

Sentencia T-107/16

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-
Caso en que la resolución que ordenó el retiro del tutelante, no fue motivada, al actor no se le informaron la razones objetivas y /o hechos ciertos en los que se sustentó tal decisión

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

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado u otros mandatos de orden superior.

EVOLUCION LEGISLATIVA EN EL CASO DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Normativa aplicable

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Desvinculación “por voluntad del Gobierno” o por “llamamiento a calificar servicios”

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA FACULTAD DISCRECIONAL EN EL RETIRO DEL PERSONAL DE LA FUERZA PUBLICA-Necesidad de motivar el acto

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

RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO Y LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-Diferencias en las consecuencias jurídicas

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por vulneración del precedente jurisprudencial de esta Corte en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional

Referencia: expediente T- 5.229.909

Tema: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, reiterará los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; tercero, reiterará las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; cuarto, estudiará el defecto por desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma; quinto, estudiará la evolución legislativa en el caso de retiro de los miembros de la fuerza pública ; sexto, reiterará la posición de la Corte Constitucional frente a la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General; séptimo, diferencias entre las causales denominadas “retiro por llamamiento a calificar servicio y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General o retiro discrecional”.

Problema jurídico: corresponde a la Sala establecer si el Tribunal accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el peticionario, al no aplicar a juicio del tutelante el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Derechos Fundamentales invocados: Debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dos (02) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sub-Sección B del Consejo de Estado que negó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor Iván Javier Muñoz Puerres contra el Tribunal Administrativo del Cauca.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, el doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

El señor Iván Javier Muñoz Puerres, por intermedio de apoderado solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, a la dignidad humana y a la igualdad. Lo anterior, al considerar que la decisión de segunda instancia emitida por el Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo del Cauca en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional desconoce el precedente establecido por la Corte Constitucional en relación con el deber de motivar los actos de

retiro de los funcionarios de la Policía Nacional con base en la causal denominada Voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Por lo anterior, pide que se ordene dejar sin efectos las decisiones de instancia, y emitir un nuevo fallo en donde se dé reconocimiento a dicho precedente jurisprudencial. Basa su solicitud en los siguientes hechos:

1.2 HECHOS REFERIDOS POR EL ACCIONANTE:

1.2.1. Sostiene el peticionario que formuló demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán (Cauca).

1.2.2. Señala que mediante la demanda solicitó la nulidad de la Resolución No. 04059 del primero (01) de agosto de dos mil seis (2006), por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional lo retiró del servicio activo en su condición de Agente Profesional.

1.2.3. Refiere que mediante providencia del seis (06) de junio de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, acogió las pretensiones de la demanda y ordenó su reintegro a la Policía Nacional. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente:

“ En el caso concreto, el Despacho observó que la hoja de vida del demandante IVAN JAVIER MUÑOZ PUERRES, contentiva de su rendimiento laboral no solo a la proximidad de su retiro, refiere no solamente información sobre eficiencia y disciplina en su ejercicio profesional, sino que el estudio amplio hecho por la misma, se logra evidenciar que durante su permanencia en la institución policial, materializó acciones excepcionales que conllevaron a impedir acciones delictivas, y así cumplir con los fines del Estado [...]

En este contexto el Despacho no encuentra respuesta alguna a los argumentos citados en la contestación de la demanda, pues no se entiende porque se retira del servicio activo a un miembro de la Policía Nacional, que en múltiples ocasiones actuó en favor de la institución con el único ánimo de ayudar a cumplir con los fines y principios que erigen a un Estado Social de Derecho...

Para este juez, el fundamento del nominador que se presume contuvo y sustentó el efecto jurídico del acto acusado (mejoramiento del servicio), no tiene validez desde el punto de vista probatorio que ilustra el caso bajo estudio. Y que es en casos como el presente el

criterio del despacho, la motivación del acto no puede consistir básicamente en la simple referencia o cita de las normas que facultan el uso de la discrecionalidad, pues siendo así se estaría desconociendo los elementos esenciales de los cuales depende la validez y eficacia de los actos administrativos”

1.2.4. Comenta que posteriormente, dicho fallo fue apelado por la Policía Nacional y correspondió su estudio a la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo del Cauca, despacho que mediante sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), revocó la decisión de instancia. Lo anterior bajo el siguiente argumento:

“El acto administrativo demandado tiene como motivación intrínseca las razones del servicio y por lo tanto no es necesario que la entidad dé a conocer o explique las razones que la llevaron a tomar la decisión de separar al funcionario, pues tal exigencia desconocería la naturaleza de la potestad atribuida al nominador [...]” (negritas dentro del texto)

1.2.5. Afirma el actor que dicha providencia desconoce el precedente establecido por la Corte Constitucional, según el cual todos los actos administrativos deben ser motivados.

1.2.6. Teniendo en cuenta las circunstancias y hechos anteriores, el peticionario solicita que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana y al acceso a la administración de justicia. En consecuencia, pide que se ordene dejar sin efectos la decisión proferida por el despacho accionado en segunda instancia y se emita un nuevo fallo en donde se dé reconocimiento al precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en cuanto al deber de motivar los actos de retiro.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Mediante oficio del doce (12) de marzo de dos mil quince (2015), la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la entidad accionada, para que en el término de dos (02) días se manifestara respecto de los hechos de la demanda. Así mismo, ofició al Juzgado Primero Administrativo de Popayán y al Tribunal Administrativo del Cauca para que en el término de dos (02) días contados a partir del recibo de la comunicación, allegaran copia del expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del

derecho.

