

Sentencia T-1173/08

REGIMEN ESPECIAL CARRERA DE FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Admite cierta flexibilidad

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Vulneración del debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia por carecer de motivación el acto administrativo de retiro

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Orden al Ejército Nacional motivar el acto administrativo de retiro y señalar las razones que condujeron a la decisión

Referencia: expediente T-1.941.697

Acción de tutela de Lucas Julián Rincón Sánchez en contra del Comandante del Ejército Nacional y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el Cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008), en primera instancia, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el Veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008).

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

El señor Lucas Julián Rincón Sánchez interpuso acción de tutela en contra del Ejército Nacional¹, con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos a la dignidad, la honra, el buen nombre, y el debido proceso, que considera vulnerados por la institución accionada. A continuación se presentan los fundamentos fácticos de la acción:

1. El peticionario ingresó al Ejército Nacional como suboficial el día veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), y obtuvo el ascenso al grado de Sargento Segundo el dos (2) de septiembre de dos mil seis (2006). Durante su carrera militar siempre obtuvo calificaciones positivas y, en varias ocasiones, recibió felicitaciones por parte de sus superiores, como consta en su “folio de vida”.²

1.2 El quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007), mediante la Resolución 2124 de 2007, el entonces Comandante del Ejército Nacional, General Mario Montoya Uribe, decidió retirar discrecionalmente del servicio al accionante, siguiendo el concepto emitido por el Comité para la Aplicación del decreto 1790 de 2000 (en adelante, el Comité), y consignado en el acta 246 de 2007. Se transcribe la motivación consignada en la resolución:

“Que revisados los antecedentes, se encontró luego de examinar las razones del Servicio que imponen a las Fuerzas Militares el cumplimiento de la misión constitucional asignada de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; mediante el Acta No. 246 datada el 23 de octubre de 2007 del Comité de Evaluación para la Aplicación del artículo 104 del Decreto 1438 de 2007, registrada al folio No. 60, atendiendo las razones del Servicio recomendó el retiro en forma discrecional del señor Sargento Segundo INF. LUCAS JULIÁN RINCÓN SÁNCHEZ”.

1.3 La resolución mencionada no fue notificada formalmente al señor Rincón Sánchez, ni se le entregó copia de la misma como lo ordena el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo. En lugar de ello, el veintinueve (29) de diciembre de dos mil siete (2007), el Jefe de Personal del Batallón Ayacucho, le entregó copia del oficio (o radiograma) No. 017135

de diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007) en la que se le informa de la decisión adoptada por el Comandante del Ejército Nacional.

1.4. La liquidación de salarios y prestaciones sociales del peticionario se efectuó tomando como fecha de retiro el quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007). Sin embargo, le fue asignada una misión en Cali entre el 6 y el 28 de diciembre del mismo año.

1.5. El tres (3) de enero de dos mil siete (2007), el peticionario elevó derecho de petición ante el Comandante General del Ejército Nacional, solicitando la entrega de una copia del Acta o del Concepto del Comité de Evaluación para la Aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, que sirvió de fundamento de la decisión de retiro discrecional y, a la fecha de presentación de la acción de tutela (11 de febrero de 2008) no había obtenido respuesta alguna, pese a que el documento fue recibido el ocho (8) de enero de dos mil siete (2007), de acuerdo con la empresa de mensajería Aeroenvíos.

1.6 El accionante considera que la decisión de desvincularlo de las Fuerzas Militares puede tener como sustento afirmaciones injuriosas y calumniosas, imputadas por el Coronel Carlos Alfonso Suárez Ortiz. Así lo expresa el apoderado del señor Rincón Sánchez:

“... la única referencia negativa que con relación a su conducta cuenta el Ejército Nacional, es la ... que se advierte por la señora GLORIA PATRICIA HERNÁNDEZ POLO, cónyuge del accionante, la cual puede declarar bajo la gravedad del juramento que en el mes de agosto, sostuvo conversación con ... (el) Mayor MAX FERRERIRA y (el) Coronel CARLOS ALFONSO SUÁREZ ORTIZ, en cuyo contexto se le dio a conocer los supuestos actos relacionados con drogadicción y malos manejos de dineros por parte del accionante.

