

Sentencia T-166/16

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

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

Las autoridades judiciales incurren en desconocimiento del precedente, cuando profieren sentencias sin tener en cuenta los parámetros establecidos en los precedentes constitucionales, respecto de la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, en uso de la facultad discrecional, cuando dicha decisión no hace explícitas las razones por las que se abstienen de seguir la jurisprudencia en vigor, y no demuestran que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL Y VERTICAL-Alcance y carácter vinculante

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante

El precedente constitucional está llamado a prevalecer y, a partir de la expedición de dichas sentencias, las autoridades no pueden, en principio, optar por acoger la jurisprudencia de otras autoridades cuando se evidencie que va en contravía de la interpretación otorgada por la Corte Constitucional sobre determinado asunto, en sede de control de constitucionalidad o de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales.

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

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

En la sentencia SU-053 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto de la motivación de los actos administrativos emitidos en uso de facultades discrecionales de la Fuerza Pública -Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional-, para tal efecto, propuso un estándar mínimo pero plenamente exigible en la materia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento de precedente constitucional, en virtud del cual, los actos administrativos de desvinculación, en uso de facultades discrecionales debe tener una mínima motivación

La Corte Constitucional reconoce la facultad discrecional con que cuenta la Fuerza Pública para retirar del servicio a sus miembros, decisión que, en principio, es adoptada en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado. Además, esta Corte ha admitido que los actos administrativos de retiro discrecional de la Fuerza Pública no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero sí les es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.

Referencia: expediente T-5243410

Acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Motato Vásquez contra el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y contra la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La demanda de tutela[1]

1. El señor Luis Eduardo Motato Vásquez interpuso acción de tutela contra el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y contra la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia. Estas autoridades profirieron sentencias negando la nulidad de la Resolución No. 2346 del 12 de diciembre de 2007[2], a través de la cual, el comandante del Ejército Nacional, en ejercicio de su facultad discrecional, decidió retirar del servicio activo del Ejército Nacional al suboficial Luis Eduardo Motato Vásquez. A juicio del accionante, dichas providencias vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley, al desconocer los precedentes de la Corte Constitucional y del mismo Tribunal Administrativo de Antioquia relacionados con la motivación del acto administrativo de desvinculación de un miembro de la fuerza pública y con la conformación del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales.

Hechos relevantes

2. El señor Luis Eduardo Motato Vásquez estuvo vinculado con el Ejército Nacional de Colombia, así: (i) del 17 de junio de 1997 al 30 de diciembre de 1998 prestando el servicio militar; (ii) del 09 de enero de 1999 al 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario; (iii) del 01 de noviembre de 2003 al 15 de enero de 2004 como soldado profesional; (iv) del 01 de febrero de 2004 al 02 de abril de 2004 como alumno suboficial; y (v) del 02 de abril de 2004 hasta el 12 de diciembre de 2007 como suboficial[3].

3. Con el proceso de tutela, el accionante adjuntó su hoja de vida como integrante del Ejército Nacional, en ella constan las siguientes anotaciones:

3.1. Seis ascensos (26 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1999, 20 de octubre de 2003, 02 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2004 y 31 de agosto de 2007).

3.2. Cuatro felicitaciones por (i) cumplimiento de objetivos propuestos -10 de agosto de 2007-; (ii) cumplimiento de funciones y responsabilidades -02 de agosto de 2004-; (iii) ejercicio de mando -25 de mayo de 2007-; y (iv) obtención de resultados operacionales -01 de junio de 2007-.

3.3. Una condecoración denominada “distintivo jineta de buena conducta” -01 de diciembre de 2007-.

3.4. Ninguna sanción, separación del cargo, delito y/o ausencias laborales.

4. A través de la Resolución No. 2346 del 12 de diciembre de 2007[4], el comandante del Ejército Nacional, en uso de la facultad discrecional[5], decidió retirar del servicio activo al cabo segundo Luis Eduardo Motato Vásquez, con base en el acta No 289 del 29 de noviembre de 2007, en la cual, el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, recomendó el retiro del accionante atendiendo las razones del servicio[6].

5. Contra esta decisión el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho planteando la existencia de dos vicios en el acto administrativo: (i) por un lado, la ausencia de motivación, ya que el acto administrativo no reflejaba las razones objetivas ni los sustentos probatorios razonables que soportaran la decisión discrecional del retiro[7]; y (ii) por otra parte, porque el acta emitida por el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, sustento del retiro, no hizo un análisis de fondo de la situación concreta del funcionario omitiendo relacionar las pruebas que permitieran determinar objetivamente la necesidad del retiro. Además, porque dicho comité no fue integrado acorde con lo ordenado en el artículo 104 del Decreto 1428 del 2007[8], en tanto, el comandante de la unidad no participó en el mismo.

6. El 18 de junio de 2014, el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Medellín[9], negó las pretensiones de la demanda. En su providencia el juez consideró que el acto administrativo atacado estaba ajustado a derecho en tanto que la no inclusión de los motivos que dieron lugar a la desvinculación no afecta la legalidad del acto. Al respecto, dijo:

“El hecho de que no aparezca una constancia del examen exhaustivo de la hoja de vida del actor, en el acto acusado, no significa que así no haya ocurrido, es decir, no significa que no se haya hecho dicho examen, tal como lo señaló el Consejo de Estado ibídem. Como tampoco se puede llegar a esa conclusión por la recomendación de la desvinculación del actor, pues como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, no es necesario que la autoridad administrativa manifieste y exteriorice los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores y por ello, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos, estos se entienden intrínsecos en

la decisión, de conformidad con la ratio decidendi de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado, ya reseñadas.”

7. El 19 de febrero de 2015, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia confirmó la decisión del juez contencioso administrativo de primera instancia[10].

El Tribunal Administrativo argumentó que la ausencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, que recomendó su retiro, no afectaba la legalidad del acto, pues el fundamento de la decisión no solo dependía de su concepto, sino de la evaluación de la hoja de vida, pese a que dicha evaluación no quedó plasmada en el acta.

Además, ratificó que la jurisprudencia del Consejo de Estado permite que en la resolución de desvinculación no se exterioricen los motivos que dieron lugar a la posterior desvinculación, al respecto dijo:

“En cuanto a la falta de motivación del acto de retiro por razones del servicio, la condición de ser un acto de carácter discrecional conlleva a que no se requiere indicar en el cuerpo del acto motivación alguna sobre cuál fue la razón que inspiró a la autoridad que lo profirió.”[11] (...) “ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la no exteriorización en el acta o en la Resolución de retiro del servicio, de los motivos que dieron lugar a la recomendación del Comité y posterior desvinculación, no mengua la legalidad del acto de retiro: pues éste se presume expedido en procura de la satisfacción del interés general y lo que mejor convenga a la comunidad (...)”[12].

Finalmente, señaló que la posición del Consejo de Estado fue compartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2006.

8. De acuerdo con los hechos expuestos, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez consideró que le fueron vulnerados sus derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley, toda vez que las providencias cuestionadas desconocieron, a su juicio, el precedente sentado por la Corte Constitucional y por el mismo Tribunal Administrativo de Antioquia.

8.1. Argumentó el accionante que, tanto el Juzgado 21 Administrativo de Medellín como la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia desconocieron el precedente las sentencias T-638 de 2012, T-720 de 2010, T-824 de 2009, T-655 de 2009,

T-456 de 2009, T-296 de 2009, T-111 de 2009, T-1173 de 2008, T-1168 de 2008, T-432 de 2008, T-816 de 2002 y SU-053 de 2015, en lo relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Según el actor, al ignorar los precedentes citados, los jueces accionados se limitaron a argumentar la facultad discrecional de retiro de las Fuerzas Militares, dejando de lado la confrontación de las pruebas allegadas al proceso, indicativas del excelente desempeño del accionante en su paso por la institución.

8.2. Adicionalmente, a su juicio, las providencias atacadas ignoraron el precedente contemplado en la sentencia C-758 de 2013 que exige la presencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, situación que no ocurrió en su caso.

8.3. Finalmente, planteó el desconocimiento del precedente horizontal, teniendo en cuenta que el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de descongestión, en otra ocasión, profirió una sentencia anulando el acto de desvinculación de un militar porque el comandante de la unidad no asistió al Comité donde se recomendó su retiro[13].

Respuesta de la entidad accionada

9. El Tribunal Administrativo de Antioquia[14] solicitó negar las pretensiones de la acción argumentando que, dentro del proceso contencioso administrativo, el accionante no logró demostrar que el Ejército Nacional, hubiese utilizado de manera arbitraria o errónea su poder discrecional. Es decir, el demandante no desvirtuó que su desvinculación no lograría mejorar el servicio prestado por la Institución.

10. El Ministerio de Defensa Nacional[15] solicitó negar el amparo manifestando que reiterada jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo establece que los actos de desvinculación de la fuerza pública no requieren motivación, pues se entienden dictados en aras del buen servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales consagrada en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000. Su argumento se basó en providencias del Consejo de Estado.

Sentencias de tutela objeto de revisión

Fallo de primera instancia[16]: Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 23 de julio de 2015.

11. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el amparo deprecado por el señor Luis Eduardo Motato Vásquez. El Consejo de Estado argumentó que las providencias objeto de tutela no incurrieron en defecto alguno, pues al concluir que la presencia del comandante de la unidad no era necesaria para conformar el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, hicieron una interpretación razonable de la finalidad del artículo 104 del Decreto 1428 de 2007. A juicio del juez de instancia, dicha postura es razonable considerando que decidir sobre el retiro no recae únicamente en el comandante de la unidad, sino que se trata de una decisión colegiada que bien podría ser tomada por intereses diferentes a los que puede informar ese comandante.