1.3.2. Durante el término de traslado, el Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, por medio de su Secretario General el Coronel Ciro Carvajal Carvajal señaló lo siguiente:

1.3.2.1. Señaló que la competencia directa y exclusiva para analizar la legalidad de los actos administrativos expedidos en cumplimiento de un mandato judicial pertinente es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1.3.2.2. Sostuvo que los motivos para retirar al tutelante de la institución obedeció a razones de mejoramiento (esa es la motivación). La cual se expidió con proporción a los hechos que sirvieron de causa y de acuerdo a los parámetros establecidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional.

1.3.2.3. Igualmente, afirmó que el actor contó con la posibilidad de controvertir el acto administrativo y lo hizo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.3.2.4. Agregó que la acción de tutela resulta improcedente puesto que no se han probado los elementos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad que constituyen la existencia de un perjuicio irremediable, derivado de la decisión tomada por el tribunal accionado.

1.3.2.5. Concluyó que solo era viable la acción de tutela contra providencias judiciales en el evento en que se configure una de las causales de procedibilidad genéricas o específicas que conlleven a concluir que dentro de un proceso ha existido una vía de hecho por parte del juez natural.

1.3.3. Mediante oficio del seis (06) de abril de dos mil quince (2015), el Tribunal accionado manifestó lo siguiente:

1.3.3.1. Señaló que dicha corporación garantizó todos los derechos de las partes dentro del proceso puesto a su consideración y por ende con su fallo no vulneró derecho fundamental alguno del tutelante.

1.3.3.2. Resaltó que a partir de la sentencia C-592 de 1993, la jurisprudencia

constitucional ha admitido reiteradamente la procedencia excepcional de este mecanismo pero cuando se incurra en una vía de hecho, no para reemplazar los procedimientos ordinarios, ni como medio alternativo. Adicional o complementario de estos.

1.3.3.3. Añadió que a su juicio el demandante no brinda elementos jurídicos o fácticos como para inferir la configuración de una vía de hecho, en tanto se tiene que la Corporación era competente para proferir la sentencia objeto de tutela.

1.3.3.4. Así mismo, indicó que el Consejo de Estado en muchas oportunidades ha expresado que los actos administrativos que contienen una decisión discrecional no requieren de motivación alguna, pues en ejercicio de dicha facultad, y avalado por las razones del servicio, se puede disponer la desvinculación de un miembro de la fuerza pública.

1.3.3.5. Por último, concluyó que el actor lo que pretende es plantear ante el juez constitucional la misma situación fáctica y jurídica ya agotada ante el juez ordinario, utilizando la tutela como una tercera instancia, contrariando los lineamientos planteados por el Consejo de Estado.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Decisión de primera instancia – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.

En primera instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia proferida el veinte (20) de abril de dos mil quince (2015), negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el tutelante. Lo anterior, bajo el argumento de que el Tribunal accionado al revocar la sentencia proferida en primera instancia por el juzgado, tuvo en cuenta que el acto administrativo demandado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley al Director General de la Policía Nacional y basado en la recomendación de la Junta de Evaluación y Calificación, es decir que la decisión tomada está precedida del análisis probatorio y de la aplicación de las normas que regulan el retiro del servicio de un miembro de la fuerza pública.

De igual manera, resaltó que con la acción de tutela no puede la parte actora reabrir el debate probatorio que se surtió al interior del proceso ordinario, dentro del cual se hizo uso de los medios de defensa previstos para controvertir las decisiones que pudieran resultar desfavorables.

1.4.2. Decisión de segunda instancia - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

En segunda instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante sentencia proferida el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), confirmó la sentencia de instancia. Así mismo, añadió que la autoridad judicial accionada no desconoció el precedente del Consejo de Estado relacionado con la motivación de los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública. Sobre este punto, indicó que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tienen posiciones encontradas, dado que para el Consejo la motivación del acto de retiro es implícita, en cuanto se presume que se expide por razones del servicio, mientras que para la Corte Constitucional la motivación debe ser expresa, sin embargo el Tribunal accionado acogió la posición del Consejo de Estado, por tratarse del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1.5. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1.5.1. Copia del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Iván Muñoz Puerres en contra de la Policía Nacional, Ministerio de Defensa, Nación (Folio 9-23, cuaderno No. 2)

1.5.2. Copia del fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Iván Muñoz Puerres en contra de la Policía Nacional, Ministerio de Defensa, Nación (Folios 24-40, cuaderno No. 2)

1.5.3. Copia de la Resolución No. 04059 de 2006, por medio de la cual, el Director General de la Policía Nacional, en uso de sus facultades legales ordenó retirar del servicio, al Agente Iván Javier Muñoz Puerres (Folio 67, cuaderno No. 2)

1.5.4. Copia del oficio mediante el cual se notifica al Agente Iván Javier Muñoz Puerres del contenido de la Resolución No. 04059 de 2006 (Folio 68, cuaderno No. 2)

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta Corporación establecer si el Tribunal accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el peticionario, al no aplicar, a juicio del tutelante, el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, reiterará los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; tercero, reiterará las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; cuarto, estudiará el defecto por desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma; quinto, estudiará la evolución legislativa en el caso de retiro de los miembros de la fuerza pública; sexto, reiterará la posición de la Corte Constitucional frente a la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General; séptimo, diferencias entre las causales denominadas “retiro por llamamiento a calificar servicio y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General o retiro discrecional” y, por último, analizará el caso concreto.

