

Sentencia T-265/13

LEGITIMACION POR ACTIVA DE LA POLICIA NACIONAL COMO PERSONA JURIDICA

Al igual que las personas naturales, las jurídicas están habilitadas para ejercer derechos y contraer obligaciones, pueden por tanto, actuar dentro de un proceso como partes y por ello se les debe respetar el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, previstos en los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política. Por tanto, esta Sala reitera la jurisprudencia y concluye que las personas jurídicas, incluyendo a la Policía Nacional están legitimadas de hacer uso de la acción de tutela y solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Línea jurisprudencial sobre causales genéricas y específicas de procedibilidad

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

Existen grandes diferencias en las consecuencias jurídicas que se presentan cuando el retiro de un miembro de la Fuerza Pública obedece al llamamiento a calificar servicios y las que proceden en virtud del retiro por voluntad del gobierno, especialmente en lo relativo al vínculo del oficial o suboficial con la institución, por cuanto de ello depende la continuidad en el disfrute del régimen prestacional especial creado para beneficiar a este grupo de servidores públicos. De igual manera, puede apreciarse que en el llamamiento a calificar servicios, existe una situación fáctica que justifica en alguna forma el retiro, consistente en una falta disciplinaria grave, en el incumplimiento del deber o en otra causal objetiva que obligue a la desvinculación del policía. No ocurre lo mismo en el retiro por voluntad del gobierno, donde lo que se pretende es la renovación generacional de la estructura de mando de la Institución.

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA Y LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE-Evolución y alcance de la facultad discrecional conferida al Gobierno y al Director General de la Policía Nacional

En cuanto a la posición de la Corte sobre la discrecionalidad, cabe advertir que la jurisprudencia ha evolucionado y, por tanto, ha dotado a la discrecionalidad en la expedición de los actos administrativos, con características especiales dependiendo del momento histórico en el cual se han realizado dichos pronunciamientos, toda vez que las reglas de la doctrina del derecho viviente y los avances en el campo legal administrativo han obligado a que las decisiones tomadas bajo singulares circunstancias, fueran revisadas cuando las condiciones jurídicas, de orden público o sociológicas, sufrieron algún cambio o una vez se ha constatado que las instituciones de la Fuerza Pública han sido fortalecidas, adaptando los nuevos fallos conforme a las situaciones actuales. Esta corporación en cumplimiento del artículo 4° superior, que pregona la supremacía de la Constitución, cuando ha encontrado que un precepto legal ofrece distintas alternativas de aplicación y alguna de ellas es cuestionada por contrariar la Carta Política, ha entrado a delimitar el marco de posibilidades razonables de interpretación sobre la norma, para así realizar adecuadamente un juicio de constitucionalidad de la misma. En lo referente a la interpretación que realiza el Gobierno y la Policía Nacional respecto a la discrecionalidad absoluta, tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la constitucional, han fijado su postura. La primera ha precisado en su jurisprudencia, que los actos discrecionales que expide el Ejecutivo desvinculando a los oficiales de la institución encuentran sustento en normas legales y, por ende, no deben ser motivados. Sin embargo, cuando en la expedición de dichos actos, los jueces administrativos encuentran que existen conductas que desbordan el fin de la facultad concedida por la Constitución o la ley, éstos se han visto compelidos a declarar la nulidad de los mismos, declarando la desviación de poder. De otra parte, la jurisprudencia de este tribunal constitucional, ha sostenido que el retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública debe obedecer a razones objetivas y precisas, dado que de permitirse la salida de los mismos de manera simplemente discrecional y sin motivación alguna, equivaldría a avalar la arbitrariedad introduciendo en el mundo jurídico un elemento netamente subjetivo que permitiría la aplicación caprichosa de dicha facultad gubernamental. Teniendo en cuenta que dos máximos tribunales, en sus respectivas jurisdicciones (contencioso administrativa y constitucional) han plasmado dos formas de controlar una misma facultad conferida al Gobierno, en lo que respecta a la aplicación de un mismo asunto, surge inexorablemente la necesidad de que el juez de tutela entre a valorar cuál de las dos posturas se ajusta más al estatuto superior.

