

SU172-15

Sentencia SU172/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO FACTICO-Configuración

El defecto fáctico se configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

El defecto fáctico tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada” o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y la segunda cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que “para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, ‘El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto’.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

PRECEDENTE JUDICIAL-Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión

PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL-Diferencias

El precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA-Importancia

Los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.

FACULTAD DISCRECIONAL DEL GOBIERNO Y DE LA POLICIA NACIONAL PARA RETIRAR MIEMBROS DEL SERVICIO ACTIVO-Discrecionalidad difiere de arbitrariedad

La potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

FUNCION CONSTITUCIONAL DE LA POLICIA NACIONAL-Normatividad sobre retiro discrecional de los miembros de la Policía

CONTROL ABSTRACTO-Normatividad y pronunciamientos

Las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. Por tanto para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a través i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes.

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACION DE LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL-Subreglas

Para la Corte Constitucional los actos de retiro discrecional en ningún caso pueden ser arbitrarios, deben estar sustentados, cumplir las exigencias de racionalidad y razonabilidad, y guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.

FACULTAD DISCRECIONAL PARA EL RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-
Jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual los actos de retiro no deben ser motivados, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones objetivas

La mayoría de los pronunciamientos del Consejo de Estado expresan que los actos de retiro no son susceptibles de motivación. Sin embargo, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por configurarse defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública

Referencia: Expediente T-4.076.348

Acción de tutela instaurada por Fernando Cristancho Ariza contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado

Procedencia: Sección Quinta del Consejo de Estado

Asunto: Facultad discrecional del Gobierno Nacional para el retiro de miembros de la Policía Nacional, en servicio activo.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luis Ernesto

Vargas Silva –quien preside–, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria Sáchica Méndez y, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la sentencia del 3 de julio de 2013, dictada en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela promovida por Fernando Cristancho Ariza contra la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Sala Especial Transitoria de Decisión, de esa misma Corporación.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que realizó el Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2°, de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. El 31 de octubre de 2013, la Sala Décima de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión.

El 29 de enero de 2014, la Sala Plena de esta Corporación, con fundamento en el artículo 54A del Reglamento Interno de esta Corte, dispuso asumir el conocimiento de este asunto.

I. ANTECEDENTES

El 20 de noviembre de 2012, el señor Fernando Cristancho Ariza interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales “a la dignidad humana, igualdad, buen nombre, honra, trabajo, mínimo vital, debido proceso y defensa”[1], a raíz de los fallos proferidos por esas autoridades judiciales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él en contra de la Policía Nacional.

A. Hechos y pretensiones

1. El accionante ingresó a la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional el 12 de enero de 1997. El 5 de noviembre de 1999 obtuvo el grado de subteniente y fue nombrado en la Policía Metropolitana de Bogotá dentro del programa “Bogotá solidaria”. Con posterioridad, el

Ministerio de Defensa Nacional en uso de las facultades discrecionales consagradas en el Decreto-Ley 573 de 1995, expidió el Decreto 1763 del 11 de septiembre de 2000[2], mediante el cual, “por voluntad del Gobierno”, retiró del servicio activo al tutelante.

2. El accionante consideró que ese acto de retiro era violatorio de sus derechos fundamentales porque no se evaluó debidamente su hoja de vida y no se explicaron las razones por las cuales su retiro contribuía al “mejoramiento del servicio”. Indicó específicamente que no se tuvo en cuenta que en la evaluación realizada a los uniformados para el periodo 1999-2000, él obtuvo el grado de calificación denominado “lista número 1”, por su desempeño sobresaliente[3].

3. Teniendo en cuenta lo anterior, el señor Cristancho Ariza inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de retiro. El caso fue conocido, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”[4] y, en segunda instancia, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”[5], instancias dentro de las cuales se negaron sus pretensiones.

La sentencia proferida por el Consejo de Estado, que recogió en su integridad los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, precisó que el acto acusado cumplió todos los requisitos necesarios para su expedición, por lo cual gozaba de la presunción de legalidad. El alto tribunal señaló que fue emitido por la autoridad competente quien invocó la potestad discrecional del Estado, y con base en la respectiva recomendación de retiro, emitida por el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores.

4. A juicio del actor, en dicha sentencia se despachó su objeción sobre la ausencia de valoración de su hoja de vida, indicando simplemente que el “hecho de que no obrare constancia expresa de que fue valorada por la Policía Nacional, no significa que tal circunstancia no hubiese acaecido”[6]. Por ello, estima que el Consejo de Estado fundamentó su decisión en una suposición y eludió el debate probatorio. Adicionalmente, para el demandante, el Consejo de Estado desconoció el precedente judicial aplicable, que predica que la facultad discrecional no puede ser arbitraria, tal y como ocurrió en su caso.

5. Con posterioridad, el accionante interpuso el recurso extraordinario de súplica ante una Sala Especial Transitoria de Decisión del Consejo de Estado, que también despachó desfavorablemente su demanda[7]. En esa ocasión, la Sala Especial argumentó que la

valoración probatoria no es una causal para la procedencia de la súplica y que ese mecanismo extraordinario no puede ser entendido como una tercera instancia.

6. Con fundamento en los hechos expuestos, el accionante solicitó que por vía de tutela se dejen sin efecto los fallos acusados y, en su lugar, se declare “la prosperidad de las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”[8]. En opinión del accionante, las providencias acusadas incurrieron en (i) defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria y (ii) desconocimiento del precedente.

Fundamentos de la acción de tutela

7. Para fundamentar su solicitud el accionante, inicialmente, señaló que la presente acción de tutela es plenamente procedente, debido a que: (i) tiene relevancia constitucional, ya que se afecta el goce de sus derechos fundamentales; (ii) ya agotó todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance; (iii) se cumple el requisito de inmediatez, ya que la última decisión controvertida es del 4 de septiembre de 2012 y la presentación de esta acción se dio el 19 de noviembre siguiente; y (iv) se describieron con detalle los hechos que dieron origen al proceso judicial, que terminó con las decisiones que se atacan.

8. De otra parte, el accionante explicó que las facultades discrecionales se encuentran reguladas por los Decretos-Ley 573 de 1995 y 1790 de 2000 y la Ley 857 de 2003, en cuyos contenidos normativos se incorporó la potestad del Gobierno Nacional para retirar miembros del servicio activo. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, tal facultad no es absoluta, ya que “la discrecionalidad no puede ser confundida con arbitrariedad”[9]. El actor indicó que la línea jurisprudencial en la materia se compone de:

(i) Los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que han declarado la exequibilidad de las normas relacionadas con tal potestad. Específicamente citó las sentencias C-525 de 1995[10], que estudió la constitucionalidad de algunos apartes del Decreto-Ley 573 de 1995; y C-179 de 2006[11], que estudió algunos artículos del Decreto-Ley 1790 de 2000 y de la Ley 857 de 2003.

De ellas extrajo que, para esta Corporación, las facultades discrecionales atienden a un fin

especial, por lo cual se justifica la especialidad del medio, sin embargo las autoridades en uso de esa potestad no pueden extralimitarse ni desconocer “los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional. Este debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”[12].

(ii) Las sentencias emitidas por esta misma Corte en sede de revisión de tutelas referentes a la materia, de las cuales citó, en especial, la T-995 de 2007 y la T-1168 de 2008[13]. De ellas resaltó que, a la luz del examen de la Corte Constitucional, para que un acto de retiro discrecional se ajuste al ordenamiento jurídico, deben confluir tres aspectos, así:

“a) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, b) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo, y c) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso”[14].

(iii) Y las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en las cuales se han anulado actos administrativos por el uso excesivo de tal prerrogativa. Específicamente citó las sentencias del 24 de septiembre de 1998, con radicado 14316[15]; del 17 de noviembre de 2001, con radicado 0779-11[16]; y del 3 de agosto de 2006, con radicado 0589-05[17]. De ésta última, el accionante destacó el siguiente aparte (énfasis original):

“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro, a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida”

Así, explica el accionante que del análisis jurisprudencial reseñado, se extrae claramente que:

- a) La facultad discrecional en ningún escenario puede ser confundida con la arbitrariedad;
- b) Que el fin de las normas que regulan la potestad discrecional, es el mejoramiento del servicio. Concepto que no debe ser utilizado para tomar decisiones sin fundamento en “hechos reales, objetivos y ciertos”[18].
- c) Y que, en todo caso, debe valorarse la hoja de vida del uniformado, teniendo en cuenta las calificaciones dadas en el momento del retiro del servicio.

9. Al evaluar las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por el accionante, éste concluye que no se tuvo en cuenta la línea jurisprudencial reseñada y se omitió la valoración probatoria de su hoja de vida, por los siguientes motivos:

- a. En su caso la facultad discrecional, sí fue arbitraria, ya que el Ministerio de Defensa no demostró un mínimo de justificación, que le permitiera conocer las razones de su retiro.
- b. No se tuvo en cuenta su hoja de vida, ni la evaluación que se le realizó en el periodo anterior al retiro, en la que fue calificado, por la misma Policía, con un desempeño excelente.
- c. Con anterioridad al retiro del actor, no se inició ningún proceso disciplinario en su contra[19].
- d. El Juez Contencioso Administrativo solicitó a la Policía Nacional exhibir el concepto previo, individual y concreto en el que se consignaron las razones de hecho, que llevaron al Comité de Evaluación a recomendar su retiro del servicio. Sin embargo, ese ente guardó silencio.
- e. La Policía Nacional no aportó pruebas al proceso que acreditaran que, efectivamente, valoró su hoja de vida para adoptar la decisión de retiro, por tanto, a juicio del actor, es evidente que el acto de retiro no se basó en hechos reales, objetivos ni ciertos.