2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.3.1. El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 5°, establece que la acción de tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que

hayan violado, viole o amenace violar derechos constitucionales fundamentales.

Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, para con ello, garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por esta razón, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

2.3.2. En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992[1], declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto, los cuales se referían a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales.

2.3.3. En aquel momento, la Sala Plena consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales, de manera que permitir su ejercicio contra dichas providencias vulneraría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial.

No obstante la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyeran manifiestas vías de hecho. Así, a partir de 1992, esta Corporación comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyen vías de hecho, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental). Con el paso del tiempo, el Alto Tribunal en su

jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de vías de hecho.

2.3.4. La doctrina de las vías de hecho fue replanteada en la Sentencia C-590 de 2005[2]. En este fallo, la Corte señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: unos requisitos generales de procedencia de naturaleza estrictamente procesal y unas causales específicas de procedibilidad de naturaleza sustantiva que recogen los defectos que antes eran denominados vías de hecho.

El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos interlocutorios, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto.

En este orden de ideas, pasa la Sala a analizar los requisitos generales y las causales especiales que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como necesarios para que proceda la tutela contra providencias judiciales.

2.4. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

2.4.1. Los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, son condiciones de procedimiento que buscan hacer compatible la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la eficacia de principios de estirpe constitucional y legal como la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, y la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama judicial.[3] Estos requisitos son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos

fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad

en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”[10].

2.4.2. En la sentencia referida anteriormente se estableció que después de probar el cumplimiento de los requisitos generales señalados, el accionante debe demostrar que tuvo lugar alguna de las causales específicas de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada. Esas causales se examinan a continuación:

2.5. CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

En la Sentencia C-590 de 2005[11], a partir de la jurisprudencia sobre las vías de hecho, la Corte señaló las siguientes causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Se trata de defectos sustanciales que por su gravedad hacen incompatible la decisión judicial de los preceptos constitucionales[12]. Estos son:

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[13] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos

fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”[14].

“i. Violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución”[15].

Teniendo en cuenta que para la Sala resulta relevante analizar a fondo el defecto alegado por los tutelantes “Desconocimiento del precedente”, debido a que a su juicio los despachos accionados no tuvieron en cuenta el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo concerniente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Policía Nacional por las causales denominadas llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, se procederá a hacer una breve caracterización de dicho defecto como causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.6. DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

2.6.1. El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia[16]. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental

vulnerado[17] u otros mandatos de orden superior.

2.6.2. La supremacía del precedente constitucional surge del artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas[18]. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias tanto en su parte resolutive, como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia[19]. Por esta razón, si se desconoce el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, se “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.”[20]

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-656 de 2011[21] sostuvo lo siguiente:

“(...) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.

2.6.3. La Sentencia T-351 de 2011[22] explica que el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta[23], y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad.

En lo concerniente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto constitucional -bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución.

En cuanto a los fallos de revisión de tutela, el respeto de su ratio decidendi es necesario para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. Es por esto que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aún cuando se trate de tribunales de cierre de las demás jurisdicciones[24].

En este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política[25].

2.6.4. En este orden de ideas, se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutables por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de executibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión

de tutela[26].

Al respecto, vale la pena traer a colación las pautas resaltadas en la Sentencia T-351 de 2011[27], para establecer que existe un desconocimiento del precedente constitucional:

“(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine”.

2.6.5. En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha clasificado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional también como una hipótesis de defecto sustantivo. Entre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra fallos judiciales se pueden presentar diversos tipos de relaciones, y en un caso pueden concurrir varios defectos. Así, tanto la doctrina[28] como la jurisprudencia[29] han identificado el “desconocimiento del precedente judicial”, como una modalidad del defecto sustantivo –como ya se advirtió, y como una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) el desconocimiento del precedente puede derivar en un defecto sustantivo cuando se irrespeta la cosa juzgada constitucional establecida en sentencias con efectos erga omnes, o en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (entre otros) cuando el juez se aparta de la doctrina constitucional contenida en la ratio decidendi de los fallos de revisión de tutela”[30] (resaltado fuera del texto original).

Lo cierto es que independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique –como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo–, el desconocimiento del precedente constitucional, además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional, lo que

constituye una razón de más que hace viable la acción de tutela en estas situaciones.

2.7. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL CASO DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

2.7.1.

Normativa

aplicable:

2.7.1.1.

En un principio es importante precisar que la Fuerza Pública tiene un valor principal y una función protagónica del Estado Social de Derecho prescrito por la Constitución de 1991.

En el artículo segundo de la Carta se establecen los fines esenciales del Estado en que se fundamenta la existencia de las dos grandes instituciones de la fuerza pública; por una parte, para las Fuerzas Militares “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial” y, por otra, para la Policía Nacional “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Comparten además, con todas las demás autoridades de la República, la función esencial de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

2.7.1.2.