Las afirmaciones calumniosas e injuriosas estuvieron acompañadas de otros actos de hostigamiento, tales como un comentario del Coronel mencionado al “Capitán Osorio” en el sentido de afirmar que el peticionario “padecía una enfermedad por la cual debería solicitar su baja”, la acusación por la pérdida de algunos víveres, así como la solicitud efectuada por otro suboficial al “pelotón”, en el sentido de escribir las anotaciones que tuvieran en contra del accionante.

2. Argumentos esgrimidos por el accionante.

2.1. Su retiro del servicio, mediante un acto administrativo inmotivado que no le fue notificado en los términos legales, constituye una vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, pues entorpece el conocimiento de las razones que sustentaron la decisión, e impide que el actor utilice los medios de contradicción pertinentes. Además, de acuerdo con los artículos 44 y 48 del Código Contencioso Administrativo, la Institución no cumplió la obligación legal de entregarle una copia de la decisión, omisión que genera la ineficacia de la resolución controvertida.

2.2. Dado que el accionante siempre tuvo un buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con los conceptos positivos y felicitaciones consignadas en su folio de vida incluso con posterioridad a la recomendación emitida por el Comité³, lo único que puede explicar la decisión del Comandante del Ejército Nacional son las acusaciones elevadas en su contra por el Coronel Suárez, o por otros mandos de las Fuerzas Militares. Por esta razón, la tutela resulta procedente para la protección de los derechos a la honra y la dignidad humana del actor, y para que se ordene su reintegro, como lo hizo la Corte en el fallo T-816 de 2002.

2.3 En cuanto al derecho de petición, expresa que “...todavía se está a la espera de la entrega de las copias solicitadas sobre los informes de inteligencia y el Acta del Comité”, lo que constituye una vulneración al derecho fundamental al acceso a los documentos públicos.

3. Con base en los fundamentos expuestos, el peticionario solicitó: (i) que se amparen sus derechos fundamentales a la honra y la dignidad humana; (ii) que se decida dejar sin efecto la Resolución número 2124 de 15 de noviembre de 2007, así como las actuaciones administrativas que dieron lugar a ésta; y (iii) que, como consecuencia de lo anterior, se ordene al Ejército Nacional iniciar los trámites para su reincorporación al servicio activo, sin solución de continuidad, y en el cargo, rango y posición que corresponda, junto con (iv) el reconocimiento de los “factores salariales y prestacionales y aportes dejados de cancelar hasta la fecha de su incorporación.”

El accionante solicitó la práctica de varios testimonios para dar cuenta de las imputaciones “deshonrosas y calumniosas” referidas.

4. La demanda fue admitida el trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008), por el Tribunal

Superior de Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia. La autoridad judicial decidió vincular al Comandante de las Fuerzas Militares y al Comandante del Batallón Ayacucho; solicitó copia del Acta 246 de 23 de octubre de 2007 del Comité, y de las investigaciones, quejas e informes que sirvieron como fundamento de la decisión de retiro discrecional del actor o, en su defecto, un informe sobre las razones del retiro del peticionario.

Intervención de la Entidad demandada.

1. El Ejército Nacional, a través de la Jefatura de Desarrollo Humano – Dirección de Personal del Ejército Nacional, intervino en el trámite de la primera instancia con el fin de solicitar denegar el amparo, con base en las siguientes consideraciones:

5.1. La Fuerza Pública, por mandato constitucional, cuenta con un régimen especial de carrera. El decreto 1790 de 2000 en el que se establece la facultad de retiro discrecional de los miembros de las Fuerzas Militares constituye un desarrollo del artículo 217 constitucional (i); La Resolución 2124 de 2007 fue emitida por parte del funcionario competente y atendiendo las disposiciones constitucionales y legales⁴ pertinentes, así que goza de presunción de legalidad.

5.2. La finalidad del acto administrativo fue la defensa del interés general, y el retiro se efectuó “con la recomendación del Comité de Evaluación integrado de acuerdo a lo señalado en el artículo 104 del Decreto en cita”.

5.3. Para ejercer la facultad de retiro discrecional no es necesario realizar un juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se busca es la buena prestación del servicio, no la penalización de faltas.

5.4. La acción de tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad pues el actor no acreditó el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, ni violación a derecho fundamental alguno. En consecuencia, la “verificación de la legalidad (del acto)” le corresponde “al Contencioso Administrativo”, pues la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener un reintegro laboral.