Por otra parte, respecto del desconocimiento del precedente, el Consejo de Estado consideró que, siendo el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia autoridades de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estaban obligadas a respetar el precedente judicial del órgano de cierre de esa jurisdicción -Consejo de Estado-, el cual señala que los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros del Ejército Nacional, que se expiden en ejercicio de la facultad discrecional, no requieren de motivación.

Impugnación[17]

12. El señor Luis Eduardo Motato Vásquez impugnó la decisión reiterando que la vulneración de su derecho al debido proceso fue consecuencia del desconocimiento del precedente de la sentencia SU-053 de 2015, providencia que unificó el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional, determinando que es mínimo pero plenamente exigible.

Fallo de segunda instancia[18]: Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 25 de septiembre de 2015.

13. La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó la decisión proferida en primera instancia argumentando que el precedente expuesto en la SU-053 de 2015 no era conocido por los jueces accionados toda vez que la sentencia de unificación se comunicó el 08 de abril de 2015 y las sentencias atacadas se

profirieron el 18 de junio de 2014 y el 19 de febrero de 2015, respectivamente. Por otra parte, expresó que “es claro para la Sala que los jueces de instancia aplicaron los precedentes del Consejo de Estado como Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto del retiro discrecional de los integrantes de la fuerza pública, lo cual está dentro del marco de su autonomía e independencia; cuya observancia debe respetar el juez de tutela, so pena de asumir competencias que no le corresponden.”

Sobre el cargo por indebida integración del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que el requisito legal para que sea procedente la desvinculación es la recomendación del comité de evaluación, sin que la presencia del comandante de la unidad sea indispensable para adoptar tal decisión. Finalmente, en relación con la aplicación del precedente establecido en la sentencia C-758 de 2013 el Consejo de Estado consideró que “si bien, en dicha providencia se advierte que previo a la solicitud de retiro se debe valorar por parte del comandante de la unidad, la hoja de vida y el motivo del retiro, esto es en razón a que en la norma acusada, el comandante de la unidad operativa es el único que presenta la solicitud de retiro para el caso de los soldados profesionales”, situación que no es aplicable al caso bajo estudio porque el miembro retirado era un suboficial.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[19].

Problema jurídico a resolver y metodología de la decisión

14. De conformidad con la situación fáctica planteada en el expediente bajo estudio, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión analizar y decidir sobre los siguientes problemas jurídicos:

14.1. ¿El Juzgado 21 Administrativo de Medellín y la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, desconocieron el precedente de la Corte

Constitucional, en virtud del cual, los actos administrativos de desvinculación de miembros de la fuerza pública deben ser motivados, incluso cuando son expedidos en uso de facultades discrecionales, vulnerando con su actuación los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley del señor Luis Eduardo Motato Vásquez?

14.2. ¿La Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, desconoció el precedente del mismo Tribunal Administrativo de Antioquia, en virtud del cual, el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales debe estar integrado por el comandante de la unidad a la cual pertenece el miembro del Ejército Nacional evaluado, vulnerando con su actuación los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley del señor Luis Eduardo Motato Vásquez?

De conformidad con los hechos relatados, la Sala utilizará el siguiente método. En primer lugar, reiterará los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para verificar si en el caso concreto se encuentran cumplidos. En segundo lugar, se reiterarán los requisitos específicos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En este punto, se realizará una breve caracterización del defecto fáctico y del desconocimiento del precedente. En tercer lugar, se reiterará lo concerniente a la prevalencia de la interpretación constitucional sobre las interpretaciones de otras jurisdicciones. En cuarto lugar, se expondrá el precedente de la Corte Constitucional, respecto de la motivación de los actos de desvinculación del Ejército Nacional, cuando éstos se profieren en uso de sus facultades discrecionales. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

Requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

15. La reiterada jurisprudencia constitucional[20] ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se trata de verificar la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso. De esta manera, la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de cumplir con seis requisitos generales, adicionales a la legitimidad por pasiva y por activa propia de la acción de tutela, para establecer la procedencia de la acción constitucional en estos casos. Es así como, la sentencia C-590 de 2005[21] estableció los siguientes presupuestos:

“(i) 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.

(ii). 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. 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,

(iii) 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,

(iv) 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,

(iv) 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 y

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela”.

En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional procede a analizar el cumplimiento de dichos requisitos, como paso necesario para continuar con el análisis de fondo de la demanda de tutela interpuesta contra una decisión judicial.

Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso concreto:

15.1. Legitimación por activa: El accionante, Luis Eduardo Motato Vásquez, presentó acción de tutela mediante apoderado judicial, para ello, adjuntó el correspondiente poder para actuar (folios 102 y 103), en cumplimiento del artículo 86 de la Carta Política[22].

15.2. Legitimación por pasiva: La acción de tutela está dirigida contra autoridades

judiciales que, en el ejercicio de sus funciones, profirieron unas providencias que, a juicio del accionante, se encuentran viciadas por desconocer el precedente constitucional aplicable y el precedente horizontal del Tribunal Administrativo de Antioquia. En estos términos, el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, son autoridades públicas en los términos de los artículos 86, inciso 1º de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, entendiéndose que la presente acción es procedente en cuanto a la legitimación por pasiva.

En cuanto al Ministerio de Defensa Nacional, encuentra la Sala que la acción de tutela no va dirigida contra esta entidad; sin embargo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, juez de primera instancia en el trámite de tutela, vinculó al Comandante General del Ejército Nacional en calidad de tercero interesado, lo que generó la participación del mencionado ministerio. De esta manera, teniendo en cuenta que la demanda de tutela va dirigida contra las providencias proferidas por el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y por la Sección Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, y no directamente contra una actuación realizada por el Ministerio de Defensa Nacional, la Sala no encuentra configurada la legitimación por pasiva respecto del Ministerio de Defensa Nacional.

15.3. Relevancia constitucional: El asunto detenta relevancia constitucional, toda vez que, además de involucrar derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad ante la ley, conlleva de fondo una discusión relativa a la aplicación preferente del precedente constitucional frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

15.4. Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa: El accionante, a través de su apoderado, agotó todas las instancias ordinarias posibles en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

15.5. Inmediatez: Luis Eduardo Motato Vásquez, presentó la acción de tutela el 30 de abril de 2015, es decir 2 meses después de la última decisión tomada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se controvierte, la cual tuvo lugar el 19 de febrero de 2015. Tiempo considerado como razonable[23] para el cumplimiento de este requisito.

15.6. Que si se trata de irregularidades procesales, las mismas hayan tenido incidencia

en la decisión: En el caso no se alegan irregularidades procesales.

15.7. Que el actor identifique los hechos que originan la violación y que, de haber sido posible, los haya mencionado oportunamente en las instancias del proceso contencioso: El accionante identificó como vulnerados sus derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley, por la falta de aplicación del precedente constitucional y del mismo Tribunal Administrativo de Antioquia. A continuación, se exponen sus argumentos :

15.7.1. En la acción de tutela el accionante argumenta que se desconoció el precedente establecido en las sentencias T-638 de 2012, T-720 de 2010, T-824 de 2009, T-655 de 2009, T-456 de 2009, T-296 de 2009, T-111 de 2009, T-1173 de 2008, T-1168 de 2008, T-432 de 2008, T-816 de 2002 y SU-053 de 2015, los cuales exigen que el acto administrativo que decide el retiro de un miembro de la fuerza pública, debe ser motivado. Lo anterior, según el accionante pudo haber desencadenado la configuración un defecto fáctico, teniendo en cuenta que los jueces accionados fundamentaron su fallo en la facultad discrecional de las Fuerzas Militares y no valoraron las pruebas aportadas al proceso contencioso, específicamente, la hoja de vida del demandante, para determinar si existió o no la extralimitación de la facultad discrecional.

Acorde con las pruebas que reposan en el expediente del proceso ordinario[24], en dicha instancia, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez, puso de presente las sentencias C-179 de 2006, T-871 de 2008, T-723 de 2010, entre otras. Tan es así que en el acápite de alegatos de conclusión dispuesto en la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia se dice que el demandante “citó apartes de sentencia de tutela de la Corte Constitucional en las que se analiza el tema de la facultad discrecional”. En tal virtud, el demandado argumentó la necesidad de motivación en los actos de retiro.

Por lo tanto, se puede concluir que la alegación planteada en sede de tutela que tiene que ver con la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación y la correspondiente solicitud de valoración de la hoja de vida del militar desvinculado, fue discutida en el proceso contencioso administrativo, llegando a la conclusión de que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que no es necesaria la motivación del acto de desvinculación de miembros de la fuerza pública. De esta manera, la Sala Tercera de Revisión encuentra cumplido este requisito.

15.7.2. El segundo precedente considerado como desconocido es el contemplado en la sentencia C-758 de 2013, el cual, según el accionante, obliga a que el comandante de la unidad a la que pertenece el miembro evaluado integre el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales que recomienda o no el retiro del funcionario.

Al respecto, la Sala considera que no hay claridad en la identificación de la vulneración del derecho al debido proceso. En primer lugar, de las pruebas allegadas al proceso[25], no se evidencia que el accionante haya planteado a los jueces contenciosos la aplicación de la sentencia C-758 de 2013.