En razón de la importancia de la institución para el Estado Social de Derecho, el Capítulo 7 de la Carta titula justamente “De la Fuerza Pública” y desarrolla entre los Artículos 216 a 223 Superiores las cuestiones principales sobre el tema.

2.7.1.3.

En la Carta se deja clara la naturaleza funcional de las Fuerzas Militares, -compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- . así: “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”[31].

2.7.1.4.

Al respecto, considerando la naturaleza endémica de la institución militar, el artículo 217 prevé: “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”[32] Cuestión que actualmente se regula por el Decreto 1790 de 2000.

2.7.1.5.

La norma que regula las causales de retiro es el Art. 100, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. En él se establece:

El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.
3. Por llamamiento a calificar servicios.
4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.

9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.

2. Por conducta deficiente.

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.

4. Por muerte.

5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.

6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.

2.7.1.6.

La evidencia de que el servicio en la Fuerza Pública tiene una naturaleza diferente al de cualquier otro cargo público, y en especial, la estructura jerárquica y piramidal hace que tenga unas condiciones diferentes de permanencia en el cargo, se encuentra a lo largo de las normas que regulan la actividad militar, pero claramente puede verse un reflejo de ello en el literal a) del artículo 100, Decreto 1790 de 2000.

2.7.1.7.

La Policía Nacional ha sido constituida con el fin primordial de salvaguardar a todas las personas en su vida, honra y bienes, es decir que tienen a su cargo la garantía de la seguridad ciudadana, el bien común, la paz, la armonía, entre otros. Finalidad que tiene sustento en los artículos 2 y 218 de la Constitución. Los cuales rezan:

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial 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.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”

2.7.1.8.

En esta medida, considerando la naturaleza excepcional de la institución y de las funciones de los cargos que en ella se desempeñan, el legislador tal y como lo contempla el parágrafo último del artículo 218 Superior, es el encargado de determinar el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de la Policía Nacional, razón por la cual en uso de dichas facultades extraordinarias ha creado diferentes normas que han reglamentado el régimen de carrera del personal policial. A saber:

2.7.1.9. En un principio, el Decreto 2010 de 1992, en su artículo 4º, instituyó en cabeza del Director General de la Policía Nacional, la facultad discrecional de disponer del retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el sólo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos establecido en el artículo 47 del Decreto Ley 1212 de 1990. Este que fue objeto de control constitucional y fue declarado exequible por esta Corporación mediante Sentencia C-173 de 1993[33].

Subsiguientemente, el Congreso expidió el Decreto Ley 41 de 1994[34], en el cual estableció en los artículos 75 y 76, las causales de retiro de los miembros de la fuerza pública dentro de las cuales se encontraba el llamamiento a calificar servicios y el retiro por disposición del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional. Artículos que posteriormente fueron modificados por los artículos 6º y 7º del Decreto Ley 573 de 1995.

2.7.1.10. Por último se expidió el Decreto Ley 1790 de 2000[35], el cual fue modificado por la Ley 857 de 2003[36], en lo concerniente al retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, la cual en sus artículos 1, 2 3 y 4 desarrolló el retiro de la Policía Nacional y explicó las causales denominadas llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. Al respecto dispuso:

“ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

ARTÍCULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto Ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

4. Por llamamiento a calificar servicios.

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.

6. Por incapacidad académica.

ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1o. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.

PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley”.

2.7.1.11. En cuanto al fundamento jurídico que da soporte a la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección de la Policía Nacional el mismo se encuentra contenido en los artículos 1 y 2 numeral 5 y 4 de la Ley 857 de 2003 para el caso de

Oficiales y Suboficiales y por los artículos 54 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 para el caso del personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, extractos normativos que permiten al Ejecutivo y a la Dirección General de la Policía Nacional, utilizar este mecanismo para hacer efectivo el buen servicio público que debe prestar la Policía Nacional, dando de esta manera cumplimiento expreso a lo previsto por la Constitución Política en su artículo 218, respecto al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de que los habitantes de Colombia convivan en paz, que no son más que verdaderas razones del servicio.

2.7.1.12. De lo anterior, se puede colegir que el Congreso de la República ha expedido normas tendientes a regular el retiro del personal adscrito a la Policía Nacional por sus diferentes causales. Sin embargo, en esta oportunidad nos centraremos en el Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General”.

2.8.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA CAUSAL DENOMINADA RETIRO DISCRECIONAL O POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

2.8.1. Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar del servicio a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del

comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro[37].

2.8.2. Del deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio, proferidos en virtud de una facultad discrecional.

2.8.2.1. En atención a la facultad discrecional que otorgó la ley al Gobierno Nacional y al Director General de cada institución para llamar a calificar servicios y para retirar a los miembros de la Fuerza Pública, esta Corporación consideró, que a la luz del artículo 1º superior -el cual dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho-, la administración debe respetar el derecho fundamental al debido proceso “-en sus tópicos de derecho de defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación-”[38] al proferir actos administrativos discrecionales.

2.8.2.2.

En efecto, en la sentencia SU-917 de 2010, se consideró que la cláusula del Estado de Derecho -que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribela arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados- se hace efectiva al permitir a “los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder”[39]; de manera que a la administración le corresponde motivar los actos haciendo expresas las razones por las cuales se tomó la decisión, y a la jurisdicción le compete definir si esas razones son justificadas a la luz de la Constitución y la Ley.