6. En respuesta al requerimiento de información efectuado por el Juez de Primera Instancia,

la Institución accionada informó que existe una indagación preliminar en contra del peticionario, por la posible comisión de faltas “por establecer”, relacionadas con negligencia y mal manejo administrativo, malversación de bienes u otros elementos de propiedad o al servicio del Ejército Nacional. Además, remitió el Acta 246 de 2007 del Comité, en la cual se puede leer: “El Comité de Evaluación en concordancia con el artículo 104 del Decreto 1428 de 2007, se permite recomendar el retiro, por razones del servicio y en forma discrecional, del Suboficial que se relaciona a continuación. (Lucas Julián Rincón Sánchez)”.

7. Como consta en el expediente (Fl. 65), el veinticinco (25) de febrero de dos mil ocho (2008), la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional respondió el derecho de petición interpuesto por el peticionario con los mismos argumentos presentados al juez de primera instancia.

Del fallo de primera instancia

8. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia, denegó el amparo invocado, con base en los siguientes argumentos:

i. La acción es improcedente pues, en virtud del principio de subsidiariedad, el acto administrativo por el cual se decidió el retiro del peticionario de las Fuerzas Militares, sólo puede ser atacado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El Magistrado Roberto Chaves Echeverry se apartó de la decisión, con base en la siguiente argumentación:

i. Una facultad discrecional no es una autorización para el ejercicio de actuaciones arbitrarias; (ii) el Acta del Comité no se basa en elementos objetivos y razonables, que justifiquen recomendar el retiro del servicio del peticionario; (iii) si bien es cierto que existe una indagación preliminar en contra del actor, ésta se dirige a determinar si el señor Rincón Sánchez incurrió en determinadas faltas catalogadas como “graves” por el Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Militares (Ley 836 de 2003). Sin embargo, esta circunstancia no justifica la decisión de retiro, pues en el mismo Reglamento se prevé la posibilidad de

suspender del servicio por dos meses (prorrogables a tres) a funcionarios investigados por fallas gravísimas.

i. En cuanto a la procedibilidad de la acción, el magistrado disidente consideró que en el presente caso es preciso evitar la consumación de un perjuicio irremediable pues se evidencia una amenaza al mínimo vital del accionante y su grupo familiar.

Impugnación y fallo de segunda instancia.

9. El apoderado del señor Lucas Julián Rincón Sánchez impugnó el fallo de primera instancia, exponiendo su inconformidad frente a la tesis de la improcedencia por incumplimiento del principio de subsidiariedad, en los siguientes términos:

(i) La tutela es procedente en el presente caso, como mecanismo transitorio de protección, debido a la vulneración a los derechos fundamentales a la honra y la dignidad humana del peticionario; (ii) el “parámetro normativo” pertinente para decidir el asunto “no se agota” en el artículo 104 del Decreto 1428 de 2007, pues deben tomarse en cuenta, además, los artículos 21 (derecho a la honra), 29 (derecho al debido proceso) y 25 (derecho al trabajo) de la Constitución, así como el artículo 2, ibídem, que ordena a las autoridades públicas garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, e interpretar las normas de derechos fundamentales de acuerdo con el principio pro hómine.

Por otra parte, el accionante controvierte la determinación del juez de primera instancia en el sentido de abstenerse de ordenar las pruebas testimoniales requeridas, que considera idóneas para comprobar la vulneración al derecho a la honra; reitera las consideraciones sobre la violación al debido proceso por la falta de motivación de la decisión de retiro; y señala que la potestad de retiro discrecional no releva a sus titulares del cumplimiento de serias, razonables y objetivas obligaciones y procedimientos, cuyo desconocimiento convierte las actuaciones “discrecionales” en arbitrarias.

7. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008) decidió confirmar el fallo de primera instancia, con base en

las siguientes razones:

i. La acción de tutela es improcedente, pues el peticionario dispone de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 C.C.A.) para controvertir la decisión adoptada por el Comandante del Ejército Nacional.

i. En relación con la supuesta vulneración al derecho de petición, señala que el accionante ya obtuvo el documento mencionado, y precisa que ese “argumento”, “no resulta trascendente a la hora de ponderar su supuesta omisión para agotar los recursos en la vía gubernativa, pues examinado el tenor literal del aludido acto administrativo, en el artículo segundo de su parte resolutive expresamente se indica que “contra la presente Resolución no procede recurso alguno”

Insistencia del Defensor del Pueblo

8. El Defensor del Pueblo, en el ejercicio de sus facultades legales, solicitó a esta Corporación la revisión del expediente objeto de estudio, con base en los siguientes argumentos:

1. El actor fue retirado del servicio mediante una resolución expedida por el Comandante del Ejército Nacional, previo concepto del Comité de Evaluación (para la aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000), acto que no fue notificado. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en un estado de derecho “no se pueden considerar como válidas las decisiones que se tomen a espaldas de los interesados”, así que una decisión que no es notificada en los términos legales, carece de efectividad.