En segundo lugar, le asiste razón a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que el precedente citado no es aplicable al caso concreto. En efecto, la sentencia C-758 de 2013 se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000[26], y si bien, en dicha providencia se advirtió que, previo a la solicitud de desvinculación, es necesario que el comandante de la unidad valore la hoja de vida y el motivo del retiro, esto es, en razón a que en la norma acusada el comandante de la unidad operativa es el único que presenta la solicitud de retiro para el caso de los soldados profesionales, situación que no es aplicable al caso bajo estudio porque el miembro retirado era un suboficial.

Lo anterior es suficiente para que la Sala Tercera de Revisión no se pronuncie sobre el supuesto defecto por desconocimiento del precedente en lo relacionado con la aplicación de la sentencia C-758 de 2013.

15.7.3. Adicionalmente, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez, en la acción de tutela planteó un desconocimiento del precedente horizontal, teniendo en cuenta que el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Descongestión, en otra ocasión, profirió una sentencia anulando el acto de desvinculación de un militar porque el comandante de la unidad no asistió al Comité donde se recomendó su retiro.

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en el trascurso del proceso contencioso administrativo, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez solicitó la aplicación del precedente del mismo Tribunal Administrativo de Antioquia. Para ello, transcribió un aparte de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia -Sala de Descongestión, Subsección Laboral, Sala Primera de Decisión- en la cual se consideró que la presencia del comandante

de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, “representa una garantía acerca de la objetividad y razonabilidad con que se toman este tipo de decisiones al interior del referido Comité, y cuya ausencia por ende no tendrá la connotación de ser cualquier falta o ausencia de un miembro de la corporación, sino de una verdadera violación al debido proceso”[27].

En estos términos, la cuestión sobre la aplicación del precedente horizontal, sí fue planteada en el proceso contencioso administrativo.

En síntesis, la Sala Tercera de Revisión se ocupará de analizar si las sentencias a las cuales se les endilga la conducta vulneradora desconocieron los precedentes de la Corte Constitucional respecto de la motivación de los actos proferidos en uso de la facultad discrecional de retiro de la fuerza pública; y si se desconoció el precedente horizontal relacionado con un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Antioquia que exige la presencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales.

15.8. Que la sentencia impugnada no sea de tutela: Las sentencias impugnadas fueron proferidas en desarrollo de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo tanto no corresponden a pronunciamientos de jueces de tutela.

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

16. Como ya se mencionó, la acción de tutela procede excepcionalmente para controvertir decisiones judiciales que desconozcan derechos fundamentales y tengan un grado de afectación relevante desde el punto de vista constitucional. La excepcionalidad se justifica en la medida que se debe garantizar el principio de cosa juzgada, por lo tanto, sólo en el evento en que una providencia judicial resulte arbitraria, caprichosa o irrazonable y sea contraria a la Constitución, el juez constitucional tiene la facultad de intervenir.

Una vez superado el análisis de los requisitos generales, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad, los cuales deben ser plenamente probados. Dichos requisitos consisten en demostrar la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: (i) defecto orgánico[28], (ii) defecto sustantivo[29], (iii) defecto

procedimental[30], (iv) defecto fáctico[31]; (v) defecto por error inducido[32]; (vi) defecto por tratarse de un decisión sin motivación[33]; (vii) defecto por desconocimiento del precedente constitucional[34]; y (viii) defecto por violación directa de la Constitución[35].

De conformidad con los hechos establecidos en la presente acción de tutela, a continuación, la Sala realizará una breve caracterización del defecto por desconocimiento del precedente como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

El desconocimiento del precedente como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Reiteración jurisprudencial

17. Los artículos 228 y 230 de la Constitución, establecen que los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” En desarrollo de sus funciones, les corresponde realizar un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico; interpretación que implica la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan[36]. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que dista de ser una simple aplicación mecánica de la ley[37].

La Corte Constitucional ha sostenido que “para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.[38]” Adicionalmente, ha señalado que el desconocimiento del precedente jurisprudencial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, -sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad. [39]”

A juicio de éste Tribunal Constitucional, el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en evidente desconocimiento del

derecho a la igualdad, se lesionan los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, en supuesto desarrollo de la autonomía e independencia judicial[40], los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes[41].

El precedente, ha sido entendido, de manera general, como las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto[42]. Igualmente, ha dicho esta Corporación, que el respeto por el precedente adquiere relevancia constitucional en aras de garantizar el derecho a la igualdad, los jueces “deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos anteriores.”[43] Finalmente, se ha considerado que el problema surge cuando dos casos, en principio similares, son resueltos de manera diferente. Sin embargo, es preciso diferenciar cuáles son los argumentos jurídicos que constituyen el precedente y que, por tanto, resultan vinculantes y deben ser atendidos para resolver casos futuros[44].

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutive o *decisum*, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la *ratio decidendi* que puede definirse como “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”; y los *obiter dicta* o *dictum* que son “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.[45]”

En consecuencia, es la *ratio decidendi*, entendida como la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares[46]; esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan[47]. De esta manera, la *ratio decidendi* expresada en el precedente judicial

constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces[48].

Entonces, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, encontramos dos tipos de precedentes, el precedente horizontal y el vertical; los efectos vinculantes en cada uno de ellos es diferente[49]. Por un lado, el precedente horizontal supone que, en principio, un juez -individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias; sin embargo, por otro lado, el precedente vertical implica que los jueces no pueden apartarse del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente, por las altas cortes[50].

Ahora bien, teniendo en cuenta que los jueces gozan de autonomía e independencia en su actividad, la Corte Constitucional ha reconocido que si bien la autoridad judicial está obligada a respetar su propio precedente y el generado por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho[51], motivo por el cual podría apartarse del precedente.

En estos términos, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si cumple con dos requisitos, el de transparencia y el de suficiencia. El presupuesto de transparencia consiste en que en su providencia debe hacer una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” [52] Por su parte, el presupuesto de suficiencia supone que en la providencia se expongan razones suficientes y válidas, a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo, que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo[53]. Satisfechos estos requisitos por parte del juez,

en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales[54].

De esta manera se puede sostener que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. De esta manera, la observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que, en principio, los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores. Sin embargo, los falladores pueden apartarse del precedente aplicable si en sus providencias hacen una referencia expresa a este y explican las razones con base en las cuales se justifica el cambio de jurisprudencia.

Prevalencia de la interpretación constitucional. Reiteración de las sentencias de unificación SU-053 de 2015, SU-054 de 2015, SU-172 de 2015 y SU-288 de 2015

18. Teniendo en cuenta que la Constitución se erige como la norma superior en el ordenamiento jurídico[55] no podría el nominador aducir la autorización de normas de inferior jerarquía, o una interpretación evidentemente contraria a la Carta, para no motivar los actos de retiro; así como tampoco se puede admitir que el funcionario retirado deba ejercer su derecho de contradicción y defensa sin conocer las razones que subyacen al acto[56].

En esta medida, aunque, como fue referido en la parte inicial de estas consideraciones, a los jueces de la república les asiste el principio de autonomía judicial y, adicionalmente, en virtud de la ley, prima facie, deben fallar acorde a los precedentes fijados por los máximos tribunales de su respectiva jurisdicción, en ningún caso estos postulados pueden ir en contravía del precedente constitucional. Esta posición ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional[57] que, respecto del caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se refirió en sentencias C-634 de 2011[58] y C-816 de 2011.

Así, el sometimiento a la Constitución por todos los poderes públicos y los particulares, implica la sujeción a la interpretación autorizada que de ella realiza el tribunal

constitucional, a través de sus sentencias de exequibilidad e inexequibilidad de las normas constitucionales y con fuerza de ley, y de las sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de todas las jurisdicciones.

De acuerdo con dichos pronunciamientos, el precedente constitucional está llamado a prevalecer y, a partir de la expedición de dichas sentencias, las autoridades no pueden, en principio, optar por acoger la jurisprudencia de otras autoridades cuando se evidencie que va en contravía de la interpretación otorgada por la Corte Constitucional sobre determinado asunto, en sede de control de constitucionalidad o de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales.

Sin embargo, un juez podría apartarse de un precedente constitucional, si cumple con los siguientes presupuestos: (i) hacer explícitas las razones por las cuales se abstiene de seguir la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial, (ii) además, debe demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección. Siendo así las cosas, prima facie, resultan totalmente contrarias al debido proceso, (a) el incumplimiento de una carga mínima de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique apartarse del precedente; así como (b) la simple omisión o negativa del juez en su aplicación, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía que les reconoce el texto superior[59].

Obligación de motivación de los actos administrativos que, en ejercicio de la facultad discrecional, disponen la desvinculación de funcionarios de la Fuerza Pública[60]. Reiteración SU-053 de 2015[61].

19. El legislador les confirió al Presidente, a los ministros y a los comandantes de las Fuerzas Militares[62] -Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea- la competencia para ejercer la potestad de retiro discrecional de su personal[63]. Para el caso específico de las Fuerzas Militares, el Decreto Ley 1790 de 2000[64] establece:

“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.

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, 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.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este decreto.”

Por su parte, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, contempla el procedimiento para el retiro discrecional en el caso de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual requiere del aval previo del Comité de Evaluación. La norma dice:

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

En la sentencia C-179 de 2006[65], la Corte Constitucional consideró que dicha facultad puede ejercerse frente a oficiales y suboficiales y que dicho ejercicio corresponde a un fin que “...no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones” relacionadas con la seguridad del Estado y de la ciudadanía[66]. En estos términos, únicamente si se cumple dicha finalidad, se evita que la facultad discrecional se torne en un potestad arbitraria, pues implica ajustarse a la racionalidad y razonabilidad, lo cual solo puede demostrarse por medio de la motivación[67].

De esta manera, cuando se produce un retiro discrecional, por razones del servicio, el mismo “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” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”[68].