Adicionalmente, el accionante explica que las instancias en el proceso contencioso se limitaron a revisar si existía en su caso una recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales, debidamente avalada por la Junta Asesora, cuando el problema jurídico propuesto en la demanda se circunscribió a objetar la no evaluación de su hoja de vida. Lo cual era el punto de derecho determinante para verificar si el Ministerio de Defensa hizo uso de la discrecionalidad o, por el contrario, desvió su poder y tomó una decisión arbitraria.

10. Finalmente, rebatió que el Consejo de Estado se hubiera demorado 8 años, “para en página y media indicar que no se cumplió con la técnica del recurso de súplica y que, como es bien sabido, tal recurso no puede ser considerado como una tercera instancia”[20]. Dado lo anterior, afirmó que la última vía judicial que tiene al alcance, para lograr un pronunciamiento de fondo, es la acción de tutela.

B. Actuación procesal

Mediante auto del 22 de noviembre de 2012, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela y notificó a las respectivas secciones del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a la Policía Nacional como tercero interesado, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción[21].

Con posterioridad, la Sección Cuarta del Consejo de Estado advirtió que la Sala Especial Transitoria de Decisión no fue vinculada en el auto de admisión, por tanto en auto del 24 de enero de 2013, procedió a ordenar su respectiva notificación[22].

La Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, guardó silencio. Los demás demandados presentaron escritos de contestación, tal y como pasa a verse:

Respuesta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[23]

Un Magistrado de la Sección Segunda, Subsección “C” del referido Tribunal expuso que la sentencia dictada por esa Sala de Decisión no vulneró los derechos fundamentales del accionante, dado que el asunto fue resuelto de conformidad con las normas pertinentes y con el criterio que se venía aplicando a casos similares al del accionante.

Explicó que se observaron los principios de la sana crítica y buena fe y se garantizó la igualdad e imparcialidad. Así mismo, resaltó que el Consejo de Estado revisó y confirmó la

determinación tomada, al encontrar que el acto administrativo por el cual se retiró del servicio al actor, cumplió las exigencias legalmente señaladas al respecto.

Respuesta de la Policía Nacional[24]

El Secretario General de esa institución manifestó que la actuación en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se adelantó dentro de los parámetros de una defensa técnica y consideró que, “en todo caso”, las sentencias acusadas se dictaron de acuerdo a “los criterios autónomos, conscientes y libres de las referidas autoridades judiciales”. Agregó que el actor tuvo las oportunidades procesales para controvertir la decisión que le resultó adversa. Por tanto, señaló que, en este caso, la tutela no es el mecanismo válido para desconocer los efectos de la declaratoria de legalidad del acto administrativo controvertido.

Respuesta de la Sala Especial Transitoria de Decisión del Consejo de Estado[25]

Un Consejero de la Sala Especial manifestó que comparte la tesis de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, no obstante en este caso, resulta evidente que no se cumplen los presupuestos generales ni las causales específicas de procedibilidad.

Indicó que (i) el asunto no reviste verdadera relevancia constitucional, pues a pesar de haberlo mencionado, el actor no logra demostrar una real violación a sus derechos fundamentales, por tanto se puede constatar que lo que pretende es reabrir un debate judicial; (ii) no se cumple el requisito de inmediatez, pues el demandante no justificó por qué se demoró 2 meses para iniciar la acción de tutela; (iii) el tutelante no logró señalar al menos una irregularidad procesal en la resolución del recurso extraordinario de súplica; y (iv) frente a la providencia que resolvió la súplica, no se identificaron los hechos que dieron origen a la presunta violación de derechos. Finalmente, (v) precisó que la sentencia proferida por esa Sala Especial no está afectada por ningún error fáctico ni normativo.

C. Decisiones objeto de revisión

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 21 de marzo 2013[26], la Sección Cuarta del Consejo de Estado

“negó por improcedente” el amparo solicitado por el accionante, por dos razones en especial. De un lado argumentó que la acción de tutela no procede contra las decisiones judiciales emitidas por los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones, en este caso, contra la decisión del Consejo de Estado[27]. De otro lado explicó que la decisión adoptada en el proceso de nulidad y restablecimiento, estuvo debidamente sustentada y motivada, de conformidad con “la normativa y la jurisprudencia que la Subsección accionada consideró aplicables al asunto debatido, sin que, se reitera, se evidencien los defectos que se le endilgan en la solicitud de tutela”[28].

2. Impugnación

El tutelante, después de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, resaltó que la apreciación del a quo frente a la tutela contra decisiones emitidas por los órganos de cierre, es contraria al precedente jurisprudencial trazado por la Corte Constitucional, que establece que al configurarse al menos una causal de procedibilidad, es posible incoar esta acción a fin de proteger derechos fundamentales.

El actor anexó copia de la sentencia T-638 de 2012[29], en la cual, a su juicio, se resolvieron casos idénticos al suyo y se reiteraron “unos derroteros que los jueces constitucionales deben seguir a la hora de decidir sobre los retiros discrecionales de los cuales son víctimas los integrantes de las Fuerzas Armadas”.

3. Sentencia de segunda instancia en la acción de tutela

El 3 de julio de 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó la decisión apelada para, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela, al estimar que el demandante la utilizó como una tercera instancia. Se explicó que éste propuso un debate de naturaleza legal y no constitucional, dado que sus argumentos estuvieron dirigidos, simplemente, a demostrar su desacuerdo con las decisiones acusadas.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 54A del Reglamento Interno de la Corporación.

Lo que se analiza

2. El señor Fernando Cristancho Ariza interpuso acción de tutela al considerar que las sentencias emitidas por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al buen nombre, a la honra, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso y a la defensa, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él contra la Policía Nacional. El actor señaló que tales entidades incurrieron en defecto fáctico y desconocimiento del precedente, al no anular un acto administrativo discrecional que ordenó su retiro, a pesar de que éste carecía de motivación.

La Policía Nacional argumentó que el retiro se produjo respetando el procedimiento establecido para el ejercicio de su facultad discrecional, por lo cual no era necesaria tal motivación.

Las instancias en tutela declararon improcedente la acción, ya que estimaron que la misma i) no puede iniciarse contra sentencias de órganos de cierre y ii) se intentó como una tercera instancia para reabrir el debate probatorio surtido en la jurisdicción contenciosa administrativa.

3. De acuerdo con los antecedentes planteados, la Sala Plena de esta Corporación debe determinar si una entidad judicial vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los miembros activos de la Policía Nacional, cuando no decreta la nulidad de los retiros discrecionales de éstos, pese a que no fueron motivados.

De manera más específica, es pertinente establecer en este caso si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Fernando Cristancho Ariza, al no declarar la nulidad del Decreto 1763 de septiembre 11 de 2000, por el que fue retirado del servicio activo, mediante sentencias que no consideraron exigible la motivación del acto administrativo.

4. En la medida en que el presente asunto versa sobre una acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala deberá establecer si los supuestos errores en que incurrieron el Tribunal y el Consejo de Estado encuadran en las causales específicas de procedibilidad alegadas. Para estos efectos, la Sala reiterará la doctrina en torno a los requisitos generales y a las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Asimismo, precisará la línea jurisprudencial trazada en torno a las facultades discrecionales del Gobierno Nacional para retirar miembros del servicio activo de la Policía Nacional y se estudiarán los cargos endilgados a las sentencias motivo de tutela.

Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias judiciales

5. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidas las autoridades judiciales.

En desarrollo de este precepto, los artículos 11, 12 y 40 Decreto 2591 de 1991 previeron la posibilidad de que cuando los jueces emitieran decisiones que vulneraran garantías fundamentales, las mismas fueran susceptibles de verificación por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992[30], declaró la inexequibilidad de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

6. No obstante tal declaración de inexequibilidad, esta Corporación sostuvo la doctrina de las vías de hecho, mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando ésta es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por actos u omisiones de los jueces, que implica trasgresión o amenaza de un derecho fundamental.

En esa medida, a partir de 1992 se permitió la procedencia de la acción de tutela para atacar, por ejemplo, sentencias que se hubieran basado en normas inaplicables, proferidas con carencia absoluta de competencia o bajo un procedimiento ajeno al fijado por la legislación vigente. Tales vías de hecho fueron identificándose caso a caso[31].

7. Con posterioridad, esta Corte emitió la sentencia C-590 de 2005[32], en la cual la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en los términos de los avances jurisprudenciales que se dieron en ese interregno. En dicho fallo, la Corte diferenció dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: i) requisitos generales de naturaleza procesal y ii) causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. En la sentencia C-590 de 2005, la Corte buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales especiales.

Tales condiciones son: i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance; iii) que se cumpla el principio de inmediatez; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

9. Frente a la exigencia de que lo discutido sea de evidente relevancia constitucional, esta Corte ha dicho que obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales, como de los de las demás jurisdicciones. Debe el juez de tutela argumentar clara y expresamente por qué el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecta los derechos fundamentales de las partes.

10. El deber de agotar todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del afectado, guarda relación con la excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de tutela, pues de lo contrario ella se convertiría en una alternativa adicional para las partes en el proceso. Esta exigencia trae consigo la excepción consagrada en el artículo 86 Superior, en tanto puede flexibilizarse cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

11. Adicionalmente, el juez debe verificar que la acción de tutela se invoque en un término razonable y proporcionado, contado a partir del hecho vulnerador, a fin de cumplir el requisito de la inmediatez. De no ser así, se pondrían en riesgo la seguridad jurídica y la institución de la cosa juzgada, pues las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

12. Asimismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe haber sido decisiva o determinante en la sentencia que se impugna y debe afectar los derechos fundamentales del peticionario. Este requisito busca que sólo las irregularidades verdaderamente violatorias de garantías fundamentales tengan corrección por vía de acción de tutela, de manera que, se excluyan todas aquellas que pudieron subsanarse durante el trámite, bien por el paso del tiempo o de las actuaciones, bien por la ausencia de su alegato.

