre y cuando, se tratase de

personal cuyas labores pudiesen afectar "(…) de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado"

Revisado los pronunciamientos de constitucionalidad, pueden adelantarse como conclusiones relevantes para el asunto a resolver, las siguientes:

a- El régimen de carrera administrativa de los servidores de la Fuerza Pública es flexible.

b- Dicha flexibilidad se justifica por el grado de confianza que exige la guarda de los importantes intereses a los que deben servir tales funcionarios.

c- El retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, no contraviene la Constitución, pues, la afectación de la confianza requerida para sus tareas exige la toma de medidas urgentes.

d- El ejercicio de la facultad discrecional para el caso de los servidores aludidos, se orienta por los fines establecidos en la Carta para cada cuerpo armado.

f- Son garantías de límite a la eventual arbitrariedad en el procedimiento de retiro discrecional de integrantes de la fuerza pública, la previa evaluación de su hoja de vida y del motivo de la solicitud del retiro.

Sin embargo, las anotadas conclusiones, deben armonizarse con el derecho constitucional al debido proceso y, más específicamente, al derecho de defensa, respecto de los cuales esta Corte ha proferido decisiones en sede de revisión.

5. 2 Algunas consideraciones frente al retiro discrecional de miembros de la fuerza pública en sede de revisión

Por vía de revisión, las diversas Salas también han tenido ocasión de referirse al ejercicio de la facultad de retiro discrecional a propósito de asuntos que, por importantes que resulten, no atañen directamente al cargo y, consecuentemente, al problema jurídico que en esta decisión se estudia[25]. Con todo, deben mencionarse algunas decisiones que interesan directamente a la cuestión a resolver.

Pertinente resulta recordar lo consignado en la sentencia T- 432 de 2008 M.P. Cepeda Espinosa, cuando se resolvió la solicitud de protección de los derechos fundamentales por parte de un carabinero de la Policía, quien había sido retirado de la institución sin la correspondiente valoración de su hoja de vida. Dijo la Corte entonces:

"(…) se presenta una situación que parece, prima facie, sorprendente. Se observa – y la Institución no desvirtúa que haya sido así – que el actor a lo largo de su carrera como policía, obtuvo numerosos reconocimientos y buenas calificaciones, así como diversos ascensos hasta llegar al grado de Intendente.[26] Igualmente advierte esta Sala que no obtuvo sanciones de carácter disciplinario. Todos estos aspectos permiten inferir su buen desempeño dentro de la Institución.(…)"

En su momento, este aspecto fue valorado como importante para el ejercicio del derecho

de defensa del accionante.

Posteriormente se expidió la sentencia T- 569 de 2008 M.P. Escobar Gil, en la cual, se pretendía fijar el alcance de la facultad discrecional de retiro de la institución armada en el caso de un infante de marina. En esa oportunidad, luego de reiterar los criterios establecidos por la Corte sobre la prerrogativa en estudio, se dijo, a propósito, del procedimiento de retiro discrecional de los soldados profesionales lo siguiente:

"(…) la situación del soldado profesional no es equiparable a la del oficial o suboficial del Ejército o de la Policía y que en el caso de los oficiales o suboficiales la motivación está garantizada mediante la exigencia de un comité encargado de emitir un concepto previo al retiro, mientras que en relación con los soldados profesionales la ley no establece la convocación de ningún comité (…)"

Respecto de la ausencia de una junta o comité que conceptuara sobre el retiro discrecional del uniformado, en el fallo se estimó que el legislador puede establecer la protección del debido proceso de diversas maneras. Se concluía sobre el punto que, no hay una fórmula exclusiva para garantizar el respeto y cumplimiento de los varios contenidos del artículo 29 de la Carta. Pero, la diversidad de formas establecidas para la protección del derecho, no es sinónimo de ausencia de protección del mismo y, menos aún si el móvil del mecanismo diverso estriba en la ubicación del interesado en la jerarquía militar, señaló la Corte:

"(…) aunque la organización jerárquica comporta diferenciación, las diferencias en ella sustentadas no tienen relevancia suficiente como para establecer un distinto grado de protección de los derechos fundamentales, ni para excluir del ámbito protector de los derechos algunas garantías ligadas al debido proceso cuando se predican de las personas ubicadas en la base de la comentada jerarquía.(…)"

En el mismo caso, la Sala de revisión destacaba la incongruencia entre los logros consignados en la hoja de servicios del afectado y la solicitud de retiro que condujo a la vulneración de sus derechos.