Igualmente, se dispuso en la sentencia en mención, que la motivación de los actos administrativos no es sólo una garantía del Estado de Derecho, sino también del debido proceso y de los principios democrático y de publicidad; (i) si el acto administrativo no se encuentra motivado, el particular se halla impedido para ejercer las facultades que integran el debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada); (ii) la motivación de los actos administrativos constituye el instrumento por medio

del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas, por lo cual guarda una estrecha relación directa con el principio democrático; (iii) la publicidad se refleja en la motivación, pues permite que el administrado se encuentre informado de las decisiones adoptadas por la administración y que tenga claridad de las razones que les han servido de sustento[40].

Lo anterior bajo el entendido de que la administración goza de una discrecionalidad relativa, lo que significa que está sujeta a los límites que fijen la ley y la Constitución, impidiendo así la posibilidad de adoptar decisiones administrativas injustificadas y arbitrarias; esta posición se encuentra fundada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (antes artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo) en virtud del cual: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”[41].

2.8.2.3.

Así bien, se consideró en la sentencia SU-917 de 2010 que la noción de discrecionalidad absoluta no tiene cabida dentro de un Estado de Derecho, por lo que sólo es admisible la discrecionalidad relativa; “la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario”[42].

Se manifestó en aquella oportunidad que, en efecto, el deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al debido proceso, conforme al cual, cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección o defensa de sus intereses; ya que el afectado podrá exponer sus argumentos y aportar las pruebas que contribuyan para su defensa, siempre que conozca los motivos por los cuales se adoptó la decisión que controvierte.

2.8.2.5.

Así bien, y de conformidad con lo sostenido en la sentencia T-297 de 2009, para efectos de respetar el

derecho fundamental al debido proceso en estos casos, debe acreditarse el cumplimiento de los siguientes supuestos: (i) la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto; (ii) la recomendación en comento debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio; y (iii) el informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, deben ponerse en conocimiento del afectado[43].

2.8.2.6.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional definió en la sentencia T-265 de 2013 los siguientes elementos comunes a toda potestad discrecional: (i) debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente; (ii) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; (iii) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Como consecuencia de los elementos expuestos, se consideró por parte de esta Corporación que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”[44]; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.

2.8.2.7.

De conformidad con las anteriores consideraciones, esta Corporación dispuso en la sentencia T-723 de 2010, en relación con la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios, que no

basta con aducir que el funcionario respectivo cumplió con los requisitos para adquirir la mencionada asignación, ya que será necesario motivar la decisión de acuerdo con los fines de la norma que instituyó la facultad y conforme a los hechos que le sirven de causa, bajo la perspectiva de la finalidad de la institución de las Fuerzas Militares y al amparo de la necesidad de tener personas con méritos excepcionales que permitan la consecución de dicha finalidad.

2.8.2.8.

Por otro lado, y con respecto a los estándares mínimos de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional, propuso esta Corporación, recientemente en sentencia SU-172 de 2015, lo siguiente: (i) 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; (ii) 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; (iii) el acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución, esto es, el mejoramiento del servicio; (iv) 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; (v) la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportada 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; (vi) 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; (vii) 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; (viii) 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[45].

2.8.2.9. Recientemente, en sentencia SU-053 de 2015, esta Corte reiteró que los actos discrecionales de retiro de los miembros de la fuerza pública deben tener un mínimo de motivación, en esta medida los actos administrativos que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional, deben encontrarse motivados; de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho, caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. Como sustento de lo anterior señaló que:

“[...] los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse 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; ii. 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; iii. 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; iv) 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. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores [...] v. 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; vi. 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 [...]”

2.8.2.10.

En atención a las anteriores consideraciones, puede concluirse que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que, los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de las Fuerzas Públicas –que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de una facultad discrecional otorgada por la ley, deben encontrarse motivados; de manera que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

2.9. DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSALES DENOMINADAS “RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIO Y RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL O RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES”.

2.9.1. Para delimitar la figura del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General es necesario en primer lugar, distinguirla del llamamiento a calificar servicios, en virtud de lo desarrollado por la Sentencia SU-091 de 2016, en la cual se precisó que cuando el retiro se presenta por llamamiento a calificar servicios, dicho acto administrativo de retiro no requiere de motivación expresa, pues su motivación es extra textual y está contenida en la misma Ley y sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS	DIRECTOR GENERAL DE LA MILITARES
RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA	FUERZA PÚBLICA

1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.

1. La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.

En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

2. Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.

3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón[46].

3. Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su

asignación de retiro (requisito sine quanon), prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)

4. Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.

4. Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.

5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.

5. Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.

6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.

6. Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como

uniformado de la institución y permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.

7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.

7. No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.

8. El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).

Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.

8. Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.

Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público. [47]

3.7.1.1. Del cuadro anterior, se puede evidenciar que ambas figuras difieren sustancialmente en cuanto a su contenido, requisitos y efectos o consecuencias, pero son similares en cuanto a la intención de retirar del servicio activo de la Fuerza Pública a quienes cumplan unos requisitos específicos (para el caso del retiro por llamamiento) o se encuentren inmersos en circunstancias especiales, por razones del servicio, (para el caso del retiro discrecional en las Fuerzas Militares o del retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional) que generen el ejercicio de la facultad “discrecional” prevista en la norma.