1. . La decisión de desvincular al peticionario con base en el artículo 104 del decreto 1790 de 2000 mediante un acto administrativo carente de motivación, desconoce principios y derechos constitucionales, de acuerdo con lo establecido por la Corte en la sentencia C-179

de 2006.

8.3. El Ejército Nacional inició investigación disciplinaria en contra del señor Rincón Sánchez aduciendo la comisión de una falta grave, con posterioridad a su retiro. La Ley 836 de 2003 establece la suspensión del investigado frente a faltas gravísimas hasta por dos meses prorrogables por un mes más (pero no para faltas graves como las que originaron la investigación en contra del accionante).

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de veinticuatro (24) de agosto de dos mil siete (2007), expedido por la Sala de Selección Número ocho de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si la decisión de retirar de forma discrecional del servicio al señor Lucas Julián Rincón Sánchez, en aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000 constituye una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la honra y la dignidad humana, por (i) tratarse de una decisión sin sustento objetivo, como se desprende de la ausencia de motivación, o (ii) por tener como causa real afirmaciones “injuriosas y calumniosas” imputadas al accionante por parte de algunos de sus superiores.

Para resolver el problema jurídico señalado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte en relación con: (i) los requisitos constitucionales para el ejercicio de la facultad de retiro discrecional en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares; y (ii) el alcance de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales mencionados. Dentro de ese marco, (iii) estudiará el caso concreto⁵.

b. Solución al problema jurídico.

La facultad de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública. Reiteración de jurisprudencia⁶.

1. El artículo 125 de la Constitución política establece que en el ámbito de la función pública, como regla general, los empleos son “de carrera”. Esto significa que el acceso a los cargos públicos está condicionado al cumplimiento de precisos requisitos, determinados por vía legal, con el fin de asegurar que el mérito y la idoneidad para el ejercicio del cargo sean los criterios de selección de los funcionarios públicos; y que su retiro o desvinculación sólo puede producirse por calificación no satisfactoria en el desempeño de las funciones, por violación del régimen disciplinario, o por las causales establecidas constitucional o legalmente.

2. Además del régimen general de carrera para los empleados públicos, la Corte previó la existencia de regímenes especiales de carrera para los funcionarios de aquellas entidades o instituciones del Estado que tengan funciones o finalidades de especial relevancia constitucional⁷. Estos regímenes pueden ser de creación constitucional o legal, y su configuración corresponde al legislador.⁸

3. El Legislador ha considerado que resulta conveniente el establecimiento de un régimen especial de carrera para los miembros de la Fuerza Pública, en atención a las especiales funciones que deben cumplir, relacionadas con la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, en el caso de las Fuerzas Militares (artículo 217 de la C.P.); y con el mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y para el logro de la convivencia pacífica (artículo 218 C.P.), en el caso de la Policía Nacional.

En tal sentido, en la sentencia C-179 de 2006⁹, la Corte señaló:

“Ahora bien, dada la trascendencia y relevancia que para un Estado democrático representan las funciones que desempeñan las Fuerzas Militares así como la Policía Nacional, el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades¹⁰, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución, como son: la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario, o por las demás causales previstas por la Carta Política o por la ley”¹¹.