En síntesis, en las sentencias C-525 de 1995 y C-179 de 2006[69] la Corte estimó que la utilización de la facultad discrecional de desvinculación de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse de forma inconsulta o arbitraria, puesto que dicha potestad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales y “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”.

De la misma manera, en control concreto, esta Corte ha establecido de forma reiterada[70] que existe un deber de motivación por parte de la Fuerza Pública, cuando hace uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. Específicamente, sobre el retiro de integrantes del Ejército Nacional, se pueden mencionar los siguientes precedentes:

19.1. En la sentencia T-456 de 2009, la Sala Tercera de Revisión[71] determinó que el retiro de un funcionario del Ejército Nacional, debe atender a una justificación razonable, por lo tanto, debe estar sustentada en la evaluación de su hoja o folio de vida.

19.2. En las sentencias T-1173 de 2008[72] y T-638 de 2012[73], las Salas Tercera y Novena de Revisión, determinaron que los retiros discrecionales sólo se consideraban respetuosos del debido proceso y de la Constitución cuando lograran garantizar: “(i) la existencia de razones que guardaran relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones sean plasmadas, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el acta del Comité de Evaluación; (iii) en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe respetar lo ordenado en la ley respecto de la obligación de que exista una recomendación previa al retiro; (iv) dicha recomendación la emite un Comité en el cual se le debe garantizar al peticionario el derecho a ser oído y (iv) la decisión debe ser notificada en

la forma prescrita por la ley al afectado.”

A juicio de las Salas, el ejercicio de la potestad de desvinculación discrecional omitiendo la motivación del acto, no es consecuente con lo decidido en la sentencia C-179 de 2006, teniendo en cuenta que en ella quedó establecido que dicha facultad no podía ejercerse sin la estricta observancia del debido proceso, lo cual implicaba la motivación del acto.

19.3. Más recientemente, en la sentencia SU-053 de 2015[74], la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto de la motivación de los actos administrativos emitidos en uso de facultades discrecionales de la Fuerza Pública -Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional[75]-, para tal efecto, propuso un estándar mínimo pero plenamente exigible en la materia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico. De esta manera, en aras de garantizar los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública, al hacer uso de la facultad discrecional, a partir de dicho pronunciamiento, se deben observar los siguientes lineamientos:

“i. Se admite 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[76]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí

debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

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.

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

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución". (Negrilla propia del texto original)

De lo expuesto, se puede concluir que, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han construido unos límites al ejercicio de la competencia discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública, representados en la legalidad y en la

salvaguarda del debido proceso.

Caso concreto

20. El señor Luis Eduardo Motato Vásquez estuvo vinculado con el Ejército Nacional de Colombia, del 17 de junio de 1998 hasta el 12 de diciembre de 2007[77]. Durante este tiempo, el suboficial fue ascendido, felicitado, condecorado, y no le fue impuesta sanción alguna[78].

Mediante Resolución No. 2346 del 12 de diciembre de 2007[79], el comandante del Ejército Nacional, en uso de la facultad discrecional[80], decidió retirar del servicio activo al cabo segundo Luis Eduardo Motato Vásquez, con base en el acta No 289 del 29 de noviembre de 2007, en la cual, el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, recomendó el retiro del accionante atendiendo las razones del servicio[81]. Contra esta decisión el actor interpuso acción de nulidad y restablecimiento[82]

El 18 de junio de 2014, el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Medellín[83], negó las pretensiones de la demanda considerando que el acto administrativo atacado estaba ajustado a derecho en tanto que la no inclusión de los motivos que dieron lugar a la desvinculación no afecta la legalidad del acto.

El 19 de febrero de 2015, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmó la decisión del juez contencioso de primera instancia[84]. El Tribunal Administrativo argumentó que (i) la ausencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, que recomendó su retiro, no afectaba la legalidad del acto, pues el fundamento de la decisión no solo dependía de su concepto, sino de la evaluación de la hoja de vida, pese a que dicha evaluación no quedó plasmada en el acta; (ii) la jurisprudencia del Consejo de Estado permite que, ni en el acta ni en la resolución de desvinculación, se exterioricen los motivos que dieron lugar a la recomendación del comité ni en la posterior desvinculación; y (iii) dicha posición del Consejo de Estado fue compartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2006.

De acuerdo con los hechos expuestos, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez consideró que le fueron vulnerados sus derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley, toda vez que las providencias cuestionadas desconocieron, a su juicio, el precedente sentado por la

Corte Constitucional y por el mismo Tribunal Administrativo de Antioquia.

Por su parte, tanto el Tribunal Administrativo de Antioquia, como el Ministerio de Defensa Nacional, solicitaron negar el amparo considerando que las providencias a las que se les indilga la vulneración, acogieron el precedente del máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo es, el Consejo de Estado, precedentes que no exigen la motivación de dichos actos de retiro, y que consideran innecesaria la presencia del comandante de la unidad para recomendar dicha decisión.

Finalmente, las Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado, que conocieron la acción de tutela en primera y en segunda instancia, respectivamente, acogieron los argumentos de las demandadas y negaron el amparo. Adicionalmente, la Sección Quinta expuso que la sentencia de unificación SU-053 de 2015, no era aplicable al caso concreto, puesto que ésta fue notificada en una fecha posterior -06 de abril de 2015- a la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia -19 de febrero de 2015-.

A continuación, pasa la Sala a analizar y resolver los problemas jurídicos planteados en esta providencia.

Desconocimiento del precedente constitucional en el caso concreto

21. De acuerdo con las consideraciones expuestas en esta sentencia, la Sala Tercera de Revisión considera que tanto el Juzgado 21 Administrativo de Medellín como el Tribunal Administrativo de Antioquia, desconocieron el precedente de la Corte Constitucional, en virtud del cual, los actos administrativos de desvinculación, en uso de facultades discrecionales, debe tener una mínima motivación.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, argumentó que la sentencia de unificación SU-053 de 2015 no le era aplicable a la situación analizada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por ser notificada con posterioridad a la sentencia proferida por éste. Al respecto, la Sala considera necesario hacer las siguientes aclaraciones: (i) la sentencia SU-053 de 2015 fue proferida el 12 de febrero de 2015, por su parte, la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia data del 19 de febrero de 2015; (ii) el mismo 12 de febrero de 2015 fue presentado el comunicado No 5 de

la Corte Constitucional el cual comunicó la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia de unificación SU-053; (iii) sin embargo, para el 19 de febrero de 2015, la sentencia de unificación no había sido notificada acorde con el Decreto 2591 de 1991.

El comunicado expresa:

“La Sala reiteró el precedente contenido en las sentencias SU-917 de 2010 y SU- 556 de 2014, conforme al cual todo acto administrativo a través del cual se disponga el retiro de servidores públicos que ejercen en provisionalidad cargos de carrera debe ser motivado, a efectos de garantizar el derecho de defensa de los interesados, pues si bien quienes se encuentran en tal situación no son destinatarios del derecho a la estabilidad indiscutible propio de quienes acceden a la función pública por medio del concurso de méritos, su situación tampoco es equivalente a la de los empleados de libre nombramiento y remoción.

Lo mismo concluyó en relación con aquellos casos (dos) en los que se planteó el tema de la facultad discrecional de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, pues también en esos casos se desconoció el precedente constitucional aplicable sobre el deber de motivar con fundamento en razones objetivas y hechos ciertos, tales decisiones de retiro.”

La Corte Constitucional ha considerado que el comunicado de prensa donde se informa de decisiones proferidas en asuntos de control concreto es meramente informativo, por lo tanto, “al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole”[85]. Máxime cuando en dicho comunicado no se expone de manera detallada la motivación que llevó a la Corte a adoptar la decisión, ni su parte resolutive[86].

Con todo, la Sala considera que, en efecto, no le era exigible al Tribunal Administrativo de Antioquia acoger el precedente dispuesto en la SU-053 de 2015, puesto que, por un lado, la sentencia no había sido notificada acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, y por otra parte, en el comunicado de prensa no se expone el test de motivación a través del cual se unificó la jurisprudencia.

Ahora bien, acorde con el aparte del comunicado de prensa transcrito, lo que allí se informa es la reiteración de la basta jurisprudencia anterior de la Corte Constitucional respecto de la necesidad de motivación de los actos de retiro proferidos en virtud de la facultad discrecional del Ejército Nacional, pronunciamientos que el accionante también considera

desconocidos.

En efecto y acorde con el recuento jurisprudencial realizado, son varios los pronunciamientos de la Corte Constitucional, anteriores a la mencionada sentencia de unificación[87] en los que, a pesar de reconocer que la facultad otorgada a las fuerzas militares para retirar de sus filas a sus miembros de manera discrecional es un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esa Institución, se exige a la Fuerza Pública, “(i) el deber de motivación del acto de retiro y que (ii) el mismo sea posterior a la recomendación del respectivo Comité de Evaluación o de la Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, la que además de estar apoyada en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, debe sustentarse en un examen de fondo completo y preciso de los motivos que se invoquen para justificar el retiro y, en general, de todos aquellos elementos objetivos que se vinculen con dicha determinación.”

Lo anterior implica que, si bien a la fecha de proferida la sentencia de la Sala Cuarta de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, podría no ser exigible al Tribunal aplicar el estándar mínimo de motivación tal como fue concebido en la sentencia SU-053 de 2015, donde “se estableció un estándar de motivación plenamente identificado y unificado, en especial en torno a la obligatoria valoración de las actas o informes de los entes evaluadores, las hojas de vida de los policías y los demás documentos, cuando se cuestione la presunción de legalidad del acto de retiro discrecional de los mismos”, sí le era exigible considerar el precedente constitucional respecto de la motivación de los actos, en los términos de los precedentes anteriores. Los cuales, en todo caso, también exigen un mínimo de motivación.