13. También se exige que la parte accionante identifique razonablemente los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales. Este requisito pretende que el actor ofrezca plena claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial. En este punto, es importante que el juez de tutela verifique que los argumentos se hubieren planteado al interior del proceso judicial, de haber sido esto posible.

14. La última exigencia de naturaleza procesal que consagró la tipología propuesta en la C-590 de 2005, fue que la sentencia atacada no sea de tutela. Así se buscó evitar la prolongación indefinida del debate constitucional, más aún cuando todas las sentencias de tutela son sometidas a un proceso de selección ante esta Corporación trámite después del cual se tornan definitivas, salvo las escogidas para revisión.

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

15. Frente a las causales especiales de procedibilidad, el precitado fallo C-590 de 2005, explicó que basta con la configuración de alguna de ellas para que proceda el amparo respectivo. Tales causales han sido decantadas por la jurisprudencia constitucional, así:

- Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

- Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que desconocen el sentido del fallo.
- Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene.
- El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.
- Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.
- Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

16. En atención a que en el caso sub examine se alegan las causales especiales referentes al defecto fáctico y al desconocimiento del precedente, esta Sala efectuará una breve caracterización de tales ítems, a fin de viabilizar el estudio del caso concreto.

Defecto fáctico

17. Desde sus inicios esta Corte estableció que los jueces naturales tienen amplias

facultades para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso concreto[33]. Por ello esta Corporación determinó que cuando se alega un error de carácter probatorio, la evaluación de la providencia judicial por parte de un juez de tutela, debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial[34].

18. No obstante, tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada[35].

19. Esta Corporación estableció que el defecto fáctico se configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

Asimismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una positiva[36] y otra negativa[37]. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada” o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y la segunda cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna.

20. Con todo, esta Corporación ha sido enfática en señalar que “para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, ‘El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto’[38]”[39].

Desconocimiento del precedente

21. El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un

fallo[40]. Lo anterior atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan.

La primera razón se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Esto debido al evidente desconocimiento de esos derechos y principios, que implicaría no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta equiparable al analizado.

El segundo argumento se basa en el reconocimiento del carácter vinculante del precedente, en especial si es fijado por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX..., sino una práctica argumentativa racional”[41]. Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

22. Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así la sentencia T-292 de 2006[42], estableció que deben verificarse los siguientes criterios: i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

23. De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van no a aplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta del por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa[43]. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

En esa medida, sólo cuando un juez se aísla de un precedente establecido y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.

Importancia de los órganos de unificación de jurisprudencia

24. Esta Corte ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. En esa medida, el precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

25. Ahora bien, como se explicó líneas atrás, cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema[44].

En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el Derecho es dado a los operadores jurídicos a través del lenguaje, herramienta que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el Derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados[45]. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

26. La necesidad de instancias superiores que unifiquen la interpretación de las normas básicas en los Estados, ha sido evidenciada desde diversas latitudes. Un ejemplo muy significativo de lo anterior, es el fallo “Martin contra Hunter’s Lessee” (1816), de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América[46]. Allí se resolvió una controversia

que se generó, cuando el Tribunal Supremo del Estado de Virginia se opuso a aplicar una sentencia de esa Corte, al considerar que no estaba obligado a seguir su jurisprudencia, en virtud de la Cláusula Federal.

“Este motivo es la importancia, incluso la necesidad de que se dicten decisiones uniformes en todos los Estados Unidos sobre todos los temas al amparo de la Constitución. Jueces igualmente conocedores e íntegros en diferentes Estados pueden interpretar en forma diversa la ley, un tratado o la propia constitución. Si no existiera una autoridad con competencia para revisar esas sentencias discordantes y disonantes a fin de armonizarlas y unificarlas, las leyes, los tratados y la Constitución de los EEUU serían diferentes en los diferentes Estados y no tendrían tal vez nunca la misma interpretación, fuerza vinculante y eficacia en dos Estados” [47]. (Negrilla fuera del texto)

27. En Colombia, el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido hoy en día. Así, en sentencia C-816 de 2011[48], esta Corte explicó que:

“la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en un orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.” (Negrilla fuera del texto)

Las referencias constitucionales a las que hace mención la cita, se encuentran en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución, cuando predicen que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional son i) el “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, ii) el “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, y iii) la encargada de la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, respectivamente.

28. En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena

fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.

La facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo

Discrecionalidad y arbitrariedad

29. En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

30. Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública[49], se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

31. En el derecho administrativo clásico, la facultad discrecional de la Administración está sustentada en la separación de poderes pura y simple. Por tanto, según esta visión, los actos discrecionales de la Administración pública no pueden ser susceptibles de control judicial, pues ello implica la intromisión de esa Rama del Poder, en aquella. Por la misma razón, tampoco es exigible la motivación de los mismos, por lo cual la arbitrariedad de

algunos actos discrecionales queda, entonces, fuera del alcance de cualquier tipo de control.

Desde otra visión, que predica una separación de poderes recíproca o de controles mutuos, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.

32. Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Así, para esta Corporación[50] ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

33. Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Para Cassagne[51], la arbitrariedad es un concepto amplio “y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad”. Por tanto, según la sentencia C-031 de 1995, hasta “en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho”.

34. Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica “una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces

para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho” [52].

La policía nacional y su función constitucional

35. El artículo 2º de la Constitución consagra los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales están, entre otros, los de servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Igualmente, se precisa que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares y del Estado.

Así, para el cumplimiento de las finalidades señaladas, la Carta prevé en el artículo 218 que la función primordial de la Policía Nacional es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”. De lo anterior, se deduce que la actividad y funcionamiento de la institución policiva tiene un fundamento constitucional.

36. Ahora bien, debido a la importancia de su misión institucional y a que, para su correcto funcionamiento, se hace necesario el seguimiento de códigos jerárquicos, disciplinarios y éticos estrictos, la Policía Nacional cuenta con un régimen de carrera, prestacional y disciplinario especial, cuya regulación es competencia principal del Legislador. En esa medida, se han desarrollado, por parte del Congreso o del Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias, diversas normas para establecer el referido marco normativo de carrera, prestacional y disciplinario de la Policía Nacional.

Por ser pertinente, a continuación, se referenciarán las normas que han regulado específicamente el retiro discrecional de los miembros de la Policía por voluntad del Gobierno Nacional y los correspondientes estudios de constitucionalidad que esta Corporación ha efectuado al respecto.

Normatividad y pronunciamientos de control abstracto

37. Inicialmente, el artículo 4º[53] del Decreto 2010 de 1992[54], consagró en cabeza del

Director General de la Policía, la potestad discrecional de disponer del retiro de agentes policiales por razones del servicio, siempre y cuando mediara el concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos. Dicho artículo fue objeto de estudio constitucional y la Corte lo declaró exequible, mediante sentencia C-175 de 1993[55].

Dicho fallo indicó que el fin de tal facultad discrecional era dotar a la Policía de un medio idóneo para proceder a su saneamiento, en pro del cumplimiento y desempeño eficaz de su función pública. No obstante lo anterior, se advirtió que su uso no era absoluto ni podía tornarse arbitrario, “porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue”.

El fin, en ese caso, se concretaba en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que el retiro discrecional debía relacionarse con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones o la observancia de conductas reprochables o irregulares.

38. Con posterioridad, se expidió el Decreto Ley 41 de 1994[56], cuyos artículos 75 y 76, fueron modificados por los artículos 6º y 7º del Decreto Ley 573 de 1995. Esos textos normativos estipulaban que “el retiro” era la situación en que, por disposición del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional, los oficiales o suboficiales, cesaban en la obligación de prestar el servicio. Así mismo consagraban las diferentes causales por las cuales tal retiro procedía.

A ese respecto, el Decreto Ley 573 de 1995, claramente desarrolló, de forma autónoma, la causal relativa al “retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía”. Así, su artículo 12 previó que “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, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el Artículo 50 del Decreto 41 de 1994”.

39. Dicho artículo fue objeto de revisión constitucional y, mediante la sentencia C-525 de 1995[57], esta Corte declaró su exequibilidad[58]. Ese fallo, después de diferenciar ampliamente la discrecionalidad de la arbitrariedad, explicó que para el efectivo cumplimiento de la función pública de la Policía, era necesario un medio especial para la remoción de personal como la facultad discrecional, sin que ello significara legalizar la

extralimitación de atribuciones.

En aquella ocasión, la Corte precisó que para evitar tal extralimitación, la facultad discrecional debía cumplir con los requisitos de racionalidad y razonabilidad, y en esa medida, los actos administrativos de retiro debían tener un “mínimo de motivación justificante”.

Tal mínimo de motivación justificante, según el Decreto analizado en ese momento, se garantizaba si el acto administrativo era emitido en virtud del respectivo informe del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, debido a que éste tenía “a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación” de un determinado agente de policía[59]. Este examen debía constar en un acta que detallara la evaluación de “la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta” y “los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del ‘Grupo anticorrupción’ que opera en la Policía Nacional”, entre otros documentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte precisó que para la expedición de un acto de retiro discrecional, debía seguirse un procedimiento que era verificable y enjuiciable, lo cual disipaba cualquier duda de arbitrariedad.

40. Más adelante se expidió el Decreto Ley 1791 de 2000[60], modificado por la Ley 857 de 2003[61], en lo pertinente al retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 1º de esta ley previó que el retiro se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional o de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional, según el caso.