De igual manera, las sentencias T- 824 de 2009 y T- 638 de 2012 M.P. Vargas Silva y, T- 265 de 2013 M.P. Palacio Palacio, al pronunciarse sobre la demanda de protección de derechos fundamentales de miembros de la fuerza pública, inconformes con el uso de la facultad de retiro discrecional; establecieron la importancia del historial incorporado en las correspondientes hojas de vida de los uniformados, así como de los motivos de la solicitud de retiro.

En la sentencia T-655 de 2009 M.P. Calle Correa, a propósito de un problema jurídico diferente al que ocupa en este proveído a la Sala Plena, pero que involucraba a un soldado profesional, la respectiva Sala de Revisión, reiteró los criterios sobre el retiro discrecional de miembros de la fuerza pública y, se pronunció sobre la motivación del acto administrativo que dispone la exclusión del uniformado. La misma forma de razonar se mantuvo en la sentencia T-862 de 2010 M.P. Calle Correa.

En un asunto en el cual se discutía si el desconocimiento del contenido de la orden de personal que ordenó el retiro, vulneraba el derecho al debido proceso, la correspondiente

Sala, mediante sentencia T-456 de 2009 M.P. Vargas Silva, advirtió la presencia de un procedimiento en el retiro discrecional de los soldados profesionales. Expuso el Juez de Revisión:

"(…) existe también un procedimiento previo que permite determinar la causa de retiro: la solicitud del Comandante Operativo de Unidad que, en concordancia con lo expuesto, debe tener como fundamento razones que se relacionen inequívocamente con la prestación adecuada del servicio(…).

Y en pie de página advertía para el caso del retiro discrecional de los soldados profesionales, la ausencia de juntas o comités que conceptuasen previamente sobre la exclusión del uniformado de turno, mas no por ello, se estimó la violación del debido proceso.

Finalmente, por sentencia T-585 de 2011 M.P. Pretelt Chaljub, frente a la falta de pago y reconocimiento de unas incapacidades médicas a un soldado profesional, el Juez de Revisión, reiteró que el retiro discrecional, no es sinónimo de arbitrariedad. Dijo la Sala de Tutela:

"(…) en una institución de esta naturaleza, sus directivas tienen facultades de discrecionalidad para remover a sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar, o bien por otras razones que justifiquen su proceder, como incapacidades de carácter permanente o parcial que les impidan continuar prestando el servicio. No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no debe significar arbitrariedad."

Se puede afirmar que, en sede de tutela, la Corte ha sostenido los criterios de proscripción de la arbitrariedad en el uso de la facultad de retiro discrecional de los soldados profesionales y, en cada caso concreto ha considerado que las vías normativamente previstas se ajustan a lo mandado en el artículo 29 del Texto Superior. No obstante, también se ha fijado el peso del concepto previo a la solicitud de retiro y, la relevancia del análisis de la hoja de servicios de aquel cuyo retiro se depreca, así como el móvil en el cual se funda tal requerimiento de exclusión.

6. El artículo 13 del Decreto-Ley 1793 de 2000 frente al derecho de defensa

Una vez establecidos los presupuestos que en el sentir de la Sala se requieren para decidir de fondo sobre el cargo formulado contra el artículo 13 del Decreto-Ley 1793 de 2000, procede el Tribunal Constitucional a desatar el problema jurídico planteado.

Se trata de establecer si el enunciado con fuerza de Ley que autoriza el retiro discrecional de soldados profesionales por decisión del Comandante de la Fuerza, resulta violatorio del debido proceso y, específicamente del derecho de defensa, en especial, al no existir una junta o comité que conceptúe sobre la exclusión de los uniformados de la institución castrense.

Para la Sala, resulta suficientemente claro que el ejercicio de la prerrogativa de retiro

discrecional en cabeza del Comandante de la respectiva Fuerza y, establecida en un Decreto-Ley, encuentra fundamento constitucional en varios mandatos del Texto Superior. En primer lugar, el inciso 4 del artículo 125 al referirse a los empleos en los órganos y entidades del Estado contempla que:

"(…) El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley."