Por lo anterior, corresponde a la Sala verificar, si las sentencias atacadas por vía de tutela, respetaron el precedente relacionado con el retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública acorde con las dos subreglas mencionadas.

(i) Respecto del deber mínimo de motivación del acto de retiro:

Como ya se ha mencionado, la Corte Constitucional reconoce la facultad discrecional con que cuenta la Fuerza Pública para retirar del servicio a sus miembros, decisión que, en principio, es adoptada en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado. Además,

esta Corte ha admitido que los actos administrativos de retiro discrecional de la Fuerza Pública no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero sí les es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, mencionada y acogida por los jueces accionados, indica que las razones del retiro no deben estar expresas en el cuerpo del acto y, por lo tanto, su no inclusión no afecta la legalidad del acto. Adicionalmente, a juicio de los jueces contenciosos administrativos, la recomendación de desvinculación tampoco debe estar motivada, pues los motivos del retiro se deben entender intrínsecos en la decisión, es decir, por el mejoramiento del servicio.

En efecto, en la parte motiva de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Administrativo de Medellín, sostiene el juez que la actuación demandada se encuentra ajustada al orden jurídico, en tanto que la no inclusión de los motivos que dieron lugar a la desvinculación no afecta la legalidad del acto, ni significa que no se hubiera estudiado a fondo la hoja de vida del afectado, cuyo despido se presumía expedido para mejorar la prestación del servicio. Continuando con el argumento expresa que “el hecho de que no aparezca una constancia del examen exhaustivo de la hoja de vida del actor, en el acto acusado, no significa que así no haya ocurrido, es decir, no significa que no se haya hecho dicho examen, tal como lo señaló el Consejo de Estado ibídem. Como tampoco se puede llegar a esa conclusión por la recomendación de la desvinculación del actor, pues como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, no es necesario que la autoridad administrativa manifieste y exteriorice los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores y por ello, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos, estos se entienden intrínsecos en la decisión, de conformidad con la ratio decidendi de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado, ya reseñadas.”[88]

Por su parte, el 19 de febrero de 2015, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia confirmó la decisión del juez de primera instancia argumentando que, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, por tratarse de acto de carácter discrecional no requiere que se indique en el cuerpo del acto motivación alguna sobre cuál fue la razón que inspiró a la autoridad que lo profirió. Para el Tribunal, “ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la no exteriorización en el

acta o en la Resolución de retiro del servicio, de los motivos que dieron lugar a la recomendación del Comité y posterior desvinculación, no mengua la legalidad del acto de retiro: pues éste se presume expedido en procura de la satisfacción del interés general y lo que mejor convenga a la comunidad (...)”[89].

De lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión considera que las providencias atacadas por vía de tutela sí desconocieron el precedente de la Corte Constitucional, respecto del deber de mínima motivación.

En efecto, dicho deber es entendido por la Corte Constitucional como la obligación de expresar en el acto administrativo de retiro no sólo que éste se profirió en uso de la facultad discrecional, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, y buscando el mejoramiento del servicio, sino que, en dicho acto, se debe explicar que la decisión se adopta luego de hacer un examen serio de la recomendación, que buscó determinar si las razones expuestas en el concepto y, tomadas en consideración para recomendar el retiro, se encuentran sustentadas, son objetivas y suficientes para adoptar una decisión en tal sentido. Es decir, que no basta con que la desvinculación haya sido recomendada, para que se entiendan satisfechos los presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad, propios al ejercicio de una competencia discrecional como esta.

El examen serio de la recomendación de retiro del militar es el que permite entender que la desvinculación perseguía la finalidad de esta competencia discrecional, es decir, el mejoramiento del servicio. Se trata entonces de un deber de motivación mínima, que se satisface cuando, a pesar de que el acto administrativo no contiene en sí mismo la motivación, sí evidencia la existencia de un concepto, cuya validez y suficiencia han sido evaluadas y tomadas en consideración para separar al militar de su cargo. Además, el concepto con base en el cual se adaptó el acto administrativo, debe ser puesto en conocimiento de la persona que puede ser objeto de desvinculación. De esta manera, a pesar de no encontrar de manera directa y plena los motivos del acto, en su cuerpo mismo, sí es posible identificarlos a través del concepto en el que el acto administrativo se fundamentó.

De acuerdo con la consideración 18 de este fallo, aunque a los jueces de la República les asiste el principio de autonomía judicial y, prima facie, deben fallar de acuerdo con los

precedentes fijados por los máximos tribunales de su respectiva jurisdicción, en ningún caso estos postulados pueden ir en contravía del precedente constitucional, menos aun cuando no se busca con ello ampliar de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

Por lo anterior, la Sala disiente de la posición adoptada por los jueces accionados y por el Consejo de Estado, según la cual, los jueces administrativos están obligados a respetar el precedente judicial del órgano de cierre de su jurisdicción -Consejo de Estado-, respecto de la no motivación del acto administrativo de retiro del servicio de los miembros del Ejército Nacional, ni del concepto que recomendó adoptar tal decisión, por tratarse de una facultad discrecional. Para la Corte Constitucional, los jueces de lo contencioso administrativo accionados tenían el deber de dar aplicación al precedente de la Corte Constitucional respecto de la motivación por remisión de los actos de retiro de miembros de la Fuerza Pública, aplicando la jurisprudencia que, al momento de adoptar la decisión, se encontraba vigente.

A juicio de la Sala, la justificación de prevalencia del precedente del órgano máximo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es suficiente para apartarse del precedente constitucional por cuanto no logra demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

En estos términos, de haber acogido el precedente de la Corte Constitucional, tanto los jueces accionados como las autoridades judiciales que decidieron la acción de tutela, se habrían percatado de que la Resolución 2346 del 12 de diciembre de 2007, mediante la cual se retiró del servicio activo del Ejército Nacional al cabo segundo Luis Eduardo Motato Vásquez, incumplieron con el deber mínimo de motivación, pues, se insiste que si bien se comparte que los actos de desvinculación de miembros de las fuerzas militares, en uso de la facultad discrecional, no necesariamente, deben estar motivados, en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, sí debe expresar que dicha decisión corresponde a una valoración adecuada de la motivación que tuvo el comité para recomendar la desvinculación, ofreciendo certeza de que, en efecto, con el retiro del militar, se lograría la finalidad perseguida por la institución; esto es el mejoramiento del servicio. Es decir, no basta con mencionar que el acto de retiro se fundamenta en la facultad

discrecional; también es necesario que la misma refiera que obedece a una recomendación de la autoridad competente, que está motivada en razones objetivas y validas que demuestran cómo, con la desvinculación, se cumple el objetivo de mejorar el servicio.

En efecto, en el acto de retirar del servicio activo del Ejército Nacional del actor, se expresa que obedeció a razones del servicio y en forma discrecional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1428 de 2007, y con base en la recomendación emitida por el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, omitiendo un mínimo de información sobre los móviles que condujeron a tal decisión, en cuanto dicho concepto no expresa los motivos que condujeron al Comité de Evaluación a recomendar el retiro.

En estos términos, podría pensarse que el único fundamento del retiro del actor fue la facultad legal establecida en el Decreto 1428 de 2007 y que nada hay en la Resolución 2346 de 2007 que permita inferir el acatamiento al marco constitucional que impone observar el debido proceso, motivar siquiera en forma mínima la decisión, expresar las razones de interés público que en la situación específica justificaban la adopción de una medida de retiro con pase a la reserva y asegurar el derecho de defensa del afectado.

En este punto es importante traer a colación el argumento planteado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el cual estableció que “el actor no había demostrado que tal decisión [la del retiro] hubiere obedecido a fines contrarios a la norma que autoriza al Comandante del Ejército Nacional para emitir tal decisión”. Y es que, a juicio de la Sala, la relevancia de la motivación, bien sea mínima, evita al accionante la carga de demostrar que su retiro no obedeció a razones del servicio, como ocurrió en el caso concreto. Es decir, si la única motivación para el retiro fue por razones del servicio, difícilmente el afectado podría llegar a demostrar que, en efecto, con su retiro no se mejoraría la prestación del servicio militar.

(ii) Respecto de la motivación que debe contener el acta del Comité de Evaluación de oficiales y suboficiales

22. Adicionalmente, los jueces accionados desconocieron el precedente de la Corte Constitucional respecto de la motivación del acta proferida por el Comité de Evaluación de oficiales y suboficiales. Como se mencionó anteriormente, los jueces de lo contencioso-administrativo consideraron que el acto a través del cual se recomendaba la desvinculación

del accionante, no requería motivación.

Al respecto, la Sala considera que el Acta No. 289 del 29 de noviembre de 2007 del Comité de Evaluación simplemente se limita a mencionar el personal del Ejército Nacional que se reunió para efectos de recomendar el retiro del servicio activo, por razones del servicio y en forma discrecional, del suboficial Luis Eduardo Motato Vásquez, aduciendo para ello la facultad descrita en el artículo 104 del Decreto 1428 de 2007. Es decir, dicho acto administrativo no está apoyado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido -mejoramiento del servicio-, pues, se recuerda, dicha decisión debe sustentarse en un examen de fondo completo y preciso de los motivos que se invoquen para justificar el retiro y, en general, de todos aquellos elementos objetivos que se vinculen con dicha determinación.