Allí mismo se contempló que el acto de separación del cargo debe someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate i) de Oficiales Generales, ii) de miembros del servicio en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, iii) cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y iv) en caso de muerte.

Por su parte, el artículo 4º ibídem precisó lo pertinente al retiro de Oficiales y Suboficiales por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía, en cualquier tiempo, por razones del servicio y en forma discrecional, “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 los Suboficiales”.

41. Este último artículo, también fue declarado exequible por la Corte, mediante sentencia C-179 de 2006[62]. Allí se reiteró lo anteriormente expuesto por esta Corporación en torno a que el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública no desconoce los principios y derechos constitucionales, siempre y cuando esté sustentado.

En esta ocasión la Corte precisó que los actos de separación deben fundamentarse “en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones [Fuerzas Militares y Policía Nacional], en aras de la prevalencia del interés general”. En concordancia, insistió en que tales razones deben consignarse en los actos de evaluación emitidos por las respectivas juntas asesoras, basados 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 todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”.

La Corte recordó que lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario, pues esto último implica un capricho individual que no está sujeto al ordenamiento jurídico y es contrario por completo a la atribución facultativa, que en todo caso, sí está cobijada por las reglas de derecho preexistentes. El fallo C-179 de 2006 concluyó que:

“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”.

42. De todo lo expuesto, se puede deducir que las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional estudiada, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. Por tanto para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a

través i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes.

Jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional: los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben tener un mínimo de motivación

43. En varias oportunidades esta Corporación se ha ocupado de dirimir conflictos que surgen a partir de actos administrativos de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional. En esa medida, y al ser esta una sentencia de unificación, se hace necesario efectuar el recuento sucinto de esos casos[63], con el fin de aclarar las reglas al respecto.

44. Inicialmente, la Corte mediante sentencia T-1010 de 2000[64], conoció de una acción de tutela en la que se solicitaba la protección al debido proceso administrativo de un miembro de la Policía que, a su juicio, había sido desvinculado por el Gobierno en virtud de la facultad discrecional. En ese momento esta Corporación reiteró los pronunciamientos de constitucionalidad, arriba reseñados, y detalló el procedimiento que debe seguir la Administración en estos casos (básicamente se refirió al concepto previo de la Junta Asesora).

Sin embargo, esta Corte encontró que el accionante atacaba los motivos del retiro en sí y no el procedimiento, por lo cual consideró que el juez idóneo para dar luz a esa controversia era el contencioso administrativo. Por tanto declaró la improcedencia de la acción de tutela.

45. Años más tarde, esta Corte emitió la sentencia T-995 de 2007[65]. En aquella ocasión un policía fue retirado del servicio sin que conociera motivo alguno que justificara dicha decisión. Por lo anterior, éste solicitó protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

A través de ese fallo, la Corte explicó que el deber de motivación de los actos de retiro discrecional tenía rango legal y constitucional, por lo cual era vinculante para todas las instituciones públicas. Adicionalmente precisó que la motivación no se agota con presentar el concepto previo de la junta asesora, sino que ésta debe documentar la realización de un examen “de fondo, completo y preciso de los cargos” que se le endilgan al Agente, cuyo

retiro se pretende. En ese caso, la junta asesora no había efectuado tal examen, por lo cual el retiro resultaba arbitrario. En consecuencia, la Corte tuteló el derecho al debido proceso administrativo del accionante.

46. En la misma línea, esta Corporación profirió la sentencia T-432 de 2008[66], al resolver otro caso de desvinculación de un miembro de la Policía Nacional, sin más motivación que el ejercicio puro y simple de la facultad discrecional. En este caso el agente había recibido múltiples condecoraciones y menciones de honor y contaba con una excelente hoja de vida, por lo cual había solicitado que se le precisaran los motivos que impulsaron su separación del cargo. Sin embargo, la Policía no los ofreció, debido al carácter reservado de los informes que soportaban la recomendación de la Junta Asesora.

En esa ocasión esta Corte insistió en que la recomendación de la Junta Asesora o de Evaluación debe estar sustentada en elementos de juicio “objetivos y razonables”. Así mismo precisó que los informes sobre los cuales se basa el concepto de retiro deben ser puestos en conocimiento del agente, a pesar del carácter reservado que puedan llegar a tener, pues ello es indispensable para permitir el pleno ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. En concordancia señaló que:

“Si bien el acto no debe ser motivado en el sentido de relatar los motivos y hechos que justifican la desvinculación -lo cual le quitaría carácter reservado ante terceros al informe reservado- la norma es clara al establecer que la decisión debe estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta.”

Por lo anterior, la Corte ordenó a esa Institución poner en conocimiento del afectado el informe emitido por la Junta de Evaluación.

47. Ese mismo año, este Tribunal conoció varios expedientes acumulados, en los cuales cuatro miembros policiales habían sido retirados por voluntad del Gobierno. Todos ellos alegaban que la Administración no había motivado sus actos discrecionales. Así la sentencia T-1168 de 2008[67], acuñó la relación estrecha que existe entre el respeto al debido proceso administrativo y la motivación de los actos facultativos del Gobierno. También reiteró que la discrecionalidad tiene límites claros y verificables, en tanto los actos cumplan

los requisitos de “racionalidad y razonabilidad”, la finalidad del mejoramiento del servicio y un “mínimo de motivación justificante”.

Insistió que el cumplimiento de esos tópicos implica, necesariamente, la evaluación objetiva y razonable por parte de la Junta Asesora de las hojas de vida, las pruebas y los documentos pertinentes. Teniendo en cuenta lo anterior, encontró que en dos de los casos, la Policía no había ofrecido pruebas de haber evaluado la hoja de vida de los agentes retirados, por lo cual ordenó su reintegro[68].

48. Otra sentencia de casos acumulados fue la T-111 de 2009[69]. Allí también se reclamó la no motivación de actos de retiro de tres agentes de la policía que tenían impecables hojas de vida, buen desempeño y condecoraciones. Sin embargo, la Policía no especificó las razones por las cuales su retiro contribuía al mejoramiento de la institución. En las consideraciones se reiteraron los argumentos expuestos en la T-432 de 2008 y, al comprobarse que la Junta Asesora no evaluó las correspondientes hojas de vida, la Corte ordenó a la Policía expedir un nuevo acto administrativo.

49. En 2012, se expidió la sentencia T-638 de 2012 para resolver dos casos, también acumulados, pero en esta ocasión contra varios jueces y tribunales administrativos, acusados de desconocer el contundente precedente en materia de motivación de actos administrativos.

En ese momento los accionantes fueron un miembro del Ejército Nacional y uno de la Policía. En el primer caso, el soldado regular inició una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que el Ejército le notificó el acta que conceptuó su retiro, pero en ella sólo se consignaron las firmas de los miembros del Comité de Evaluación, sin que se vislumbrara un mínimo de motivación.

En el segundo caso, el Patrullero cuestionó en la jurisdicción contenciosa el acto de retiro, al considerar que éste se basó en una supuesta falta penal y disciplinaria que él cometió y que, sin embargo, no fue probada en el proceso sancionatorio respectivo. La Policía en su contestación a la demanda explicó que el fundamento del acto jurídico fue un informe de inteligencia de carácter reservado, que no era posible exhibir.

A pesar de lo anterior, en ambos procesos contenciosos, las instancias negaron las

pretensiones de los actores al verificar, formalmente, el cumplimiento del procedimiento previsto para el retiro discrecional (concepto previo) y no encontrar probada la causal de desviación del poder.

En el fallo de esta Corte, se reiteraron las reglas jurisprudenciales en materia de procedencia de acción de tutela contra providencias judiciales, en especial, cuando se alega el desconocimiento del precedente, y las referentes al deber de motivación de los actos de retiro discrecional. En ese sentido, sintetizó que un acto de retiro de la Policía Nacional se ajusta a la Constitución cuando se cumple con:

“(1) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad[70];

(2) establece la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo[71];

(3) tiene la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional[72]; y

(4) se muestra el informe reservado al afectado, en los eventos en que dicho documento es el sustento del retiro discrecional del servicio, toda vez que el secreto operara frente a terceros, pero no ante el servidor público.”

La Corte consideró que los jueces se apartaron del precedente establecido, sin dar una justificación razonable, por lo cual les ordenó emitir nuevas providencias.

50. De todo lo anterior se concluye que para la Corte Constitucional los actos de retiro discrecional en ningún caso pueden ser arbitrarios, deben estar sustentados, cumplir las exigencias de racionalidad y razonabilidad, y guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen.

Jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado: los actos de retiro no deben ser motivados, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones objetivas.

51. El Consejo de Estado cuenta con innumerables sentencias relativas al retiro del servicio

de miembros de la Fuerza Pública, por tal motivo el estudio realizado en este caso se centrará, únicamente, en los pronunciamientos cuyos supuestos fácticos y jurídicos tengan plena relación con lo aquí estudiado; esto es, el retiro discrecional por voluntad del Gobierno de miembros de la Policía Nacional[73].

52. Así, desde la expedición del Decreto Ley 573 de 1995 y su posterior declaración de exequibilidad, el Consejo de Estado entendió que para el ejercicio de la facultad de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional, bastaba con que la Institución cumpliera los requisitos formales de la expedición del acto, previstos en tal decreto y en la sentencia C-525 de 1995. En esa medida, inicialmente, sostuvo la tesis de que el juez contencioso administrativo, al momento de evaluar una eventual anulación, debía verificar la existencia de la recomendación previa del Comité o Junta de Evaluación, sin importar si allí se explicaban o no los motivos del retiro.