Por tanto, el legislador está autorizado para establecer causales diferentes al rendimiento no satisfactorio y la infracción del ordenamiento disciplinario que, conduzcan al retiro del funcionario del organismo respectivo.

En segundo lugar, el inciso 3º del artículo 217 de la Carta, contempla la facultad del legislador para determinar, entre otras situaciones, el régimen especial de carrera en las Fuerzas Militares. Reza la Constitución al respecto:

"(…) La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio."

En tercer lugar, dados los importantes bienes cuya guarda se le encargó por el constituyente a las Fuerzas Militares permanentes, como lo son, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; claramente se explica por qué resulta aceptable que su continuidad en el servicio deba ceñirse a una normatividad diferente.

La jurisprudencia sobre el retiro discrecional, reseñada particularmente en el acápite 5.1 de esta providencia, ha sido suficientemente consistente sobre la constitucionalidad de la facultad de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública. En este caso, los soldados profesionales se adscriben, sin ninguna clase de dudas, a ese conglomerado, dada su específica vinculación como servidores de las fuerzas militares acorde con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1793 de 2000.

Para la Sala, los soldados profesionales habida consideración de su delicada misión de ejecutores de operaciones militares, para la conservación y restablecimiento del orden público, están en una especial situación que presupone un altísimo grado de confianza en el cumplimiento de sus deberes. En Colombia, la frecuente afectación del orden público, exige de sus directos guardianes las más excelsas calidades. Por ende, la evidencia de cualquier tacha sobre su idoneidad o pulcritud profesional, no solamente puede comprometer a la institución armada, sino a la estabilidad del Estado mismo. No pocas de las misiones llevadas a cabo en el teatro de operaciones, comprometen la vida e integridad de los miembros del grupo armado, con lo cual, el nivel de responsabilidad y compromiso requerido, no es el ordinario de cualquier servidor público.

En tales circunstancias, los comandantes deben contar con un instrumento jurídico que les permita subsanar, a la mayor brevedad posible, las dificultades derivadas de subalternos cuya condición se torne en obstáculo para el logro de los cometidos constitucionales

referidos. No es un secreto, que, infortunadamente miembros de la institución se han visto involucrados en hechos reprobables como ejecuciones extrajudiciales encaminadas a presentarse como logros del quehacer militar. Tampoco es un secreto que miembros de la institución son objeto de investigación en la Justicia Penal Militar o en la jurisdicción ordinaria, en razón de la comisión de conductas punibles que deterioran la imagen del cuerpo armado frente a la opinión pública, comprometiendo con frecuencia la responsabilidad patrimonial del Estado. El retiro discrecional se ofrece como el mecanismo adecuado para atender con prontitud la necesidad de separar del grupo a aquellas personas cuya conducta no se corresponde con las condiciones propias de quien debe velar por la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia acopiada en el capítulo 5 del presente proveído, la facultad discrecional, no es un poder omnímodo, se trata de una prerrogativa que debe orientarse a los fines establecidos en la Carta Política, de un lado, los específicos establecidos en el inciso 2º del artículo 217 y, de otro, los generales consagrados en el artículo 2º del referido Texto Superior; ello sin perjuicio de los que legítimamente pueda el principio democrático, en desarrollo de la Constitución, establecer.

Los poderes discrecionales, ha dicho Eduardo García de Enterría, comportan la presencia de “elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos[27]”. Esta Corporación, como se puede verificar en la jurisprudencia citada, ha deslindado la arbitrariedad de la discrecionalidad y ha explicado que esta última es controlable en sede judicial. Por ende, no es de recibo un argumento que califique, sin más, la discrecionalidad como arbitraria.

Para el actor, la solicitud hecha por el Comandante de la Unidad Operativa respectiva, al Comandante de la Fuerza, en el sentido de excluir a un soldado profesional, implica el uso del poder público al servicio de los intereses particulares. Tal afirmación, no pasa de ser una suposición que no se desprende del enunciado legal. Del hecho que una norma pueda ser transgredida, no se puede concluir su inconstitucionalidad.