3.7.1.2. En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro[48].

A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro.

3. CASO CONCRETO

3.1. SÍNTESIS DEL CASO.

En el caso objeto de estudio, el tutelante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, los cuales considera vulnerados por el Tribunal Administrativo del Cauca al no aplicar a su juicio el precedente establecido por la Corte Constitucional en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

3.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN EL PRESENTE CASO.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del Agente Iván Javier Muñoz Puerres, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se discute la falta de motivación del acto de retiro por la causal denominada Voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. El Tribunal Administrativo del Cauca, despacho accionado en la presente acción de tutela, negó las pretensiones del tutelante y revocó la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que dice que no hay necesidad de motivar dichos actos de retiro, posición que a juicio del actor vulnera el precedente establecido por la Corte Constitucional referente a la exigencia de motivación.

3.2.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela se dirige contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Iván Javier Muñoz Puerres en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional en aras de que se ordenara la nulidad del acto que ordenó su retiro de la Policía Nacional y en consecuencia se ordenara su reintegro a la institución.

3.2.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, se produjo el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), y la acción de tutela fue presentada el cinco (05) de marzo de la misma anualidad, es decir, quince (15) días después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se cumple con el requisito de la inmediatez.

3.2.4. Agotamiento de todos los medios de defensa judicial.

Observa la Sala que dentro de los hechos narrados y de las pruebas aportadas en el expediente se demuestra que el tutelante agotó todos los medios procesales, puesto que acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar la nulidad del acto que ordenó su retiro, proponiendo todos los recursos ordinarios a su alcance.

3.2.5. Análisis de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela. Defecto por desconocimiento del precedente.

El Agente Iván Javier Muñoz Puerres ingresó a la Policía Nacional como Agente Alumno, Seccional Simón Bolívar, el primero (01) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) hasta el treinta (30) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), luego como agente, desde el primero (01) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) hasta el nueve (09) de agosto de dos mil seis (2006). Es decir, que se mantuvo en la Institución durante diecinueve (19) años.

El primero (01) de agosto de dos mil seis (2006), El Director General de la Policía Nacional, emitió la Resolución de retiro No. 04059, mediante la cual lo retiró del servicio con base en la facultad discrecional que tiene la Dirección General de la Policía Nacional para ello, alegando “necesidad del servicio”.

Para el Agente Muñoz Puerres, el acto administrativo mediante el cual la Policía Nacional ordenó su retiro es inválido porque: (i) carece de motivación y, (ii) no se aportó el concepto de la Junta de Evaluación y Calificación de la Policía Nacional. Añade que su desempeño dentro de la Institución siempre fue excelente y se destacó por su alto espíritu de colaboración y entrega en las diferentes actividades encomendadas.

Inconforme con dicho acto administrativo, el hoy tutelante inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, despacho judicial que mediante fallo del seis (06) de junio de dos mil catorce (2014), accedió a sus pretensiones y ordenó su reintegro. Dentro de la decisión emitida, el juez aseguró que de la hoja de vida del actor se evidencia un rendimiento excepcional, circunstancia que conlleva a una desviación del poder, para lo cual resalta que la motivación del acto no puede consistir básicamente en la simple referencia o cita de las normas que facultan el uso de la discrecionalidad, pues con ello se desconocen los elementos esenciales de los cuales depende la validez y eficacia del Acto Administrativo. Contra esta decisión la Policía Nacional interpuso el recurso de apelación, alzada que correspondió por reparto al Tribunal Administrativo del Cauca, despacho que mediante fallo del diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), revocó la decisión tomada en primera instancia por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Popayán. Lo anterior, debido a que los actos administrativos de retiro no requieren motivación, premisa que afirmó, va acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Debido a lo anterior, el demandante presentó acción de tutela para buscar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados, principalmente, por cuanto consideró que la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca desconoce el precedente sentado por la Corte Constitucional, el cual señala que el retiro por la causal denominada voluntad del Gobierno o de la Dirección General debe ser motivado, posición reiterada recientemente mediante Sentencia SU- 172 de 2015[49].

En las sentencias de tutela, en ambas instancias, el Consejo de Estado sostuvo que la jurisprudencia de dicha Corporación ha reiterado en varias oportunidades que el retiro del servicio alegando la facultad discrecional no requiere de motivación, lo cual no implica que el retiro no este fundado en razones del servicio. Respecto del análisis realizado dentro del proceso ordinario de la historia laboral del actor, el fallador de tutela de primera instancia consideró que el estudio que se realizó en el escenario del proceso de tutela, no se compara con el que pudo haberse efectuado dentro del proceso ordinario; además las valoraciones hechas por los jueces de instancia materializan el principio de autonomía e independencia judicial, posición que se reiteró en la sentencia de apelación de tutela.