1. En ejercicio de la facultad de configuración legal sobre el régimen especial de carrera de la Fuerza Pública, el Legislador ha expedido diversas regulaciones, incorporando constantemente la facultad de retiro discrecional. Por ello, la Corte ha señalado que el régimen de la Fuerza Pública posee cierta flexibilidad, consistente en que el nominador, o los mandos militares competentes para evaluar el desempeño de los funcionarios, poseen un margen de apreciación amplio en virtud de las actividades especiales que desarrolla la Fuerza Pública, derivadas de su delicada misión institucional.¹²

1. Pero esta Corporación también ha establecido de manera inequívoca, que esa flexibilidad no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública; los principios que definen la carrera administrativa (igualdad y mérito); o el derecho fundamental al debido proceso pues, como se explicó en la sentencia referida, “En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables”¹³

1. La proscripción de los poderes ilimitados, propia del Estado Social y Constitucional de Derecho, tiene como consecuencia directa para el problema jurídico que se estudia, que cualquier facultad discrecional debe sujetarse a determinadas condiciones para que no devenga en arbitrariedad.

Por tales razones, la separación entre conductas arbitrarias y facultades discrecionales debe establecerse a partir del principio de legalidad, y del respeto por el debido proceso. Por ello, la Corte ha sostenido que la discrecionalidad no es más que “una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias del caso concreto”¹⁴.

En síntesis, el principio de legalidad implica que la existencia de una facultad discrecional se encuentra condicionada a que, por vía legal, se establezca “i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y (iii) la obtención de una finalidad específica”¹⁵.

En lo concerniente al problema jurídico estudiado, el legislador, a través de los artículos 99 y 104 del decreto 1790 de 2001, le confirió la competencia para ejercer la potestad de retiro discrecional al Presidente, los ministros, y los comandantes de cada fuerza por delegación;¹⁶ estableció que la facultad puede ejercerse frente a oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; y, en relación con el fin perseguido por esta facultad, esta Corte ha expresado que “...no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones” relacionadas con la seguridad del Estado y de la ciudadanía¹⁷.

Precisamente, la necesidad de que el retiro esté ligado al fin que persigue la Fuerza Pública constituye el factor determinante para evitar que la facultad discrecional se torne en un acto arbitrario.

Además, en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, de acuerdo con las previsiones legales, la decisión de retiro discrecional requiere del aval previo del Comité de Evaluación para la Aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000. Sobre la función de los comités de calificación y las juntas de evaluación, la Corte Constitucional ha señalado:

“Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del “Grupo anticorrupción” que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio.”.²⁰

En conclusión, para que la aplicación de la facultad de retiro discrecional consagrada en el artículo 104 del decreto 1790 de 2000 sea respetuosa del debido proceso y de la

Constitución, debe garantizarse: (i) la existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas; (iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000; (iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité; (iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.

“Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”²¹.

Dentro del marco constitucional presentado, la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la aplicación de la facultad de retiro discrecional a los miembros de la Fuerza Pública²².

En tal sentido, en la sentencia T-816 de 2002²³, la Corte estudió el caso de una oficial profesional del Ejército Nacional que fue retirada del servicio en aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000.

En el caso citado, antes de su retiro, la peticionaria fue objeto de diversas presiones por parte de sus superiores, debido a su intención de contraer matrimonio con un suboficial del Ejército Nacional. Algunos mandos de la Institución le expresaron en diversas oportunidades, y de diferentes maneras, que un matrimonio entre una Oficial y un Suboficial no era bien

visto en el Ejército, y que podría sufrir un trato discriminatorio en caso de establecer ese vínculo.

Además de ello, el acto jurídico que determinó el retiro “discrecional” de la peticionaria no era un acto particular, sino que involucraba a un amplio número de oficiales y suboficiales presuntamente involucrados en conductas violatorias de los derechos humanos, como la propia Institución le relató a los medios de comunicación.

En virtud de esos antecedentes, para la Corte el problema jurídico involucraba una afectación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el buen nombre del peticionario, que derivó en una afectación a su derecho a la igualdad y al principio constitucional de estabilidad laboral.

Debido a la evidente vulneración que se presentaba al derecho al buen nombre por el simple hecho de ver incluido su nombre en una resolución que fue promocionada por los mandos militares como una depuración de las Fuerzas Militares, y la no menos evidente vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad derivada de las presiones que se ejercieron en su contra por una decisión plenamente autónoma, como la de contraer matrimonio, la Corte consideró que las acciones ordinarias resultaban insuficientes para proteger los derechos de la peticionaria, de donde concluyó que debía otorgar un amparo definitivo.

Posteriormente, en la sentencia T-569 de 2008²⁴, la Corte estudió el caso de un miembro de la Armada Nacional que fue retirado del servicio por una orden administrativa de personal, a pesar de que durante su carrera recibió múltiples conceptos positivos y felicitaciones por su desempeño profesional. Al peticionario se le comunicó la decisión, pero no se efectuó una notificación formal, ni se le entregó copia de la Orden Administrativa.