Otro aspecto de singular interés en este juicio, hace relación, a la inexistencia de una junta o comité que conceptúe sobre la solicitud de retiro discrecional, para el caso de los soldados profesionales. Para la Sala, la ausencia de tal organismo, no conduce necesariamente a la arbitrariedad. La presencia de este tipo de entes, tampoco garantiza la transparencia de los procedimientos. Por ello, todas las actuaciones de la Administración resultan controlables en sede judicial, puesto que los poderes públicos no son infalibles. Se entiende entonces que no puede tener lugar una suerte de declaratoria condicionada, encaminada a crear un organismo que lleve a cabo la tarea de conceptuar previamente al retiro discrecional del soldado profesional como parece anhelarlo el demandante. La creación de tales entes, es del resorte del legislador y no del Tribunal Constitucional.

Encuentra sí la Corte que, resulta exigible en aras de la realización efectiva del derecho de defensa, de quien es excluido de las fuerzas militares, la consideración exhaustiva de los logros y fallos consignados en su hoja de vida. Dichos elementos se constituyen en factores

a tener en cuenta por el Comandante de Unidad Operativa que solicita la exclusión del soldado de turno. Adicionalmente y, de conformidad con las diversas jurisprudencias acopiadas en el apartado 5 de la parte considerativa de este pronunciamiento, también deberá analizarse de manera juiciosa el motivo por el cual se eleva la solicitud a quien deberá decidir la procedencia o improcedencia del retiro pedido. Estos requerimientos preservan la facultad de retiro discrecional por parte de los mandos militares, pero, a su vez, protegen el debido proceso y, en particular, el derecho de defensa de las personas que prestan el servicio militar en calidad de soldados profesionales.

Esta corporación considera que el retiro discrecional del soldado profesional, está mediado por un procedimiento, el cual se inicia con la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa y se cierra con la decisión del Comandante de la Fuerza. Ambos funcionarios están sometidos al ordenamiento jurídico y, son los fines establecidos en la Constitución y la Ley expedida en desarrollo de la Carta, los que deben signar sus actuaciones.

Adicionalmente, el precepto cuestionado, establece que los móviles del retiro son las razones del servicio. Entre dichas causas, en concreto, se tienen la mentada evaluación de la hoja de servicios del soldado profesional, así como el estudio del motivo que conduce al respectivo Comandante de la Unidad Operativa a pedir la exclusión de su subalterno. Entiende la Corte que esta exigencia normativa, expuesta igualmente por la jurisprudencia, proscribe el interés particular como motivo que explique el retiro discrecional de un soldado profesional y, en caso de quebrantarse, serán los jueces los que deban ordenar la reparación del eventual agravio causado.

Para el Tribunal Constitucional, no hay una única forma de buscar la realización del debido proceso y del derecho de defensa en las actuaciones administrativas. En la baraja de opciones, el legislador estimó que para el caso de los soldados profesionales, lo contemplado en la disposición cuestionada es lo adecuado. En tanto la vía fijada por el legislador no vulnere la Constitución, no resulta aceptable declarar la inexequibilidad del texto legal, lo que si corresponde es consignar la interpretación derivada del enunciado, cuyo vigor compagine la potestad discrecional de retiro con el derecho de defensa del posible afectado.

Además, para el Tribunal Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, el uso de la prerrogativa del retiro discrecional, supone el acatamiento de la regla, según la cual, una decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de la potestad y, debe ser proporcional a los hechos que la motivan, esta proporcionalidad se alcanza con las condiciones que en esta decisión se fijan a la actividad del Comandante de Unidad Operativa al pedir el retiro del soldado. Esta estipulación en materia de decisiones discrecionales, no solo tiene asidero jurisprudencial, sino que cuenta con soporte legal, recogido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

De conformidad con lo dicho, no encuentra la Corte razones para predicar el quebrantamiento del derecho de defensa. Para la Sala el desconocimiento del citado derecho, no se desprende de lo establecido por el principio democrático, sino justamente de inobservar lo establecido en la Ley y lo mandado por la Constitución. Así, por ejemplo, el actor manifiesta que la falta de notificación del acto, es un elemento que viola el derecho de

defensa, pero se advierte que, en esa hipótesis, se estaría vulnerando el principio de publicidad consagrado como uno de los faros de la función administrativa en el artículo 209 de la Carta.