Ahora bien, la situación fáctica que da lugar a una decisión de retiro es, y en todo caso debe

ser diferente a aquella que motiva el retiro por llamamiento a calificar servicios. Las diferencias están claramente fijadas en los requisitos legales de ambas figuras, en los efectos que ellas producen y en la finalidad que cada una de ellas persigue. En esta medida, el llamamiento a calificar servicios es una forma natural de terminación del servicio activo en la institución de la Fuerza Pública, que se genera por la necesidad de mantener una estructura jerárquica y piramidal que permita el relevo generacional, tal y como quedó plasmado recientemente en la sentencia SU-091 de 2016[50]; mientras que la figura del retiro por voluntad de la administración se da en función del mejoramiento del servicio, lo que implica que la persona retirada está afectando de alguna forma el buen servicio y ello por lo tanto requiere estar explícitamente indicado en la motivación del acto. Lo anterior, sin perjuicio de que los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tengan carácter reservado, de ser así deberán conservar tal calidad. Sin embargo, deben ser puestos en conocimiento del afectado. En palabras de esta Corte “El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente”[51].

En ese sentido, cuando el retiro se da por “Voluntad del Gobierno o de la Dirección General” esta Corte ha sido enfática en precisar que el acto administrativo de retiro discrecional por necesidad del servicio, debe ser fundamentado en una motivación clara y suficiente. Es más, dicha causal de retiro puede operar en cualquier momento y en ese sentido, puede afectar los derechos relacionados con la seguridad social del destinatario, y ello requiere de una fundamentación, que debe estar ligada con la finalidad y naturaleza del servicio, de forma que la decisión no puede ser arbitraria o desconocer el buen desempeño del trabajador.

En esta oportunidad, el actor fue retirado de la institución por la voluntad de la Dirección General, facultad discrecional otorgada por la misma ley, pero que ha sido limitada por esta Corte en el sentido de exigir que sea motivada para efectos de proteger los derechos fundamentales del funcionario desvinculado. En el caso concreto, la resolución que ordenó el retiro del tutelante, no fue motivada, dicho acto administrativo únicamente hizo alusión a las normas que confieren la potestad discrecional al Gobierno Nacional y a la Dirección General de la Policía Nacional para retirar del cargo a miembros de la Policía Nacional. En esta medida, al actor no se le informaron la razones objetivas y /o hechos ciertos en los que se sustentó tal decisión[52]. Dicha situación no ocurrió, por lo cual se incumplió este

parámetro.

Aunado a lo anterior, a juicio del Despacho accionado, la motivación tiene fundamento en el concepto previo que emite la junta asesora y el comité de evaluación. Sin embargo, en este caso sólo se limitó a recomendar por “razones del servicio” el retiro del personal que relaciona dentro de los cuales se encontraba el tutelante[53]. El cual debe ser suficiente y razonado, situación que no se presenta en el caso objeto de estudio.

Sobre este punto esta Corporación ha sido enfática en precisar que “El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es el mejoramiento del servicio[54]”, requisito sin el cual no es ajustada a la normativa y la jurisprudencia dicho retiro. Puesto tal y como se ha resaltado, dicho acto debe ser motivado suficientemente para que proceda el retiro.

En esta oportunidad es claro para la Sala, que la Policía Nacional no logró demostrar que el retiro del Agente Iván Javier Muñoz Puerres obedeció a razones del servicio, por tanto, 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 que la separación del cargo del actor se debió a razones de mejoramiento del servicio, lo cual conduce a establecer que también se incumplió esta regla[55].

En esta medida, al no estar motivado el acto de retiro del Agente Iván Javier Muñoz Puerres y no encontrarse contenida en el acta No. 016 mediante la cual la junta asesora recomendó su retiro las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar dicha recomendación, puesto que tal y como se expresó en la parte considerativa de esta sentencia “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”[56], se vulneraron los derechos fundamentales del tutelante y se le transgredió el derecho a conocer las razones por las cuales era retirado del servicio,

después de estar en la institución por diecinueve (19) años.

Por tanto, es importante resaltar que con dicho actuar se vulneró el precedente jurisprudencial de esta Corte en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, por consiguiente, esta Corte protegerá los derechos fundamentales alegados por el tutelante. En su lugar, revocará la decisión proferida el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la decisión proferida por la Sección Segunda de ese mismo Alto Tribunal en primera instancia.

En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia dictada el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015) por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Agente Iván Javier Muñoz Puerres contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional (Resolución 04059 de agosto de 2006).

Así mismo, se ordenará al Tribunal Administrativo del Cauca, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que aplique la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

4. CONCLUSIONES

4.1. En la presente oportunidad la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional decidió reiterar el precedente establecido por esta Corte en cuanto a la necesidad de la motivación de los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General.

4.2. Lo anterior debido a que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional, debe como mínimo “expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra”[57]; y dicha exigencia de motivación no se limita al agotamiento de un requisito formal en virtud del cual se empleen afirmaciones genéricas y abstractas como “por razones del servicio” o

“por necesidades de la fuerza”, ya que estas afirmaciones no le permiten al sujeto conocer si la decisión se ajusta a los fines de la norma y a la proporcionalidad en relación con los hechos que le sirven de causa.

4.3. En esta medida se reitera la jurisprudencia constitucional en cuanto a la necesidad de motivar los actos de retiro de los miembros de las Fuerzas Públicas por la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, que hubieren sido proferidos por la administración en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley. Ello, con la finalidad de garantizar el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados[58].