Se trata de elementos que deberían incluir la evaluación de la hoja de vida del suboficial, la cual, en el caso que nos ocupa, contiene una serie de ascensos, felicitaciones y condecoraciones, lo cual refuerzan la necesidad de que se emita un pronunciamiento coherente con la situación del suboficial y de las razones del servicio que consideran existen para tomar la decisión de prescindir de él.

Por su parte, en las providencias acusadas, los jueces accionados asimilaron el cumplimiento de este requisito a partir de la garantía que representaba el haberse conformado el Comité de Evaluación para el retiro discrecional, encargados de emitir los conceptos previos de recomendación de retiro del servicio del actor, omitiendo el análisis de si las actas fueron resultado de un examen de fondo acerca de las verdaderas razones aducidas para su desvinculación.

En conclusión, ni el acto de desvinculación, ni la evaluación del comité contiene razones objetivas y razonables que permitan determinar cómo, con la desvinculación del accionante del Ejército Nacional, se mejoraría la prestación del servicio, por lo tanto, es evidente que el señor Luis Eduardo Motato Vásquez no tuvo manera de enterarse si su retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad y por lo mismo, en ausencia de motivación, no contó con los elementos suficientes para poner en consideración de los jueces de lo contencioso administrativo, la determinación de si su desvinculación fue o no arbitraria.

23. Ahora bien, frente al cargo que propone el accionante por la ausencia de valoración su

hoja de vida, esta Corporación considera que la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia sí valoró dicha pieza allegada al expediente contencioso administrativo. En efecto, el Tribunal dijo que “el buen desempeño en el cargo y la idoneidad con que se ejerzan las funciones que le son asignadas, de lo cual da cuenta la hoja de vida del señor Motato Vásquez, con las anotaciones positivas y menciones recibidas, no otorgan un fuerza de estabilidad en el mismo, ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, en tanto, lo normal es el cabal cumplimiento del deber por parte del funcionario.” Por lo anterior, prima facie, no se ve configurada una calificación manifiestamente desacertada o contraevidente del juicio valorativo realizado a la prueba en su momento. Por lo anterior, esta Sala no hará pronunciamiento adicional sobre este punto y se limitará a declarar el desconocimiento del derecho al debido proceso del actor, en los términos expuestos en el acápite anterior.

24. Por todo lo anterior, la Sala Tercera de Revisión considera que el Juzgado 21 Administrativo de Medellín y la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, desconocieron el precedente jurisprudencial de esta Corporación, al desconocer que los actos administrativos de retiro del servicio -resoluciones y actas- de miembros de la Fuerza Pública deben ser motivados, así sea en forma mínima.

Desconocimiento del precedente horizontal del Tribunal Administrativo de Antioquia, respecto de la participación del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales

25. A juicio del accionante, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia vulneró sus derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley al desconocer el precedente del mismo Tribunal Administrativo de Antioquia, en virtud del cual, el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales debe estar integrado por el comandante de la unidad a la cual pertenece el miembro del Ejército Nacional evaluado.

En el trascurso del proceso contencioso administrativo, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez solicitó la aplicación de precedentes tanto del Tribunal Administrativo de Antioquia como del mismo Consejo de Estado en los cuales se determinó que la presencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, “representa una garantía acerca de la objetividad y razonabilidad con que se toman este

tipo de decisiones al interior del referido Comité, y cuya ausencia por ende no tendrá la connotación de ser cualquier falta o ausencia de un miembro de la corporación, sino de una verdadera violación al debido proceso”[90].

El precedente del Tribunal Administrativo de Antioquia, planteado como desconocido, corresponde a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral -Sala Primera de Decisión-, proferida el 06 de marzo de 2013, con ponencia de la magistrada María Nancy García, donde se confirmó en segunda instancia la nulidad de una resolución a través de la cual se desvinculó un integrante del Ejército Nacional. El fundamento principal de la decisión fue el acatamiento de los pronunciamientos del Consejo de Estado[91], a partir de los cuales, se reconocía como necesaria la presencia del comandante de la unidad en el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, “pues tratándose dicho oficial o suboficial, según el caso, del superior jerárquico inmediato y directo del militar en cuestión, es la persona que tiene conocimiento necesario sobre el rendimiento y condiciones particulares del servicio por el militar en cuestión, siendo necesaria su apreciación y concepto para ilustrar a los demás miembros integrantes del Comité sobre la pertinencia de la decisión del retiro.”

Sin embargo, tal como lo reconoce el Tribunal Administrativo de Antioquia y el mismo Consejo de Estado, el precedente que sirvió como fundamento para adoptar la decisión descrita en el párrafo anterior, fue modificado por el mismo Consejo de Estado. En efecto, en la sentencia proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, se hace referencia específica sobre este punto, señalando que si bien “años atrás el Consejo de Estado sostuvo que efectivamente dicha inasistencia afectaba la legalidad del acto de retiro, sin embargo, a fecha reciente (09 de abril de 2014) cambió su posición, y adoptó una posición contraria”. En estos términos, la nueva posición del Consejo de Estado indica que “El hecho de que no haya concurrido el superior jerárquico inmediato y directo del actor al aludido Comité de Evaluación, no significa que no se haya hecho un estudio exhaustivo de su hoja de vida y que se hayan evaluado las implicaciones de su retiro, como tampoco que ante la inasistencia se afecte la validez del acto administrativo que dispuso el retiro, teniendo en cuenta que en este caso se trató del ejercicio de la facultad discrecional, sin que sea necesario que la autoridad administrativa manifieste los criterios que tuvo para disponer la separación del servicio.”[92]

De acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia, el precedente horizontal hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o del mismo operador judicial. Por su parte, el precedente vertical, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, en la mayoría de los casos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción, excepto cuando la Corte Constitucional le da una interpretación a dicho precedente a la luz de la Constitución -como se analizó en la motivación de los actos administrativos de desvinculación-. Por su parte, en los casos que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores[93].

De la anterior explicación, la Sala concluye que no se configura el defecto planteado por el accionante, teniendo en cuenta que, si bien la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia no tuvo en cuenta un precedente horizontal de dicha Corporación, al pronunciarse sobre el particular, hizo explícitas las razones por las que se abstenía de seguir la jurisprudencia del Tribunal, acogiendo el precedente más reciente del órgano de cierre de la jurisdicción, es decir, del Consejo de Estado. Posición que, prima facie, no resulta arbitraria, máxime si en los procesos de desvinculación de miembros de las fuerzas militares, se respeta lo expuesto en esta providencia respecto de la motivación del acta mediante la cual se recomienda el retiro. Otro argumento para no encontrar configurado defecto alguno, es que dicho precedente no desconoce una interpretación constitucional sobre el tema.

26. Por todo lo anterior, la Sala Tercera de Revisión considera que la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, no desconoció el precedente horizontal de dicho Tribunal.

III. CONCLUSIÓN

27. Razón de la decisión. Las autoridades judiciales incurren en desconocimiento del precedente, cuando profieren sentencias sin tener en cuenta los parámetros establecidos en los precedentes constitucionales, respecto de la necesidad de motivar los actos

administrativos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, en uso de la facultad discrecional, cuando dicha decisión no hace explícitas las razones por las que se abstienen de seguir la jurisprudencia en vigor, y no demuestran que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

28. Decisión. Se ampararán los derechos fundamentales del señor Luis Eduardo Motato Vásquez y, en consecuencia, se revocará la sentencia del 25 de septiembre de 2015 proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- y, en su lugar, tutelaré el derecho al debido proceso y a la igualdad ante la ley del accionante.

En tal virtud, se dejarán sin efecto las sentencias emitidas por el Juzgado 21 Administrativo de Medellín el 18 de junio de 2014 y por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de febrero de 2015; y se ordenará a la Sala Cuarta del Tribunal Administrativo de Antioquia[94] que emita un nuevo fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Eduardo Motato Vásquez contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, para dar cabal aplicación al precedente constitucional en la materia y las directrices que sobre el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública ha expuesto esta Corporación, tal y como se dejó consignado en la parte considerativa de esta providencia.

IV. DECISIÓN

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, el 25 de septiembre de 2015 que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 23 de julio de 2015, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley del señor Luis Eduardo Motato Vásquez.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 19 de febrero de 2015 por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra de la Resolución 2346 del 12 de diciembre de 2007, emitida por el Comandante del Ejército Nacional, que ordenó el retiro del accionante.

TERCERO.- ORDENAR a la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros del Ejército Nacional en uso de la facultad discrecional.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-166/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar la improcedencia por cuanto no hubo desconocimiento del precedente constitucional en materia de necesidad de motivación del acto de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía (Salvamento de voto)

Estimo que el Tribunal Administrativo no desconoció el precedente de la Corporación, como desacertadamente lo concluyó la mayoría, por lo siguiente: Según el fallo del cual discrepo, la sentencia de unificación SU-053-2015, no era aplicable al caso en concreto por cuanto el comunicado de prensa mediante el cual se divulgó no fue lo suficientemente explícito en cuanto a las razones de la decisión y, adicionalmente, la notificación de la sentencia fue posterior a la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. No obstante lo anterior, consideró que dicha SU -053 de 2015, no hizo cosa distinta que reiterar lo que ya este Tribunal había señalado en distintos precedentes en relación con la motivación de los actos administrativos de retiro, por consiguiente, resolvió confirmar el fallo proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Para el momento en que fueron proferidos los fallos, no existía un precedente unánime de la Corporación al respecto. Menos aún puede señalarse que la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad, imponga la motivación de los actos administrativos que resulten necesarios para el retiro del servicio de la fuerza pública y elimine el carácter discrecional de los mismos.