Como una nuda declaración de exequibilidad podría comportar una interpretación del texto legal estudiado que, implique la vulneración del derecho de defensa de los soldados profesionales cuya separación se solicita por parte del Comandante de Unidad Operativa, el Tribunal Constitucional, procederá a conservar el enunciado dentro del ordenamiento jurídico, con la condición que en adelante se entienda que la facultad de retiro discrecional supone, previamente a la solicitud de desvinculación, un análisis y valoración de la hoja de vida y del motivo del retiro, semejante al que realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales del ejército. Encuentra la Corte que este entendimiento del artículo 13 del Decreto Ley 1793 de 2000, resulta admisible no solo por atender el principio democrático, contenido en la Carta y en el principio de conservación del derecho, sino, también, por avenirse con los mandatos del Texto Superior.

VII. Síntesis del fallo

La Corte estudió los dos cargos formulados por el actor contra el artículo 13 del Decreto Ley 1793 de 2000. La primera de las acusaciones estaba encaminada a evidenciar la presunta infracción del artículo 13 de la Carta, por parte del mandato legal; la segunda, apuntaba a lograr una declaración de inconstitucionalidad o, en su defecto, un fallo condicionado por la hipotética violación del derecho al debido proceso y, más específicamente, al derecho de defensa.

En relación con la primera censura, la Corporación reitera que los cargos por desconocimiento del mandato de igualdad, resultan más exigentes que los cuestionamientos por quebrantamiento de otros preceptos de la Carta. En el caso en estudio, el actor no demostró que sujetos en situaciones iguales eran objeto de tratamientos distintos, equivocadamente estimó que los miembros de la policía Nacional, se podían asimilar, sin más, a los integrantes de las Fuerzas Militares, reclamando por ello tratamientos idénticos. Olvidó la acusación que, constitucionalmente se han establecido diferencias sustantivas entre los fines de las dos instituciones. Igualmente, pretendió equiparar los soldados profesionales con los oficiales y suboficiales de las Fuerzas militares, cuando, legalmente, se han trazado diferencias entre tales grupos de uniformados. En suma, no se estaba frente a situaciones iguales objeto de tratos distintos. El libelista tampoco adujo razones que permitieran dudar de la validez constitucional de la medida atacada. Por ende, la Corporación estima que el cargo no resultaba apto y se inhibe de pronunciarse de fondo sobre el mismo, dada la imposibilidad de ejercer control constitucional oficioso o subsanar las carencias del demandante.

En cuanto al cargo por violación del debido proceso y especialmente del derecho a la defensa, al autorizar el retiro discrecional de los soldados profesionales con la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa respectiva, la Corte consideró que es una medida que tiene justificación constitucional en razón de los importantes fines establecidos en la Constitución a cargo de la institución militar, como lo son la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional. A su juicio, se justifica la

concesión de una herramienta jurídica que permita excluir del servicio a quien no tenga las calidades profesionales para el desempeño de tan delicada labor.

Al mismo tiempo, advirtió la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, toda vez que las decisiones discrecionales deben estar orientadas por la Constitución y las leyes que la desarrollan, por eso son susceptibles de control judicial. Con el propósito de garantizar de manera efectiva el derecho de defensa y el acceso a la justicia del soldado profesional que es excluido del servicio, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 a que previo a la solicitud de desvinculación se valoren por el Comandante de Unidad Operativa, la hoja de vida y el motivo del retiro, en forma semejante a como lo realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales, toda vez que, independientemente de las diferencias, no puede desconocerse el derecho de defensa que sería nugatorio sin dicha valoración. De esta forma, se mantiene una medida legal que se justifica constitucionalmente y al mismo tiempo se salvaguarda un derecho fundamental que reconoce la Constitución a toda persona.

De acuerdo con lo dicho, en aras del debido proceso y, puntualmente del derecho de defensa, se impone la consecuente declaratoria de constitucionalidad condicionada.