Siguiendo ese parámetro, en sus fallos estableció que los actos de retiro discrecionales no podían equipararse a una sanción por parte de la Policía, por lo cual no daban lugar a controversias con el subalterno. En esa medida, no se exigía que la Institución probara una mala conducta o un error del agente para que pudiera ejercer su facultad discrecional. En otras palabras, la honorabilidad o buena conducta no implicaba la inamovilidad de los miembros de la Fuerza Pública.

53. Las sentencias que dan cuenta de esta tesis conocieron, en su mayoría, de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales los agentes acusaban el acto de falsa motivación o desviación de poder, ya que la Policía los había retirado por razones del servicio. Lo cual era incongruente con las múltiples felicitaciones y condecoraciones que habían recibido, y con sus impecables hojas de vida. Así, por ejemplo, en fallo del 21 de mayo de 1998, el Consejo de Estado[74], argumentó:

“El retiro del servicio del demandante en forma absoluta por voluntad del Gobierno, contó con el concepto previo del comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos, conforme a las disposiciones antes reseñadas. Las normas que se acusan en la demanda no tienen el carácter de sanción porque la desvinculación tiene como origen un acto discrecional plenamente justificado sin que haya lugar a controversias con el empleado, y sin que se exija prueba alguna sobre delitos o faltas, asunto que es ajeno a esta causal de retiro por

voluntad del Gobierno. (...)

De otro lado, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, en los eventos en que se alega la desviación de poder corresponde a la parte probarlo, supuesto fáctico que no se cumplió en el presente caso, pues el demandante no demostró los fines torcidos en que incurrió la administración al adoptar la decisión acusada. (...)

El Director General de la Policía Nacional ejerce discrecionalmente sobre el personal de Suboficiales de la Policía Nacional según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles. Estos decretos se asumen como proferidos en ejercicio de sus potestades sobre la Fuerza Pública y en beneficio de su misión constitucional.”

54. Tal posición jurisprudencial fue reiterada en varias oportunidades posteriores[75], como por ejemplo en la sentencia dictada el 15 de agosto de 2002, de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado[76]. En esa ocasión el demandante en nulidad y restablecimiento alegó que el Comité de Evaluación no había valorado su hoja de vida para emitir el concepto previo, por lo cual se desvirtuaban las razones del buen servicio que, a su vez, eran el soporte del acto discrecional de retiro.

Este fallo, además de insistir en la innecesaria motivación de los actos administrativos discrecionales, agregó a la ratio aplicada, hasta ese entonces, que el acta del Comité de Evaluación, por medio de la cual se emite el concepto previo, no era un acto enjuiciable ante la jurisdicción contenciosa administrativa[77]. Por tanto, el Consejo de Estado negó las pretensiones del actor[78].

55. No obstante lo anterior, el 27 de marzo de 2003, la Subsección B de la Sección Segunda[79] varió esa postura formalista, al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual el Agente solicitaba la exposición de los motivos del retiro, debido a que tenía una excelente hoja de vida y había sido felicitado y condecorado con anterioridad cercana a su salida.

En ese fallo, se explicó que era preciso revisar la posición de los jueces administrativos en tanto la discrecionalidad, pues debían preguntarse “hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control”. Lo anterior, debido a la importancia de

recordar que las facultades discrecionales estaban enmarcadas y limitadas por el interés general, la justicia y el respeto por los derechos fundamentales.

En esa ocasión se indicó explícitamente que “la hoja de vida cumple un papel de importancia especial en la valoración que corresponde efectuar al juez contencioso administrativo en materia del ejercicio de las facultades discrecionales por la Administración”. Lo anterior, ya que la proporcionalidad y razonabilidad del acto discrecional no pueden ser evaluadas en abstracto, y deben estar atadas a elementos objetivos de juicio, como las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño o los registros de los agentes. Por tanto la Subsección B encontró que el acto de retiro era incoherente e incongruente con el fin de la medida discrecional; esto es, el mejoramiento del servicio.

56. Esta otra postura, si se quiere sustancial, fue posteriormente reiterada[80], en pronunciamientos que establecieron como ratio decidendi que si bien los actos discrecionales de retiro no debían ser motivados, los mismos sí debían estar sustentados en motivos ciertos y objetivos, que el juez podía comprobar a través de la apreciación, por ejemplo, de la hoja de vida, de las evaluaciones de desempeño o de los antecedentes del agente retirado. De lo anterior, da cuenta la sentencia del 3 de agosto de 2006, la Subsección B de la Sección Segunda[81] cuando señala que:

“...el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en

tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.”

57. Siguiendo esa tesis, que hoy por hoy es mayoritaria en el Consejo de Estado[82], es claro que al controlar la legalidad de los actos de retiro, se hace indispensable que el juez verifique por sí mismo todos los documentos que el afectado aporte o solicite a fin de demostrar la ilegalidad de su retiro[83].

58. De todo lo precedente, se puede concluir entonces que la mayoría de los pronunciamientos del Consejo de Estado expresan que los actos de retiro no son susceptibles de motivación. Sin embargo, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente.

Frente a la forma de hacer esa verificación, inicialmente, ese Tribunal se inscribió en una postura que podríamos llamar formalista, la cual establecía que, al ser esa la única exigencia legal, bastaba con que se demostrara tal concepto para que el juez administrativo entendiera que el acto era legal.

Posteriormente, tal postura varió hacia una, si se quiere sustancial, que predica que si bien los actos de los Comités de Evaluación no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, pueden ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro. Tal postura es actualmente la mayoritaria.

Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible

59. De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.

Lo anterior, debido a que ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

60. Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápites atrás.

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.
- La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.
- El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.
- El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe

estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional[84]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

- El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.
- Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.
- Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

61. A partir de los antecedentes y las consideraciones expuestas, procede esta Sala a efectuar el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencia judicial. De superarse, entrará al estudio de las causales de procedibilidad alegadas.

Caso concreto

62. El Subteniente de la Policía Nacional Fernando Cristancho Ariza presentó acción de

tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sección Segunda y la Sala Especial Transitoria de Decisión del Consejo de Estado, al considerar que las providencias proferidas el 9 de diciembre de 2002, el 15 de julio 15 de 2004 y el 4 de septiembre de 2012, respectivamente, vulneraron sus derechos fundamentales.

El accionante consideró que tales fallos violaron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al buen nombre, a la honra, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso y a la defensa, ya que desconocieron el precedente constitucional, en tanto que no reconocieron que su retiro había sido arbitrario y contradictorio con la calificación de su desempeño, evaluada por la Policía como excelente.

63. Como quedó reseñado en precedencia, las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, declararon la improcedencia de la acción de tutela, al encontrar que la actuación judicial cumplió con los requerimientos de la ley y la jurisprudencia y al estimar que lo pretendido era reabrir el debate probatorio y convertir la acción de tutela en una instancia adicional.

Debido a lo anterior, esta Sala inicialmente evaluará si la presente acción de tutela cumple los requisitos generales de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales.

Examen de requisitos generales de procedencia

64. El presente asunto es de relevancia constitucional, en tanto versa sobre el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, sus límites dentro del Estado Social de Derecho y el alcance que tiene, en especial, frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y al debido proceso del accionante, generada por las decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, acusadas de incurrir en vías de hecho por defecto fáctico y desconocimiento del precedente.

65. El accionante usó todos los medios de defensa ordinarios que tuvo a su alcance, pues como se relató, controvertió el acto administrativo por vía contenciosa administrativa ante los jueces naturales, proponiendo todos los recursos ordinarios a su alcance. Así mismo hizo uso del recurso extraordinario de súplica.

66. La Sala encuentra que se cumple el requisito de inmediatez, ya que la última actuación que dio cierre definitivo al proceso contencioso (la resolución del recurso de súplica), se produjo el 4 de septiembre de 2012, la cual fue notificada el 24 de ese mismo mes y año, y la acción de tutela se instauró el 19 de noviembre de 2012. Es decir, sólo transcurrieron 2 meses aproximadamente entre las actuaciones, lapso razonable que excluye cualquier apariencia de desinterés por parte del actor.

A pesar de la contundencia de ese argumento, es preciso aclarar que si bien la sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado, que podría considerarse como el hecho vulnerador de los derechos fundamentales del actor, es del 15 de julio de 2004 y la acción de tutela fue instaurada el 19 de noviembre de 2012, el tiempo transcurrido fue el que se tomó el Consejo de Estado para resolver el recurso extraordinario de súplica, por lo cual ese periodo no es oponible al accionante, quien esperó la resolución.

67. El accionante en el escrito de tutela y en los de impugnación identificó de manera razonable los hechos que considera violatorios de sus derechos fundamentales. Explicó los argumentos por los cuales encontró que el Tribunal y el Consejo de Estado incurrieron en vías de hecho por defecto fáctico y desconocimiento del precedente.

68. Evidentemente no se trata de una irregularidad procesal, ni de una acción de tutela contra sentencia de esa misma naturaleza, por lo cual se superan todos los requisitos generales de procedencia.

Por todo lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación encuentra que esta acción de tutela es procedente, en esa medida, pasará a verificar si se configuran las causales específicas alegadas; esto es, el desconocimiento del precedente judicial y el defecto fáctico.

Examen de las causales especiales de procedibilidad

Configuración del desconocimiento de precedente

69. Para verificar el desconocimiento del precedente judicial, en esta providencia se explicó que se debe dar cumplimiento a ciertos parámetros. El primero identificar un conjunto de sentencias que hayan abordado iguales problemas jurídicos, frente a supuestos fácticos

equiparables, de las cuales a su vez se pueda extraer una o unas reglas jurisprudenciales aplicables al caso evaluado. El segundo comprobar que el o los fallos judiciales impugnados debieron, necesariamente, aplicar el precedente identificado, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Y el tercero verificar si el juez o jueces accionados aportaron en sus providencias razones fundadas para desconocer el precedente, bien por encontrar supuestos fácticos o jurídicos diferentes o bien por encontrar una interpretación más armónica con los principios constitucionales o con la protección de derechos fundamentales.