La Corte concedió la protección constitucional al actor con base en la jurisprudencia reiterada en los numerales precedentes. Concretamente, la Corte consideró que la orden administrativa no cumplía los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para considerar que la desvinculación obedeció a motivos del servicio y que respetó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y que la falta de motivación y notificación del acto administrativo impide el ejercicio del derecho a la defensa, y limita el acceso a la administración de justicia²⁵.

Ahora bien. En cuanto al alcance de la protección, ésta se concretó en ordenar la motivación del Acto Administrativo controvertido.

c. Del caso concreto.

A continuación, procede la Sala a verificar si en el presente caso se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia del amparo al derecho al debido proceso del peticionario, así como el alcance de la protección, en caso de ser procedente.

1. De la forma en que se efectuó el retiro del peticionario.

De acuerdo con los antecedentes fácticos presentados en el primer acápite de este fallo, el peticionario fue retirado del servicio mediante un acto administrativo carente de motivación (Resolución 2124 de 2007). Al revisar su contenido, resulta que el fundamento normativo y fáctico del Acto mencionado radica en la existencia de la potestad de retiro discrecional y el concepto emitido por el Comité para la Aplicación del Artículo 104 del Decreto 1790 de 2000.

La resolución señalada no fue notificada al peticionario, sino que éste fue informado mediante un oficio o radiograma en el cual sólo constaba el sentido de la decisión, situación que lo llevó a elevar un derecho de petición en contra de la Institución accionada. El Ejército Nacional sólo vino a satisfacer el ejercicio de este derecho fundamental ante la interposición de la tutela por parte del actor. De esta forma, fue posible para él conocer el acta que recomendó su retiro de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en este documento tampoco consta ninguna razón concreta, objetiva y suficiente que justifique semejante recomendación.

Así las cosas, el peticionario alega que el retiro se encuentra por completo injustificado, o bien, que se trata de una decisión que obedece a imputaciones “injuriosas y calumniosas” elevadas en su contra por parte de un alto mando del Ejército Nacional. Estas imputaciones, de acuerdo con los antecedentes fácticos fueron expresadas en conversaciones privadas y se refieren a (i) el consumo de sustancias alucinógenas, y (ii) el mal manejo de víveres y dinero de las Fuerzas Militares.

La Sala considera preciso descartar del análisis del amparo tutelar la segunda hipótesis, por las siguientes razones: la determinación de si algún miembro del Ejército incurrió en imputaciones deshonrosas a partir de comentarios efectuados en conversaciones de carácter privado en contra del peticionario, supone una intensa controversia probatoria que no debe surtirse en el ámbito de un trámite abreviado como el de la acción de tutela, máxime cuando no ha existido una difusión amplia de estas conversaciones, sino que se han mantenido en un ámbito restringido, entre personas cercanas al accionante. La Sala considera que no es procedente ni pertinente, en tales circunstancias, invadir las competencias del Juez Penal.

Por otra parte, en relación con las imputaciones calumniosas (es decir, las que implican la comisión de delitos), esta Sala tampoco encuentra que exista justificación para que el juez constitucional tome parte en la determinación de si las afirmaciones relativas a la pérdida de víveres o al mal manejo de los recursos de la Fuerza Pública son constitutivas de calumnia, no sólo por lo expresado en el párrafo precedente, sino porque el Ejército adelanta una Investigación preliminar en contra del accionante por esos hechos, así que puede ser inevitable que el tema sea tratado en el círculo social al que pertenece el peticionario.

En consecuencia, este caso no puede ser decidido de la misma forma que se decidió el caso estudiado en la sentencia T-816 de 2002 en el cual la Corte estudió la desvinculación de la Fuerza Pública de una oficial profesional que sufrió presiones por su decisión de contraer matrimonio con un suboficial, y en el cual el acto de desvinculación comprendía a un número amplio de funcionarios involucrados en violaciones de derechos humanos.

Así, si bien la sentencia, citada por el peticionario como precedente presenta similitudes, consistentes en la desvinculación por medio de un acto inmotivado, también presenta diferencias importantes pues la vulneración al buen nombre de la peticionaria se debió a las circunstancias que llevaron a la expedición del acto administrativo, y a la difusión de éste en los medios de comunicación.