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la decisión proferida el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la decisión proferida por la Sección Segunda de ese mismo Alto Tribunal en primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales del señor Iván Javier Muñoz Puerres. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad del tutelante

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTO, la sentencia dictada el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Agente Iván Javier Muñoz Puerres contra el acto administrativo que ordenó su retiro de la Policía Nacional (Resolución 04059 de agosto de 2006).

TERCERO. ORDENAR al Tribunal Administrativo del Cauca, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que

aplique la jurisprudencia de esta Corporación en lo referente al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional. Lo anterior, conforme a lo desarrollado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. EXHORTAR al Gobierno Nacional y a la Policía Nacional para que al momento de retirar del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional tengan en cuenta los lineamientos establecidos por esta Corte, a fin de que tal facultad se ejerza dentro de los límites señalados por la Constitución y la Ley.

QUINTO. Líbrense por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] MP, José Gregorio Hernández Galindo.

[2] MP, Jaime Córdoba Triviño.

[3]Ver al respecto la sentencia T-310 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[4] Sentencia 173 de 1993, MP, José Gregorio Hernández Galindo.

[5] Sentencia T-504 de 2000, MP, Antonio Barrera Carbonell.

[6] Ver entre otras, la Sentencia T-315 de 2005, MP, Jaime Córdoba Triviño.

[7] Sentencias T-008 de 1998, MP, Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-159 de 2000, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[8] Sentencia T-658 de 1998, MP, Carlos Gaviria Díaz.

[9] Ver al respecto sentencias T-088 de 1999, MP. José Gregorio Hernández Galindo y SU-1219 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[10] Cfr. Sentencia C-590 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño.

[11] MP, Jaime Córdoba Triviño.

[12] Ver al respecto la sentencia T-310 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[13] Sentencia T-522 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[14] Cfr. Sentencias T-462 de 2003, MP, Eduardo Montealegre Lynett ; SU-1184 de 2001, MP, Eduardo Montealegre Lynett; T-1625 de 2000, MP (E) Martha Victoria Sáchica Méndez y T-1031 de 2001, MP, Eduardo Montealegre Lynett.

[15] Cfr. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[17] Ver sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[18] Ver sentencia C-539 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[19] Sentencia SU-168 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[20] Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[21] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[22] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del

Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

[23] Ver además sentencias T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[24] En palabras de la Corte: “En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez – y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación –, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez” y al acceso a la administración de justicia porque “...las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.” Cfr. Sentencia T-566 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterado en la sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras posteriores.

[25] De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[26] Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[27] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICJES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

[28] Ver por ejemplo Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Ed. Ibáñez (2012). Véase cómo, incluso, el doctrinante al explicar el “desconocimiento del precedente”, lo señala tanto en el defecto sustantivo como en una causal autónoma posteriormente, páginas 224, 138 y 254.

[29] Ver, entre otras, sentencias SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[30] Cfr. Sentencia T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[31] Constitución Política de Colombia, Artículo 217, párrafo 2.

[32] Párrafo 3.

[33] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[34] Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales

de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

[35] 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.

[36] “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”.

[37] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[38] *Ibídem*.

[39] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[40] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[42] Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[43] Sentencia T-297 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[45] Sentencia SU-172 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[46] Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014.

[47] Cuadro extraído de la sentencia SU-091 de 2016.

[48] Conforme con lo establecido en el Artículo 3º del Decreto 1791 de 2000, para que proceda el retiro de un Oficial por la causal denominada “Llamamiento a Calificar Servicios”, es necesario que cumpla con los requisitos para hacerse acreedor a una Asignación mensual de retiro, establecido en el numeral 3.1. del Artículo 3º de la Ley 923 de 2004, en armonía con el Artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.

“Artículo 3º de la Ley 923 de 2004: ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de

retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: 3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres. En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones. [...]”(negrilla y subrayado fuera del texto)

[49] MP, Gloria Stella Ortiz Delgado.

[50] MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar y precisar su jurisprudencia en relación con el llamamiento a calificar servicios de los miembros de la Fuerza Pública, para señalar que dicha modalidad de retiro no requiere de motivación expresa, puesto que la motivación es extra textual y está plasmada en la misma Ley, por tanto para que se efectúe es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma para que se presente el retiro.

[51] CFR T-172 de 2015.

[52] La Resolución 04059 señala: “El Director General de la Policía Nacional

En uso de sus facultades legales que le confiere el artículo 5º numeral 3 de la Resolución

Ministerial 0162 del 27 de febrero de 2002....,y

Resuelve

Artículo 1 Retirar del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 al siguiente personal, adscrito a la unidad que en cada caso se indica así: AGENTE IVÁN JAVIER MUÑOZ PUERRES ... DECAU...”

[53] Acta No. 016 del 31 de julio de 2006. La Junta de Evaluación y Clasificación para suboficiales personal del nivel ejecutivo y agentes, en la que se recomienda por razones del servicio en forma discrecional y por votación unánime de sus miembros el retiro del servicio activo de la policía.

[54] SU-172 de 2015.

[55] Afirmación tomada de la Sentencia SU- 172 de 2015.

[56] Su-172 de 2015

[57] Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[58] Ver entre otras las sentencias SU-172 de 2015, MP, Gloria Stella Ortiz Delgado; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio, T-297 de 2009, MP, Luis Ernesto Vargas Silva.