70. En primer lugar, esta Sala identifica que existían sentencias anteriores que abordaron problemas jurídicos similares al ahora analizado, frente a supuestos fácticos equiparables. Por tanto, sí existía un precedente aplicable al caso concreto, el cual está constituido, no sólo por fallos de la Corte Constitucional, sino también por sentencias del Consejo de Estado. De esos precedentes se pudieron extraer las reglas aplicables para la evaluación de los retiros discrecionales de miembros de la Policía Nacional, decantadas en el fundamento jurídico 60 de esta providencia.

71. En segundo lugar, esta Sala comprueba que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, a través de las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que buscaba la anulación del Decreto 1763 del 11 de septiembre de 2000, por medio del cual la Policía ordenó el retiro del señor Cristancho Ariza, debieron aplicar, necesariamente, el precedente identificado. Lo anterior, ya que el caso del accionante se equiparaba fáctica y jurídicamente a los asuntos tomados como parámetro para identificar las reglas jurisprudenciales recién reiteradas.

72. Ahora bien, para acreditar el tercer parámetro (que permite verificar si los jueces se apartaron del precedente dando justificaciones razonadas), es necesario que se evalúe la argumentación dada por los entes judiciales accionados.

La Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su providencia: (i) identificó la normatividad que rige el retiro discrecional de miembros de la policía; (ii) precisó que existen diversas causales de retiro, como por ejemplo “la conducta deficiente”, que requiere una evaluación previa de la hoja de vida del candidato a salir de la Institución; (iii) señaló que en este caso la causal fue “por voluntad del gobierno”, cuya

única exigencia es la recomendación previa del Comité y/o el concepto de la Junta Asesora de la Policía, por lo cual no era obligatoria la evaluación de la conducta del oficial.

En esa medida, la Subsección “C”, al verificar el cumplimiento de tales formalidades, consideró que el acto de retiro era ajustado a derecho y que el demandante “no logró probar la relación de causalidad entre lo por él manifestado y la actitud asumida por la Administración [...] no logró demostrar que el acto objeto de impugnación se encontraba incurso en las causales de violación normativa que dio como fundamento para su anulación”[85].

73. Por su parte, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en buena medida reiteró lo dicho por el Tribunal, pero hizo mayor énfasis en el hecho de que el accionante, con anterioridad a su retiro, solicitó a la Policía Nacional que iniciara un proceso disciplinario a fin de que éste pudiera esclarecer la compra de un automóvil[86]. Según el accionante, la Policía dudó de la procedencia del dinero para tal adquisición y, por ello, lo retiró del servicio. En esa medida, el Consejo de Estado ahondó en la diferencia que existe entre el proceso disciplinario y el uso de la facultad discrecional, para ratificar la independencia de las dos causales de retiro.

En todo caso, concluyó que el acto se ajustó a derecho, pues a pesar de que no se demostró la valoración de la hoja de vida del accionante por parte del Comité, “el hecho que no aparezca una constancia en ese sentido, no significa que así no haya ocurrido, como tampoco se puede llegar a esa conclusión por la circunstancia de que se recomiende la desvinculación del empleado”[87].

74. En ambas sentencias se hizo referencia a la sentencia C-525 de 1995, pero no se tomaron en cuenta los precedentes[88], incluso del mismo Consejo de Estado, en los cuales esa Corporación explicaba la necesidad de valorar ciertas pruebas, como la hoja de vida o las evaluaciones de desempeño, entre otras, para despejar cualquier duda de arbitrariedad frente al acto discrecional. Tampoco dieron motivos racionales para entender que apartarse del precedente, en este caso, atendía a una interpretación más armónica con la Constitución o con la protección de derechos fundamentales.

75. Aunado a lo anterior, para establecer plenamente el desconocimiento del precedente, también es necesario que esta Sala verifique sí en el caso concreto del señor Cristancho

Ariza, se cumplió el estándar de motivación propuesto en el fundamento 60 de esta providencia (motivo de unificación). Así, se explicó que:

- Se admite que los actos administrativos discrecionales no necesariamente estén motivados, en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.

En este caso, el Decreto 1763 del 11 de septiembre de 2000, por el cual se ordenó el retiro del actor, no fue motivado, pues tal acto administrativo sólo hizo referencia a las normas que confieren la potestad discrecional al Gobierno Nacional para apartar del cargo a miembros de la Policía Nacional[89]. Lo anterior pudo ser admisible si el Gobierno hubiese presentado al accionante las razones objetivas y/o los hechos ciertos en los que sustentó tal decisión. Sin embargo, esa situación que no ocurrió, por lo cual se incumplió este parámetro.

- La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras y los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

En el presente asunto se extrae que las entidades judiciales accionadas no evaluaron la motivación contenida en las actas emitidas por el comité de evaluación[90] y la junta asesora[91] respecto de este caso, ya que sólo se limitaron a verificar la existencia formal del concepto previo, con lo cual se incumple este ítem.

- El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que con expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es el mejoramiento del servicio.

Frente a este punto, para esta Sala es claro que la Policía Nacional no logró demostrar en la actuación administrativa, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ni en la acción de tutela, que el retiro del señor Cristancho Ariza obedeció a razones como el mejoramiento del servicio.

Si bien es claro que existe una presunción que, prima facie, permite aceptar que el retiro obedece a tal motivo, no es posible, en este caso, aplicar tal presunción, debido a que se cuestionó la incoherencia entre el retiro y las calificaciones de desempeño (excelente), que

obtuvo el accionante. Lo anterior, aunado a que la Policía no presentó razones adicionales que permitieran avalar la separación del cargo del actor, conduce a establecer que también se incumplió esta regla.

- El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo previo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de su función constitucional[92]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

El accionante trató de acceder, desde el momento de su desvinculación a las actas o informes que el comité de evaluación emitió en su caso, para conocer las razones por las cuales fue retirado del servicio. Sin embargo, esas actas no le fueron entregadas ni cuando las solicitó a la Policía Nacional, ni a los jueces de instancia, cuando estos las requirieron. Por tanto, este punto también se incumple.

- El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación y/o de la junta asesora, una vez se expide el actor de retiro. Por lo tanto, en las actas de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

Evidentemente el accionante intentó conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron origen a su retiro, los cuales no le fueron informados por la Policía Nacional. A pesar de todas las vías recorridas (administrativas y judiciales), esta Sala advierte que el señor Cristancho Ariza aún no ha tenido conocimiento de los motivos de su retiro. Por lo cual, no es posible acreditar el cumplimiento de este parámetro.

En este caso no hubo alegatos referentes al carácter reservado de documentos, por lo cual no se evalúa este aspecto.

· Si bien los informes de los comités de evaluación y las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pueden ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

Es evidentemente que si uno de los alegatos principales del actor estaba dirigido a demostrar que no existía una real relación entre su destitución y los fines de eficacia y eficiencia de la Policía Nacional, era imperioso que los entes judiciales accionados confrontaran los motivos, las evaluaciones, la hoja de vida y/o los demás documentos relevantes para despejar cualquier duda de arbitrariedad. No obstante ni el Tribunal ni el Consejo de Estado efectuaron tal confrontación, con lo cual, este parámetro también se incumple.

76. Por todos los motivos hasta ahora expuestos, esta Sala concluye que efectivamente se configuró la causal por desconocimiento del precedente constitucional y judicial.

Configuración del defecto fáctico

77. Aunado a lo anterior, es necesario establecer si las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un defecto fáctico, al negar las pretensiones sin que tuvieran en cuenta la efectiva valoración de la hoja de vida del demandante por parte del Comité de Evaluación. Esto en la medida en que fue una prueba que se solicitó al interior del proceso de nulidad y restablecimiento y no fue aportada por la Policía Nacional, sin ninguna explicación. Adicionalmente, no era posible que el demandante la allegara, pues no la tenía en su poder.

Al hablar de ausencia de valoración, se acusa a los entes judiciales de incurrir en la dimensión negativa del defecto fáctico, que se presenta cuando se omite o ignora la valoración o el decreto de una prueba determinante. Recuérdese que para configurar la causal, el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto.

78. En relación con lo anterior, se tiene que, si bien es cierto, como señalaron los Magistrados de instancia, el Decreto 1763 de septiembre 11 de 2000, gozaba de presunción de legalidad; también lo es que según la Evaluación de Oficiales, Suboficiales y Nivel

Ejecutivo del periodo noviembre 18 de 1999 a octubre 31 de 2000, efectuada al señor Cristancho Ariza, se indicó que “su desempeño ha sido excelente, demostrando responsabilidad, alto grado de compromiso y pertenencia con la institución y con las políticas de la unidad, lo cual se ve reflejado en su folio de vida con 51 anotaciones positivas”, “calificación lista número 1”[93].

79. En consecuencia, se infiere que era necesario que los jueces contencioso administrativos comprobaran si existía en realidad una relación entre la destitución y los fines de eficacia y eficiencia de la Policía Nacional pues, por un lado, el 31 de octubre de 2000 le notifican al accionante la evaluación por la cual se resalta su excelente desempeño y, por el otro, es retirado por razones del servicio el 11 de septiembre del mismo año.

Tal relación (destitución y mejoramiento del servicio) trató de ser desvirtuada por el ahora accionante, mediante la solicitud de valoración de su hoja de vida y la exhibición, en el proceso, de la evaluación que la Policía efectuó, ya que, en principio, el retiro podría resultar contradictorio, desproporcionado e irracional, frente a su excelente desempeño.