La Sala aclara que las consideraciones expuestas no implican un juicio sobre la inexistencia de los delitos alegados por el accionante, ni sobre la pertinencia de la investigación que en su contra se adelanta. Sencillamente, considera que no hay elementos de juicio relevantes para que se considere precisa la intervención del juez constitucional en un asunto propio de

la jurisdicción penal.

Una vez precisado ese punto, esta Sala entra a determinar si la desvinculación del peticionario resulta ajustada al debido proceso, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

De la procedencia material del amparo.

El peticionario fue retirado del servicio en aplicación de la facultad discrecional consagrada en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. La decisión, contenida en la Resolución 2124 de 2007, se basó en “razones del Servicio, y se adoptó en atención a la recomendación del Comité para la Aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. Este concepto, a su vez, se encuentra contenido en el Acta 248 de 2007, en la cual se expresa “El Comité ... se permite recomendar el retiro, por razones del servicio y en forma discrecional (del peticionario)”.

De acuerdo con las subreglas reiteradas en los fundamentos de este fallo, la facultad de retiro discrecional no es equivalente a una autorización al ejercicio de actuaciones arbitrarias. Para evitar la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas, elemento esencial del Estado Social de Derecho, las decisiones discrecionales tienen que llevarse a cabo dentro del marco legal que les da sustento normativo. Es decir, debe ejercerse por el funcionario competente, frente a los sujetos claramente determinados por la norma y, lo más importante, debe tomarse en consideración a fines precisos y claramente delimitados. Además, una medida discrecional debe ser razonable en relación con los fines perseguidos y debe respetar el debido proceso.

El respeto por el derecho al debido proceso incluye -como se expresó- la garantía del derecho de audiencia frente a los órganos encargados de recomendar el retiro del servicio; el conocimiento de las razones de éste, a través de la notificación de la decisión, y que ésta se adopte mediante un fallo motivado, como supuesto necesario para acceder a la administración de justicia y para el ejercicio del derecho de defensa y controversia, en relación con la decisión de retiro discrecional.

En el caso mencionado, la vulneración al derecho fundamental al debido proceso es evidente. Como se ha explicado ampliamente, la decisión carece de motivación, así que no es posible

determinar las razones que llevaron a la desvinculación del peticionario. Además de ello, de acuerdo con información allegada al expediente, y que no fue controvertida por el Ejército Nacional, el folio de vida del peticionario da cuenta de un desempeño siempre positivo en el ejercicio de sus funciones, al punto que el actor recibió felicitaciones, incluso con posterioridad a su retiro.

Resulta contradictorio, como sostiene el apoderado del actor, que una misma Institución dé cuenta de la idoneidad y solvencia profesional de una persona y, a la vez, considere que su retiro es necesario para preservar el Servicio, es decir, para la consecución de los fines que persiguen las Fuerzas Militares. Esta situación genera una confusión adicional para el ciudadano que pretenda acercarse ante los jueces de la República para entablar una controversia sobre la legalidad de la decisión que lo perjudica.

Podría argumentarse que la decisión tuvo sustento en la investigación administrativa que se adelanta en contra del peticionario por la presunta comisión de faltas consagradas en el Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Así las cosas, la conclusión necesaria es que el único soporte de la decisión es la facultad consagrada en el artículo 104 del decreto 1790 de 2000. Este soporte, sin embargo, resulta insuficiente, pues desconoce la jurisprudencia de esta Corporación y, especialmente, la sentencia de constitucionalidad C-179 de 2006, en la que se estableció, con efectos erga omnes, que la facultad de retiro discrecionalidad de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse sin la observación del debido proceso.

Por ello, tal como se determinó en la sentencia T-569 de 2008, la Corte concederá el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, y acceso a la administración de justicia del peticionario, y ordenará a la parte demandada que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del Sargento Segundo Lucas Julián Rincón Sánchez. La decisión, deberá notificarse en los términos legales al accionante.

Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto administrativo no se produce

la motivación, el señor Rincón Sánchez deberá ser reintegrado de inmediato al Ejército Nacional.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008), en primera instancia, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008) en segunda instancia.