VIII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE por el cargo analizado, el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 en el entendido que previo a la solicitud de desvinculación debe efectuarse un análisis y valoración de la hoja de vida y del motivo del retiro, semejante al que realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales del ejército.

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

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-758/13

REGIMEN DE CARRERA Y ESTATUTO DEL PERSONAL DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Mientras existan suficientes garantías, no se violan los principios de igualdad y debido proceso al facultar al Comandante de la Fuerza a retirar discrecionalmente soldados profesionales, sin previo concepto favorable del comité de evaluación (Aclaración de voto)/POTESTAD DE RETIRO DISCRECIONAL DEL COMANDANTE DE LAS FUERZAS MILITARES-Es admisible en la medida en que haya otras garantías suficientes para los soldados (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES EN CONTEXTOS DE RETIRO DISCRECIONAL-Jurisprudencia Constitucional (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES-Existencia de garantías posibilita el ejercicio de una facultad discrecional de retiro (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-9580

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 del Decreto 1793 de

2000, “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

Actor:

Hans Alexander Villalobos Díaz

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte y el Magistrado ponente, aclaro el voto. Coincido con la mayoría de la Sala en que, mientras existan suficientes garantías, no se violan los principios constitucionales de igualdad y debido proceso al facultar al Comandante de la Fuerza a retirar discrecionalmente soldados profesionales, sin previo concepto favorable de un comité de evaluación. No obstante, obsérvese que esta potestad de retiro discrecional es admisible en la medida en que haya otras garantías suficientes para los soldados. La Corte es consciente de esta condición, y la considera cumplida en este caso. No obstante, se abstiene de expresar con claridad cuáles son esas garantías y, en consonancia, si son suficientes o no.

Sin perder de vista la concurrencia de otras posibles, considero que las indicadas en la norma demandada y en la jurisprudencia de la Corte –en especial en la sentencia T-569 de 2008- constituyen un elenco mínimo de derechos de los soldados profesionales en contextos de retiro discrecional, sin el cual el juicio de constitucionalidad de la disposición controlada podría ser distinto:

(i) En primer lugar, debe haber una solicitud de retiro, suscrita por los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva (Dcto 1793 de 2000 art 13);

(ii) Esa solicitud debe estar fundada por razones del servicio, las cuales deben además invocarse de forma expresa. Esta exigencia se infiere de la norma acusada y de la sentencia mencionada, que dice:

“Nótese que, pese a no estar prevista la convocación de una junta o comité, existe un procedimiento mínimo que conduce a la determinación de la causa del retiro, puesto que incorpora la solicitud del Comandante de la respectiva unidad operativa, quien no puede ni debe aducir motivos caprichosos o arbitrarios, sino causas que tengan la entidad suficiente para justificar una medida drástica como lo es el retiro del servicio”;

(iii) Aparte, el Comandante de la Fuerza debe verificar la validez de las razones que se invoquen para pedir el retiro. La sentencia T-569 de 2008 dice:

“[…] el Comandante de la Fuerza no puede decidir el retiro sin contar con la previa solicitud del Comandante de la Unidad Operativa, solicitud que, por lo tanto, no es facultativa en el sentido de que pueda exigirse o dejar de exigirse, pues siempre debe ser presentada y siempre debe dar lugar a una diligencia de verificación en guarda de los derechos de la persona potencialmente afectada” (énfasis añadido);

“No basta, entonces, aducir, en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, “razones del servicio”, pues en cada caso el retiro ha de ser objeto del análisis y de la justificación que pongan al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es, así, un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto sólo cuando se sabe a ciencia cierta cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema ante los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio en los motivos esgrimidos por la administración y no en desentrañar cuáles fueron esos motivos” (énfasis añadido)

(v) Finalmente, como lo prevé el condicionamiento de esta decisión, y sin perjuicio de ulteriores garantías, es preciso que previo a la solicitud de desvinculación se adelante efectivamente un análisis y se valoren la hoja de vida y el motivo del retiro, de un modo semejante a como actúan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales del ejército

Es la existencia de este grupo de garantías la que posibilita el ejercicio de una facultad discrecional de retiro como la demandada.

En estos términos, dejo consignados los motivos por los cuales aclare el voto.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Al respecto, ver el artículo 62 del Decreto de 1791 del 2000, el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto 1790 del 2000.