80. Cabe aclarar que para esta Corte puede existir otras razones que motiven el retiro del servicio activo, que no son estrictamente valoradas a través de la hoja de vida o el buen desempeño del agente; sin embargo, mientras no haya otros elementos de juicio expresados en el acto administrativo o en el concepto previo del comité de evaluación o de la junta asesora, tales pruebas, encaminadas a acreditar la buena conducta del agente, deben ser valoradas. Por lo expuesto, esta Corte considera que también se configuró un defecto fáctico en este caso.

Devolución del asunto para nuevo fallo por parte del juez natural

81. En este caso existen razones por las cuales la Corte no entra a definir, motu proprio, la situación del accionante. En primer lugar es claro que al configurarse un defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria, existe en el presente asunto un margen de apreciación que le corresponde asumir al juez natural, en este caso al contencioso administrativo.

En segundo lugar y aunado a lo anterior, para esta Corte ha sido claro que cuando subsista la posibilidad de que un asunto sea resuelto por parte del juez natural, el juez de tutela debe identificar y resolver lo atinente a la protección de derechos fundamentales, y

abstenerse de invadir órbitas valorativas correspondientes a ese juez natural.

Y en tercer lugar, como se precisó, sólo hasta este fallo se estableció un estándar de motivación plenamente identificado y unificado, en especial en torno a la obligatoria valoración de las actas o informes de los entes evaluadores, las hojas de vida de los policías y los demás documentos, cuando se cuestione la presunción de legalidad del acto de retiro discrecional de los mismos.

Conclusión

82. Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico y desconocimiento del precedente, al emitir las respectivas sentencias dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que buscaba la anulación de un acto discrecional de retiro de un miembro de la Policía Nacional. Esto debido a que no tuvieron en cuenta los parámetros establecidos a través de los precedentes constitucionales y judiciales, que se encaminan a evitar el uso arbitrario de la facultad discrecional. Así mismo, porque fallaron sin una prueba determinante, en ese caso, que permitía establecer si la Policía actuó dentro del marco de la legalidad o de la arbitrariedad.

83. Lo expuesto conduce entonces a que se revoque el fallo proferido en el 3 de julio de 2013, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que en su momento modificó el dictado el 12 de marzo de ese año, por la Sección Cuarta de la misma colegiatura, por el cual se había declarado improcedente la presente acción de tutela.

84. En su lugar, esta Corte tutelaré los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la defensa del señor Fernando Cristancho Ariza y, en consecuencia, dejará sin efecto las sentencias dictadas, el 15 de julio de 2004, por la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado y, el 9 de diciembre de 2002, por la Sección Segunda, Subsección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra del Decreto 1763 de septiembre 11 de 2000, que ordenó el retiro del accionante.

85. A su vez la Sala Plena, ordenará a la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, proferir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta

providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

86. También exhortará al Gobierno Nacional y a la Policía para que al momento de ejercer la facultad discrecional de retiro de miembros en servicio activo, tengan en cuenta los lineamientos definidos en este fallo, a fin de que tal facultad se ejerza dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley.

III. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos que se había dispuesto en la presente acción de tutela y REVOCAR el fallo proferido el 3 de julio de 2013, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que en su momento modificó el dictado, el 21 de marzo de ese año, por la Sección Cuarta de la misma colegiatura, por el cual se declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

Segundo. TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la defensa del señor Fernando Cristancho Ariza y, en consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS las sentencias dictadas, el 15 de julio de 2004, por la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado y, el 9 de diciembre de 2002, por la Sección Segunda, Subsección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra del Decreto 1763 de septiembre 11 de 2000, que ordenó el retiro del accionante.

Tercero: ORDENAR a la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, proferir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

Cuarto: EXHORTAR al Gobierno Nacional y a la Policía para que al momento de ejercer la facultad discrecional de retiro de miembros en servicio activo, tengan en cuenta los lineamientos definidos en este fallo, a fin de que tal facultad se ejerza dentro de los límites

establecidos por la Constitución y la Ley.

Quinto: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

Impedimento aceptado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

Magistrada

Con salvamento en voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrada

Magistrado

Ausente con excusa

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA SU172/15

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Motivación del acto administrativo (Salvamento de voto)

En esta oportunidad los fallos atacados vía tutela, a mi modo de ver, no están incursos en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos discrecionales, como desde siempre se ha entendido, no necesariamente deben motivarse, lo cual no significa que no tengan que estar inspirados en razones de mejora de servicio, lo que, en principio se presume, con las implicaciones que ello supone en materia de la carga de la prueba. Tales decisiones también evaluaron el cumplimiento del requisito de la recomendación del comité evaluador correspondiente, aun frente a las buenas calificaciones registradas por el demandante. Trámite cuya validez también se presume con las implicaciones probatorias ya advertidas. El problema estriba en que esta Corte exige la acreditación de unas circunstancias que los fallos atacados presumen a partir de las reglas probatorias que han informado estos asuntos y de cara también al principio de la buena fe que cobija a todos los ciudadanos, incluido en, este caso, a los nominadores. Las buenas calificaciones no descartan absolutamente que se incurra en actuaciones indebidas.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No desconocimiento del precedente jurisprudencial en materia de necesidad de motivación del acto de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública (Salvamento de voto)

No advierto que en esta oportunidad se haya desconocido ningún precedente vinculante de la Corporación, que para este caso, mayormente, debió ser el configurado por la sentencia C-525 de 1995, por la trascendencia que reviste al emanar de la Sala Plena, la cual declaró exequible, sin condicionamiento alguno la norma que regula el trámite administrativo

correspondiente. Defecto fáctico tampoco veo por el alcance probatorio que se hizo valer en relación con las presunciones.

Referencia: Expediente T-4076348

Acción de tutela instaurada por Fernando Cristancho Ariza contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Brevemente advierto que mi discrepancia con la decisión de mayoría obedece a que no encuentro acertado que no obstante que esta Corporación en sentencia C-525 de 1995 declaró la exequibilidad, sin condicionamiento alguno, de los artículos 11 y 12 del Decreto 573 de 1995 que permiten, en su orden, el retiro discrecional de los agentes de policía y de los oficiales y suboficiales de dicha institución de forma discrecional, con la única exigencia previa de que se emita una recomendación en ese sentido por un comité de evaluación creado con esa finalidad, en la práctica, vía acciones de tutela (no en todas las Salas de Revisión) se establecieron pautas, requisitos, trámites y procedimientos que desdican no solo los efectos del pronunciamiento efectuado por la Corte de declarar la norma ajustada a la Carta, sino las líneas argumentativas que, a modo de “ratio decidendi”, lo justificaron, lo cual, ha venido generando situaciones complejas como la aquí dilucidada en la que, vía sentencia de unificación, no obstante que el actuar de la entidad nominadora se ajustó, en principio, a los dictados del ordenamiento legal respectivo, como lo corroboraron los jueces especializados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, en sendas instancias revisaron el asunto, la Corte concluye que se han desconocido formalidades adicionales impuestas por las salas de revisión en casos concretos, muchas de las cuales no se desprenden del contenido normativo del precepto correspondiente, ni de las razones que justificaron su declaratoria de exequibilidad. Decisión esta última que, en realidad, es la única que ha debido servir de precedente, junto con sus considerandos, para orientar las particularidades de la actuación administrativa que se adelanta en estos casos.

Ocurre entonces que sin importar que la norma declarada ajustada a la Carta permita el retiro voluntario y discrecional de los miembros de la Policía previo, eso sí, de la

indispensable recomendación del comité evaluador, se han impuesto pautas y formas que aquella no establece y a las que el fallo de constitucionalidad tampoco aludió ni como “racio” ni como condicionamiento, lo cual incorpora un amplio margen de incertidumbre frente a la manera correcta de aplicar el respectivo precepto.

En esta oportunidad los fallos atacados vía tutela, a mi modo de ver, no están incursos en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos discrecionales, como desde siempre se ha entendido, no necesariamente deben motivarse, lo cual no significa que no tengan que estar inspirados en razones de mejora de servicio, lo que, en principio se presume, con las implicaciones que ello supone en materia de la carga de la prueba. Tales decisiones también evaluaron el cumplimiento del requisito de la recomendación del comité evaluador correspondiente, aun frente a las buenas calificaciones registradas por el demandante. Trámite cuya validez también se presume con las implicaciones probatorias ya advertidas.

El problema estriba en que esta Corte exige la acreditación de unas circunstancias que los fallos atacados presumen a partir de las reglas probatorias que han informado estos asuntos y de cara también al principio de la buena fe que cobija a todos los ciudadanos, incluido en, este caso, a los nominadores. Las buenas calificaciones no descartan absolutamente que se incurra en actuaciones indebidas.

Así las cosas, no advierto que en esta oportunidad se haya desconocido ningún precedente vinculante de la Corporación, que para este caso, mayormente, debió ser el configurado por la sentencia C-525 de 1995, por la trascendencia que reviste al emanar de la Sala Plena, la cual declaró exequible, sin condicionamiento alguno la norma que regula el trámite administrativo correspondiente. Defecto factico tampoco veo por el alcance probatorio que se hizo valer en relación con las presunciones.

Dejo así sucintamente explicada la razón de mi disenso.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Folio 15 cd. inicial.

[2] El Decreto y su acta de notificación se encuentran visibles a folios 17 y 18 ib.

[3] Evaluación del señor Cristancho Ariza, para el periodo 1999-2000, visible a folios 19 y 20 ib.

[4] Sentencia del 9 de diciembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C". Folios 21 a 28 ib.

[5] Sentencia del 15 de julio de 2004, dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Folios 29 a 33 ib.

[6] Folio 2 ib.