Referencia: expediente T-5.243.410

Acción de tutela promovida Luis Eduardo Motato Vásquez contra el Juzgado 21 Administrativo de Medellín contra la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquía.

Magistrado Ponente:

ALEJANDO LINARES CANTILLO

Con mi acostumbrado respeto, me aparto de la decisión adoptada en este asunto, pues estimo que el Tribunal Administrativo de Antioquia no desconoció el precedente de la

Corporación, como desacertadamente lo concluyó la mayoría, por lo siguiente: Según el fallo del cual discrepo, la sentencia de unificación SU-053-2015, no era aplicable al caso en concreto[95] por cuanto el comunicado de prensa mediante el cual se divulgó no fue lo suficientemente explícito en cuanto a las razones de la decisión y, adicionalmente, la notificación de la sentencia fue posterior a la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. No obstante lo anterior, consideró que dicha SU -053 de 2015, no hizo cosa distinta que reiterar lo que ya este Tribunal había señalado en distintos precedentes en relación con la motivación de los actos administrativos de retiro, por consiguiente, resolvió confirmar el fallo proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Al respecto, como lo he venido manifestando en otros salvamentos de votos, la Corporación, en sentencia C-179 de 2006, declaró la exequibilidad del artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual remite al artículo 99 de la misma normativa. En dicho fallo se concluyó que la potestad discrecional de que se ha revestido a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que la integran, no significa arbitrariedad, sino, por el contrario, se trata de un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esa institución. Aunque la sentencia advierte que no puede confundirse lo discrecional con lo arbitrario, finalmente, la Corte concluyó que las normas acusadas[96] no desconocen el debido proceso, como tampoco el derecho de igualdad. Con ese entendimiento debe reconocerse que aún están vigentes los decretos que aplicaron en este caso tanto la entidad accionada, como los jueces de la jurisdicción contenciosa que conocieron de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según se desprende de la lectura del fallo controvertido.

De igual manera se manifestó en la sentencia de constitucionalidad que en el acto de retiro, no es necesario que la entidad explique, de manera concreta, las razones para tomar dicha determinación. Y señaló que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-179 de 2006, “el hecho de que no aparezca constancia en este sentido (de la evaluación del comité y su recomendación de retiro) no significa que dicho ejercicio no ocurra, conclusión que se puede arribar por la circunstancia de que se recomienda la desvinculación del servidor. ”

En ese contexto, estimo que las providencias objeto de tutela no están incursas en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos son discrecionales, como desde siempre se ha entendido, y no

necesariamente deben motivarse. El Tribunal Administrativo de Antioquia sustentó su decisión en la sentencia C-179 de 2006, la cual al declarar la exequibilidad del artículo 104 del Decreto 1428 de 2007, fue clara al señalar que “la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la fuerza pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las actividades competentes, por el contrario, para el caso sub examine, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación de poder o abuso”. Así mismo, invocó el precedente hasta ahora fijado por la jurisdicción contencioso administrativa y, al estudiar el caso en concreto, concluyó que la decisión tomada por el Comité tomó en cuenta la hoja de vida del actor, y otros factores determinantes para su retiro y, la no inclusión de dicho análisis, no afecta la legalidad del acto, lo que se ajusta al precedente constitucional señalado en la sentencia C-179-2006.

Debo hacer énfasis en que para el momento en que fueron proferidos los fallos, no existía un precedente unánime de la Corporación al respecto. Menos aún puede señalarse que la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad, imponga la motivación de los actos administrativos que resulten necesarios para el retiro del servicio de la fuerza pública y elimine el carácter discrecional de los mismos.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] La acción de tutela fue interpuesta por el ciudadano Javier Alfredo Zorro Cordero, actuando en condición de apoderado del señor Luis Eduardo Motato Vásquez. El poder reposa en los folios 102 y 103 del cuaderno No. 1. En adelante, siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno No. 1, salvo que se manifieste lo contrario.

[2] Copia de la resolución se encuentra en los folios 94 y 95.

[3] Información certificada en la hoja de vida del accionante, ver folios 98 al 101.

[4] Copia de la resolución se encuentra en los folios 94 y 95.

[5] Establecida en el Decreto 1428 de 2007.

[6] Dicha acta reposa en el folio 96.

[7] Argumento tomado de la exposición de los hechos realizados en la sentencia proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Medellín, ver folio 37.

[8] Argumento tomado de la exposición de los hechos realizados en la sentencia proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Medellín, ver folios 37 reverso y 38.

[9] Ver folios 37 al 54.

[10] En los folios 26 al 35 reposa copia de la providencia.

[11] Cita en el folio 59.

[12] Cita del folio 34 reverso.

[14] La respuesta reposa en los folios 124 al 126.

[15] La respuesta reposa en los folios 129 al 134.

[16] La sentencia reposa en los folios 135 al 144.

[17] Ver folios 149 al 159.

[18] La providencia reposa en los folios 168 al 174.

[19] En Auto del veintiséis (26) de noviembre de 2015 la Sala de Selección de tutela Número Once de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de las providencias en cuestión y procedió a su reparto.

[20] En la sentencia de unificación SU-918/13 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte hace una reconstrucción de la línea jurisprudencial relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

[21] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[22] Este artículo establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre, es claro que la presente acción es procedente respecto de la legitimación por activa.

[23] En la sentencia de unificación SU-961/99 (M.P. Vladimiro Mesa Naranjo) la Corte señaló que: “Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines tutela, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.” Esta consideración fue reiterada en sentencia T-047/14 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[24] Los alegatos de conclusión presentado por el apoderado del demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 21 Administrativo de Medellín, el recurso de apelación interpuesto contra la providencia emitida en primera instancia y la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

[25] Los alegatos de conclusión presentado por el apoderado del demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 21 Administrativo de Medellín, el recurso de apelación interpuesto contra la providencia emitida en primera instancia y la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

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

[27] Sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 06 de marzo de 2013 M.P. María Nancy García García; Ver folios 66 al 69 del cuaderno 1.

[28] Cuando existe una carencia absoluta de competencia por parte del funcionario judicial que profiere la sentencia.

[29] Cuando la decisión judicial se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o, en fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sentencia C-590/05 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y SU-817/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[30] Surge cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el caso concreto. Al respecto ver sentencias SU-159/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-996/03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-196/06 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-508/11 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[31] Hace referencia a la producción, validez o apreciación de los elementos probatorios. En razón de la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es bastante restringido. Ver sentencias SU-817/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), SU-447/11 (M.P. Mauricio González Cuervo) y SU-195/12 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[32] Hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable del juez, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la administración de justicia, por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Ver sentencias T-1180/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y SU-846/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[33] Es deber de los funcionarios públicos, en razón de la necesidad de legitimidad de las decisiones adoptadas en un ordenamiento democrático, la motivación amplia y suficiente de las decisiones, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los ciudadanos frente a dichas disposiciones. Ver sentencia T-114/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[34] Se presenta cuando habiendo la Corte Constitucional establecido el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario aplica una ley limitando su alcance. Ver sentencias SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-168/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[35] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Constitución. Ver sentencias SU-1184/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1625/00 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-1031/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver sentencia T-701/04 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

[36] Sobre la labor interpretativa del juez, en la sentencia T-330/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), se indicó: “La actividad judicial supone la interpretación permanente de, entre otras cosas, disposiciones jurídicas. Ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener y tienen comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivan de ella, por esta razón, efectos disímiles.”

[37] Al respecto, en la sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), al estudiar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, relativo a las decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia que constituyen doctrina probable, este Tribunal sostuvo: “La función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado (...)”. Consultar adicionalmente la sentencia T-441/10 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[38] Sentencia SU-226/13 (M.P. Alexei Julio Estrada).

[39] Sentencia T-086/07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[40] Sobre este punto, en la citada sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte concluyó: “para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna”.

[41] Cabe advertir que, en criterio de la Corte, no toda divergencia interpretativa en este ámbito constituye una vía de hecho. Al respecto, en la sentencia T-302/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), se precisó: “la Corte Constitucional ha sido unánime al señalar que siempre que la interpretación normativa que los operadores jurídicos hagan de un texto legal permanezca dentro del límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. (...) || Por tanto, no es dable sostener que la interpretación que hacen los operadores judiciales de las normas, se torna violatoria de derechos fundamentales por el solo hecho de contrariar el criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, e incluso de los distintos sujetos procesales.”

[42] Sentencia T-292/06 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[43] Sentencia T-360 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[44] Sentencia T-918/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[45] Sentencia SU-047/99 (Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[46] Sobre el particular, en la sentencia T-766/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se sostuvo: “el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007).”

[47] En relación con el contenido de la ratio decidendi en la sentencia T-117/07 (M.P. Clara

Inés Vargas Hernández) la Corte señaló que “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”.

[48] Sentencia T-918/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[49] Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441/10 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-014/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[50] Sentencia T-918/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[51] Al respecto en la sentencia T-468/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte señaló que “en la medida en que la Constitución Política (C.P. arts. 228 y 230) les reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, el principio de igualdad, en materia judicial, no puede interpretarse de manera absoluta, so pena de petrificar el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, impedir que las normas se ajusten a los cambios sociales, políticos y económicos que les dotan de pleno contenido y significación.”.

[52] Sentencia T-688/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido ratio decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.”