[2]Consideraciones sobre el punto se pueden revisar en las Sentencias C-397 de 1995 M.P. Hernández Galindo; C-774 de 2001 M.P. Escobar Gil. y C-310 de 2002 MP. Escobar Gil.

[3]Sentencia C-397 de 1995 M.P. Hernández Galindo; Auto 289A de 2001 M.P. Montealegre Lynett; y sentencias C-774 de 2001 M.P. Escobar Gil. AV. Cepeda Espinosa; C-394 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-030 de 2003 M.P. Tafur Galvis; y C-181 de 2010 M.P. Pretelt Chaljub).

[4] Sentencia C-031 de 2012, M.P. Sierra Porto.

[5] Sentencias C- 925 de 2000, M.P José Gregorio Hernández Galindo y C-760 de 2001, M.P. Cepeda Espinosa y Monroy Cabra.

[6] Sentencia C-1031 de 2002 M.P. Escobar Gil

[7] Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Cepeda Espinosa. De manera específica las exigencias de la demanda en lo atinente al concepto de violación se han explicado así :

La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de

inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental" no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

(que) las razones sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda

(…) las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través "de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada". El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales" que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. (…).

La pertinencia (…). Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que "el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico"; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola "de inocua, innecesaria, o reiterativa".

(…) la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche,(…) la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

[8] Sentencias C- 1115 de 2004 M.P Escobar Gil., C- 156 de 2007 M.P Escobar Gil., C- 667 de 2009 M.P Pretelt Chaljub., C- 714 de 2009 M.P Calle Correa., C- 102 de 2011 M.P. González Cuervo .

[9] C- 1115 de 2004 M.P Escobar Gil

[10] C- 156 de 2007 M.P Escobar Gil

[11] Sentencia C-641 de 2012, criterio prohijado entre otras decisiones por los fallos C-315 de 2012 M.P. Pinilla Pinilla y C-931 de 2011 M.P. Mendoza Martelo.

[12] Ver Díaz Elías "Estado de Derecho y Legitimidad Democrática" en Estado, justicia, derechos, Ed. Colomer J. y Díaz E. editores, Alianza Editorial, Madrid 2002 pp. 81-82

[13] Santamaría Pastor J.A. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II , Iustel, Madrid, 2004 p. 24

[14] Ibídem, p. 25

[15] Sentencia C- 980 de 2010 M.P. Mendoza Martelo, ver también T-442 de 1992, M.P.. Rodríguez Rodríguez

[16] Sentencia T-796 de 2006. M.P. Vargas Hernández.

[17] Sentencia ibídem

[18] Sentencia C- 025 de 2009 M.P. Escobar Gil, ver también C- 617 de 1996 M.P. Hernández Galindo.

[19] Sentencia T- 158 de 1993 M.P. Arango Mejía- Barrera Carbonell

[20]Ver sentencia C-506 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Sentencia T- 555 de 2010 M.P. Palacio Palacio, ver también T-1021 de 2002 M.P. Córdoba Triviño, fallo en el cual se ordenaba la resolución de un recurso impetrado por el actor.

[22] Esta disposición fue nuevamente cuestionada y en la sentencia C- 057 de 1996, M.P. Herrera Vergara, la Corporación se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-525 de 1995 aquí estudiada.

[23] Cfr. C-368/99

[24] El carácter flexible y especial de la carrera administrativa de los miembros de la Fuerza Pública, también jugó un papel importante en la sentencia C- 356 de 1994, MP. Morón Díaz , aunque en aquel pronunciamiento no se evaluaba ningún caso de retiro discrecional.

[25] Son varias las decisiones de tutela en las cuales la Corte ha valorado el retiro discrecional de otros miembros de la fuerza pública diferentes a los soldados profesionales, así por ejemplo se pueden consultar las sentencias T- 199 de 2008, T-871 de 2008, T-1173 de 2008, T-638 de 2012, T-297 de 2009 entre otras.

[26] Ver folios 37 al 158 del cuaderno 1, copias de la hoja de vida e historia laboral del accionante.

[27] García de Enterría E, La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª edición, reimp. 2004, Cuadernos Civitas, Madrid 2004 p. 30