SEGUNDO.- CONCEDER al señor Lucas Julián Rincón Sánchez la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa y, en consecuencia ORDENAR al Comandante del Ejército Nacional, que dentro del improrrogable término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo que dispuso el retiro del demandante y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del Sargento Segundo Lucas Julián Rincón Sánchez. El acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.

TERCERO.- Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto administrativo no se hubiere producido la motivación, el señor Rincón Sánchez deberá ser reintegrado de inmediato al Ejército Nacional.

CUARTO.- LIBRESE, por Secretaría, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 La demanda, formalmente, se dirigió en contra del Comandante del Ejército Nacional. Sin embargo, como se desprende de los hechos, es una demanda que se dirige en contra de la forma en que el funcionario ejerce sus facultades al interior de la Fuerza Pública, y no provocada por acciones particulares, de facto, del Comandante del Ejército hacia el peticionario. Así, en virtud del principio de informalidad de la acción de tutela, y de prevalencia de lo sustancial, lo que debe estudiarse es si la institución vulneró los derechos fundamentales del peticionario.

2 (Anexa los conceptos y felicitaciones obtenidos en el año 2007. Fls. 8 y 9).

3 En efecto, el Acta es de 23 de octubre de 2007 y en el folio de vida se registra un concepto positivo el día 28 de octubre, y una felicitación el 9 de noviembre del mismo año.

4 Esa normatividad comprende "...los artículos 99 y 100 literal a) numeral 8) y 104 del Decreto 1790 de 2000 por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en la actualidad modificadas por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 y que fueron compiladas por el decreto 1428 de 2007"

5 La discusión sobre una posible vulneración al derecho fundamental a la honra del peticionario se abordará como un elemento constitutivo del problema jurídico planteado, y no de forma independiente pues, como se desprende de la pretensión material de amparo, lo que se pretende controvertir y en consecuencia proteger por vía de la acción de tutela es si

existió una violación al debido proceso y de la estabilidad laboral del peticionario, mas no la protección del buen nombre de éste.

7 La configuración de las carreras especiales corresponde al legislador o al gobierno mediante facultades extraordinarias. Ver sentencias C-401 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Cfr. Sentencia C-179 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). A nivel constitucional, son regímenes especiales las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Fuerza Pública), “Fiscalía General de la Nación (artículo 253); Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1°); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°); y, Procuraduría General de la Nación (artículo 279). Adicionalmente, la carrera de las universidades del Estado (artículo 69), reviste dicha naturaleza constitucional, según lo expresado en la sentencia C-746 de 1999”

9 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 El Decreto-ley 1790 de 2000 “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, regula en el título III “De la Administración de Personal”, lo referente al ingreso, ascenso y formación de oficiales y suboficiales de esa institución”. El Decreto 1791 de 2000 “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, consagra en su título III las disposiciones que consagran los requisitos para el ingreso, ascenso y formación de miembros de la Policía Nacional.

11 Sentencia C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ver, entre otras, las sentencias C-179 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-368 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-569 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

13 Ibídem.

14 Cfr. sentencia C-179 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

15 Ibídem. Ver, también, T-569 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

16 Decreto 1790 de 2000. Artículo 99. RETIRO. “Retiro de las Fuerzas militares es la

situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza”..

17 Ibídem.

18 De acuerdo con el principio de razón suficiente, el ejercicio de la facultad estudiada sólo se justifica si se sustenta en motivos claramente relacionados con la consecución de tales finalidades.

19 Cfr. Sentencia C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada por la T-569 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

20 Sentencias C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. y C-072 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo C-193 de 1996, M.P. y T-569 de 2008.

21 Sentencia C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

22 Ver, entre otras, las sentencias T-816 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-827 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-569 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

23 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

24 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25 En la sentencia T-827 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte estudió el caso de un dragoneante del Inpec que fue retirado del servicio por la causal de inconveniencia institucional. Se trata de una causal especial de retiro para los miembros del Inpec que el Legislador adoptó en atención a la necesidad de depurar la institución debido a quejas de corrupción y que fue declarada constitucional por esta Corporación en la sentencia C-108 de 1995, condicionando sin embargo su constitucionalidad al respeto por el debido proceso del afectado y que el respeto por el debido proceso incluye en tal caso, la existencia de un concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria, la posibilidad de que el funcionario sea oído

por la junta en ejercicio del derecho de defensa y que las razones alegadas por la Junta se ajusten a los artículos 125 y 209 de la Constitución.