[53] Ver entre otras, las sentencias T-014/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-777/08 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-571/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-049/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-440/06 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-330/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-698/04 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-688/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-468/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[54] Sentencia T-918/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre este punto, por ejemplo, en la sentencia T-330/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), esta Corporación precisó: “en suma, prima facie, los funcionarios judiciales están vinculados por la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los mismos una carga de argumentación más estricta. Es decir deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan.” Así mismo, en la sentencia T-468/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte concluyó: “[S]i en la interpretación y aplicación de la ley se dota a la norma jurídica de contenido y significación, es obvio que las autoridades judiciales no pueden desconocer o inaplicar un precedente en un caso determinado, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique dicho cambio de criterio (precedente horizontal) o resulte admisible un tratamiento desigual a partir de la diversidad de circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez (precedente vertical).”

[55] Artículo 4º de la Constitución Política.

[56] Reiteración de las sentencias de unificación SU-053/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-054/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), SU-172/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y SU-288/15 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[57] Cabe recordar que en el caso de la Sentencia C-634/11 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la norma demandada de la Ley 1437 de 2011, artículo 10, disponía que las autoridades debían tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al adoptar decisiones de su competencia y, en el caso de la Sentencia C-816/11 (M.P. Mauricio González Cuervo) se cuestionaba el artículo 102 de la misma ley que determinaba los supuestos de extensión de los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

[58] La sentencia C-634 de 2011 estableció que en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 había una omisión legislativa relativa, “(...) al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia

proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política.”

(...) 6.2.5.2. Así las cosas, y con base en los anteriores presupuestos, la Corte declaró exequible el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

[59] Ver sentencia T-677/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[60] En las sentencias T-824 de 2009, T-111 de 2009 y T-1168 de 2008 la Corte Constitucional se refirió al retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, equiparando la obligación en las dos instituciones.

[61] La motivación y decisión adoptada en la SU-053/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado), ha sido reiterada en las sentencias SU-172/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado) y SU-288/15 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[62] Los ministros y los comandantes de las Fuerzas Militares por delegación.

[64] Se aclara que, si bien el fundamento normativo de la decisión de desvincular al accionante se basó en el contenido del Decreto 1428 de 2007, el fundamento jurídico de dicho decreto fue declarado inexecutable en la sentencia C-839 de 2008 donde se estudió el artículo 29 de la Ley 1104 de 2006 que autorizó al Gobierno Nacional para poder compilar las normas de esta ley y el Decreto-ley 1790 de 2000, sin cambiar su redacción ni contenido, lo cual se materializó en el Decreto 1428 de 2007. Ahora bien, dicha inexecutableidad no es trascendente en el sentido de que, las normas compiladas en el Decreto siguen vigentes en normas superiores, como lo son, el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006. Por lo anterior, para exponer los fundamentos legales del retiro de

miembros del Ejército Nacional se hará referencia al Decreto 1790 de 2000.

[65] En esta providencia se declararon exequibles los artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000. Las consideraciones de esta providencia fueron adoptadas con base en los fundamentos planteados en la sentencia C-525 de 1995, que al decidir sobre la exequibilidad de una disposición normativa con un contenido similar a la del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, expresó que “un fin especial requiere de un medio especial”, y que ese medio debe ajustarse a los principios de racionalidad y razonabilidad, lo que comporta la obligación de expresar “un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública.”

[66] Sentencia C-179/06 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-569/08 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[67] Esta Corporación en la sentencia C-525/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), al decidir sobre la exequibilidad de una disposición normativa con un contenido similar al del artículo 104 del decreto 1790 de 2000, expresó que “un fin especial requiere de un medio especial”, y que ese medio debe ajustarse a los principios de racionalidad y razonabilidad, lo que comporta la obligación de expresar “un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública.

[68] *Ibíd.*

[69] En esta sentencia, ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, se estudió el tema del retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares.

[70] Ver sentencia T-265/13 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), SU-172/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-28815 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-677/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), entre otras.

[71] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Sala resolvió un caso similar en el que el Ejército Nacional dispuso retirar del servicio a uno de sus soldados aduciendo la facultad discrecional contemplada en el Decreto 1793 de 2000; concediendo el amparo.

[72] M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Sala Tercera de Revisión, examinó el caso de un oficial

del Ejército Nacional, que fue retirado del servicio de manera discrecional y mediante un acto administrativo inmotivado; concediendo el amparo.

[73] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Sala Novena de Revisión, estudió dos casos, uno se trataba de un miembro de la Policía Nacional y el otro era un integrante del Ejército Nacional, quienes fueron separados de sus cargos por razones del servicio mediante actos administrativos sin motivación que además fueron avalados en el marco de los correspondientes procesos de nulidad y restablecimiento del derecho; concediendo el amparo.

[74] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Sentencia en mención, que fue reiterada posteriormente en las SU-172/2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y SU-288/15 (M.P. Mauricio González Cuervo), compendió la jurisprudencia constitucional anterior que abordaba el tema de la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo, señalando las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad, resaltando la función constitucional de la Policía Nacional y haciendo un seguimiento a la línea jurisprudencial existente en la materia -que incluye tanto fallos de control abstracto de constitucionalidad como de control concreto- en contraste con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado.

[75] En la sentencia T-577/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), la Sala Tercera de Revisión, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley de un miembro de la Armada Nacional, retirado del servicio con un acto sin motivación, y con base en la facultad discrecional. Como consecuencia, dejó sin efectos la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005-, en el trámite del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por el accionante contra la Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional y ordenó al Tribunal emitir de nuevo el correspondiente fallo dando aplicación al precedente constitucional en la materia y las directrices que sobre el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública ha expuesto esta Corporación, tal y como se dejó consignado en la parte considerativa de esta providencia.

[76] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la

convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

[77] La hoja de vida del accionante, certifica los siguientes tiempos de servicio: (i) del 17 de junio de 1997 al 30 de diciembre de 1998 prestando el servicio militar; (ii) del 09 de enero de 1999 al 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario; (iii) del 01 de noviembre de 2003 al 15 de enero de 2004 como soldado profesional; (iv) del 01 de febrero de 2004 al 02 de abril de 2004 como alumno suboficial; y (v) del 02 de abril de 2004 hasta el 12 de diciembre de 2007 como suboficial. Ver los folios 98 al 10.

[78] Con el proceso de tutela, el accionante adjuntó su hoja de vida como integrante del Ejército Nacional, en ella constan las siguientes anotaciones: Seis ascensos (26 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1999, 20 de octubre de 2003, 02 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2004 y 31 de agosto de 2007). Cuatro felicitaciones por (i) cumplimiento de objetivos propuestos -10 de agosto de 2007-; (ii) cumplimiento de funciones y responsabilidades -02 de agosto de 2004-; (iii) ejercicio de mando -25 de mayo de 2007-; y (iv) obtención de resultados operacionales -01 de junio de 2007-. Una condecoración denominada “distintivo jineta de buena conducta” -01 de diciembre de 2007-. Ninguna sanción, separación del cargo, delito y/o ausencias laborales.

[79] Copia de la resolución se encuentra en los folios 94 y 95.

[80] Determinada en el Decreto 1428 de 2007.

[81] Dicha acta reposa en el folio 96.

[82] En la demanda, el señor Luis Eduardo Motato Vásquez planteó: (i) por un lado, la ausencia de motivación, pues el acto administrativo no reflejaba razones objetivas ni un sustento probatorio razonable que soportara la decisión discrecional del retiro[82]; y (ii) por otra parte, porque el acta emitida por el Comité de Evaluación de Oficiales y Suboficiales, sustento del retiro, no hizo un análisis de fondo de la situación concreta del funcionario omitiendo relacionar las pruebas que permitieran determinar objetivamente la necesidad del retiro. Además, porque dicho comité no fue integrado acorde con lo ordenado en el artículo 104 del Decreto 1428 del 2007[82], en tanto el comandante de la unidad no participó en el mismo.

[83] Ver folios 37 al 54.

[84] En los folios 26 al 35 reposa copia de la providencia.

[86] Por ejemplo, en la sentencia C-551/03, la Corte Constitucional consideró que era suficiente con el comunicado de la decisión adoptada dentro de un proceso de control abstracto, par que desde el día siguiente, dicha decisión produjera efectos. Situación diferente se presenta en un asunto de control concreto donde, a través de comunicado de prensa, se informe sin profundidad alguna la motivación y la decisión adoptada.

[87] Entre ellos, el que sirvió de sustento a los jueces contenciosos administrativos que negaron las pretensiones del demandante, es decir, la sentencia C-016 de 2007.

[88] Cita del folio 432.

[89] Cita del folio 34 reverso.

[90] Hizo referencia a las siguiente providencias: (i) sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 06 de marzo de 2013 M.P. María Nancy García García; y (ii) sentencia proferida por la Subsección B, de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el 15 de marzo de 2007 M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Ver folios 66 al 69 del cuaderno 1.

[91] Menciona la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia del 15 de marzo de 2007. Radicación: 25000-23-25-000-2001-01950-01 (5356-05).

[92] Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 09 de abril de 2014. Radicación: 25000-23-25-000-2001-02294-02 (1010-10).

[93] Ver sentencia de unificación SU-230/15 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[94] En la sentencia de unificación SU-053/15 se hizo claridad respecto de la orden que debe proferir el juez de tutela cuando encuentra configurada la casual de desconocimiento

del precedente, al respecto dijo: “cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional”

“Con todo, la Sala considera que, en efecto, no le era exigible al Tribunal Administrativo de Antioquia acoger el precedente dispuesto en la SU-053 de 2015, puesto que, por un lado, la sentencia no había sido notificada acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, y por otra parte, en el comunicado de prensa no se expone el test de motivación a través del cual se unificó la jurisprudencia”.

[96] Artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000.