[7] Auto del 4 de septiembre de 2012, dictado por la Sala Especial Transitoria del Consejo de Estado. Folios 34 a 40 ib.

[8] Folio 15 ib. Las pretensiones en la demanda contenciosa eran: 1. el reintegro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad, 2. El pago de todo lo dejado de percibir por concepto de salarios, prestaciones, cesantías, vacaciones y cualquier otra suma que signifique salario y 3. La reparación del daño.

[9] Folio 6 ib.

[10] M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

[11] M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[12] C-525 de 1995, citada en la demanda de tutela. Folio 6 ib.

[13] En ambas, M. P. Jaime Araújo Rentería.

[14] T-995 de 2007, citada en la demanda de tutela. Folio 6 ib.

[15] C. P. Clara Forero de Castro

[16] C. P. Gerardo Arenas Monsalve

[17] C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado

[18] Folio 9 ib.

[20] Folio 14 ib.

[21] Folio 43 ib.

[22] Folio 54 ib.

[23] El escrito del 3 de diciembre de 2012, allegado al expediente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se encuentra visible en los folios 48 y 49 ib.

[24] La respuesta de la Policía Nacional del 5 de diciembre de 2012, se encuentra visible en los folios 50 y 51 ib.

[25] La respuesta de esta Sala Especial fue presentada el 6 de marzo de 2013. Folios 59 a 66 ib.

[26] Folios 68 a 76 ib.

[27] En esta sentencia, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, aclararon voto los Consejeros Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y Martha Teresa Briceño de Valencia, dado que mediante sentencia de julio 31 de 2012, C. P. María Elizabeth García González (exp. 2009-01328-01), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su posición frente a la tutela contra providencias de los órganos de cierre y aceptó su procedencia excepcional, siempre que exista una flagrante violación de algún derecho fundamental y se cumplan las reglas fijadas por la Corte Constitucional.

[28] Folios 74 ib.

[29] Con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

[30] M. P. José Gregorio Hernández Galindo

[31] Al respecto ver, entre otras, las sentencias SU-159 de 2002 y T-522 de 2001, en ambas M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-462 de 2003 y T-1031 de 2001, en ambas M. P.

Eduardo Montealegre Lynett y T-1625 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[32] M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexecutable una expresión del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[33] La Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

[34] Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-025 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-109 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-114 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-198 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ésta última se indicó expresamente: “la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio”.

[35] Ver sentencia T-442 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Allí se indicó: “si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica..., dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.”

[36] Cfr., entre otras, SU-159 de 2002, precitada.

[37] Cfr., entre otras, T-442 de 1994 y SU-159 de 2002, precitadas.

[38] “Sentencias T-636 de 2006 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-590 de 2009.”

[39] SU-198 de 2013, precitada.

[40] Cfr., sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[41] C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[42] Reiterada en muchas oportunidades. Cfr., T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[44] Cfr. T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: “En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.”

[45] Según lo establecen algunas corrientes doctrinales del derecho.

[46] Reseña tomada de: “La reforma o la tutela: ¿ajuste o desmote?”, publicado en UPRIMNY, Rodrigo y otros. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Editorial Norma, Bogotá, 2006.

[47] Texto original: “That motive is the importance, and even necessity of uniformity of decisions throughout the whole United States, upon all subjects within the purview of the constitution. Judges of equal learning and integrity, in different states, might differently interpret the statute, or a treaty of the United States, or even the constitution itself: if there were no revising authority to control these jarring and discordant judgments, and harmonize them into uniformity, the laws, the treaties and the constitution of the United States would be different, in different states, and might, perhaps, never have precisely the same construction, obligation or efficiency, in any two states.” Tomado de: <http://www.princeton.edu/aci/cases-pdf/aci2.martin.pdf>

[48] M. P. Mauricio González Cuervo. Cfr. 5.4.2. Fuerza vinculante de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las jurisdicciones -jurisprudencia constitucional-.

[49] Artículo 209 de la Constitución.

[50] Cfr. C-031 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, C-333 de 1999 y C-1161 de 2000, en ambas, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-144 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[51] CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. Pág. 196.

[52] CASSAGNE, Juan Carlos. Op., Pág. 216.

[53] Artículo 4º. 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 solo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos establecido en el artículo 47 del Decreto - ley 1212 de 1990.

[54] “Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.” Este decreto fue expedido bajo un estado de excepción por conmoción interior decretado para la época, por lo tanto fue sometido a la revisión automática por parte de la Corte Constitucional.

[55] M. P. Carlos Gaviria Díaz

[56] Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

[57] M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[58] Durante este periodo hubo diversas demandas contra este artículo, por lo cual se emitieron las C-072 y C-120 de 1996, en ambas, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y la C-193 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara. En todas ellas se declaró estarse a lo resuelto en la sentencia C-525 de 1995.

[59] Esta Corporación en fallo C-564 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, declaró la

exequibilidad de la facultad del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales para emitir sus conceptos, “bajo el entendimiento de que las actuaciones... deben constar en acta en donde aparezcan los motivos del retiro que se recomienda, dentro de las reglas del debido proceso administrativo” y “precedida de la aplicación de circunstancias objetivas, justas y razonables”.

[60] Los artículos 54, 55 y 62 de ese Decreto Ley, que regulaban el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional, fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-253 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, debido a que el Presidente excedió las facultades extraordinarias que le había otorgado en esa ocasión.

[61] Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

[62] M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[63] En esta sentencia se citan los casos más relevantes que constituyen la línea jurisprudencial en materia de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional. Otros casos en los cuales se habla del tema, por ejemplo aquellos en que operó el retiro discrecional para miembros de las Fuerzas militares o por la causal del llamamiento a calificar servicios, no son citados.

[64] M. P. Fabio Morón Díaz.

[65] M. P. Jaime Araújo Rentería.

[66] M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[67] M. P. Jaime Araújo Rentería.

[68] Frente a uno de los restantes encontró que éste sí conocía los motivos de la desvinculación (referidos a hechos ciertos y objetivos, relacionados con denuncias hechas en su contra por su dudoso comportamiento y lealtad policial) por lo cual el acto no fue arbitrario. Y respecto del último, la Sala de Revisión declaró la improcedencia de la acción de tutela, pues el accionante había dejado pasar el tiempo para iniciar la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho, sin justificación alguna, con lo cual pretendía que la acción de tutela fuera un medio alternativo y no subsidiario.

[69] M. P. Clara Helena Reales Gutiérrez.

[70]“Sentencias C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-871 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.”

[71] “Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-432 de 2008 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.”

[72]“Sentencia T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.”

[73] En ese sentido se dejan de lado las sentencias que estudiaron la discrecionalidad, pero desde el llamamiento a calificar servicio. Asimismo no hace referencia a otro tipo de retiros de los miembros de la Policía.

[74] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de mayo con radicado 16833, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

[75] Ver entre otras las siguientes sentencias, todas del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

- Del 31 de julio de 1997, con radicado 14608, Subsección B, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Del 21 de mayo de 1998, con radicado 16833, Subsección B, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Del 30 abril de 1998, con radicado 15257, Subsección A, C. P. Dolly Pedraza de Arenas.
- Del 17 de junio de 1999, con radicado 14686, Subsección B, C. P. Silvio Escudero Castro.

[77] Esta posición fue posteriormente reiterada en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A del 12 de septiembre de 2002, con radicación

25000-23-25-000-1997-3608-01(3769-01), C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

[78] En su argumentación se precisó: “Por otra parte, el concepto de buen servicio no se ciñe sólo a las calidades laborales del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador. La consideración discrecional compendia múltiples razones de satisfacción general, distintas de las de naturaleza disciplinaria, ya que lo que se persigue con el ejercicio discrecional para el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, no es la penalización de unas faltas, lo que explica que no se den las razones que motivaron su retiro del servicio, ni es requisito el que se haya probado una conducta irregular.”

[79] Con radicación 05001-23-25-000-1997-1223-01(2366-02), C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

[80] Ver entre otras las siguientes sentencias, todas del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

- Del 27 de marzo de 2003, con radicación 08001-23-31-000-1999-2295-01(5003-01), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 8 de mayo de 2003, con radicación 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 3 de agosto de 2006, con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Del 25 de noviembre de 2010, con radicación 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10), Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[81] Con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

[82] Si bien pueden encontrarse sentencias disidentes.

[83] Ver por ejemplo la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[84] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

[85] F. 27 ib.

[86] Como se precisó en los antecedentes de este proyecto, el señor Cristancho Ariza relató que compró un vehículo, a través de un crédito que hizo con el Banco Popular. Él mismo solicitó a la Policía abrir una investigación disciplinaria en su contra, por tal adquisición; sin embargo, el proceso disciplinario se archivó.

[87] F. 32 ib.

[88] Por ejemplo los identificados en los fundamentos jurídicos 44 a 49 (Corte Constitucional) y 55 a 58 (Consejo de Estado) de esta providencia.

[89] El texto del Decreto 1763 de 2000, es el siguiente:

“Artículo 1º: Retirase en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, por Voluntad del Gobierno, a partir del 25 de septiembre de 2000, al siguiente personal de oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del decreto 41 de 1994, numeral 1, literal c, modificado por el artículo 7ª, numeral 2º, literal f del Decreto 573 de 1995 y artículo 12 ibídem:

[...]

Subteniente FERNANDO CRISTANCHO ARIZA

80024798

[...]

Artículo 2º: El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.”

[90] Acta N° 325 del 22 de agosto de 2000. Referenciada en la sentencia de primera instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. F. 23 ib.

[91] Acta N° 486 del 24 de agosto de 2000. Referenciada en la sentencia de primera instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. F. 23 ib.

[92] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia.

[93] Fs. 19 y 20 ib.