POTESTAD DISCRECIONAL-Límites/POTESTAD DISCRECIONAL-Condicionales que debe

cumplir

Pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional: i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene “por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. En el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo”. Por esta razón, para que una entidad pública pueda apartarse de los postulados generales y flexibilizar su actuación mediante el ejercicio de facultades discrecionales, debe como mínimo estar soportado en una norma legal o constitucional que la faculte expresamente. ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que “la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”. Es claro entonces que “el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del ‘abuso del derecho’, y la ‘desviación de poder’. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado”. Sin perjuicio de los objetivos de toda ley, de manera genérica la Constitución consagra como fines de la actuación administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2); y ii) el interés general (art. 209). Así, para comprobar si una actuación cumple con este requisito, se deberá verificar tanto el cumplimiento de los objetivos genéricos como los

específicos de la norma. iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan: “El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa”.

FACULTAD DISCRECIONAL-Absoluta y relativa

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA-No la exonera de motivar sus decisiones

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

En la medida en que el Legislador ha venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta Corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y a través de las revisiones de tutela ha venido adoptando posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) porque la autoridad administrativa incurrió en una desviación de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación.

REGIMEN DE ASCENSO DENTRO DE LA CARRERA DE LA POLICIA NACIONAL-Regulación

La promoción de los miembros de la Policía Nacional hasta el grado de coronel está plenamente reglada y, en esa medida, los efectivos que cumplan a cabalidad con todos los requisitos contenidos en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, deberían, en principio, ser promovidos al rango inmediatamente superior, en orden de prelación según los puntajes obtenidos durante los últimos años, todo ello acorde con lo estipulado en la evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional de los uniformados. Para el caso de los oficiales generales su ascenso está supeditado a la aprobación que del mismo realice el Senado de la República, tal y como está estipulado en el artículo 173, numeral 2° de la Constitución Política. En conclusión, las condiciones para ingreso, promoción y retiro de la carrera policial deben estar orientadas por el propósito de mantener la pulcritud y probidad de la institución, lo que justifica el establecimiento de medidas orientadas a asegurar que el personal de policía cumpla de la manera más decorosa posible su función de guardar la armonía y convivencia ciudadanas, según los precisos términos del artículo 218 superior.

FACULTAD DISCRECIONAL PARA EL RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Las razones del retiro deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas y motivadas

A la Policía Nacional se le endilga una doble falta, de un lado, no haber motivado su acto administrativo, y de otro, haber omitido poner en conocimiento del oficial retirado las causas por las cuales no fue llamado a curso para ascenso, configurando de esta manera la desviación de poder. Así lo entendió el Tribunal accionado y así lo estima esta Corporación, situación por la cual se determinará que el retiro del Coronel obedeció a una desviación de poder consistente en la falta de adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, al no demostrarse en qué contribuyó el mejoramiento del servicio con el retiro del oficial. De igual manera, se tiene que la desvinculación ordenada, no guarda proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa, toda vez que su retiro se produjo basado en conjeturas que no fueron discutidas ni probadas en proceso alguno. En consecuencia, las razones del servicio para el retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas a la decisión de desvinculación, todo lo cual se debe consignar en la parte motiva de la recomendación de la junta competente y del acto administrativo de retiro, permitiéndole al separado del servicio la interposición de los recursos procedentes,

so pena de incurrirse en desviación de poder por parte de las instituciones de la Fuerza Pública.

DESVIACION DE PODER-Concepto

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Tribunal determinó desviación de poder por parte de la Policía Nacional en el retiro de Oficial sin la debida motivación del acto de llamamiento a calificar servicios

ASIGNACION DE RETIRO PARA LA FUERZA PUBLICA-Naturaleza jurídica

PROHIBICION DE DOBLE EROGACION DEL ERARIO PUBLICO-Orden a la Policía Nacional compense los dineros recibidos por el Oficial a título de asignación de retiro con los dineros que reciba o hubiere recibo a título de salario

Le asiste razón a la Policía Nacional al considerar que el Tribunal al ordenar que no se descontara suma alguna por concepto de lo percibido por el coronel a título de asignación de retiro, vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la administración de justicia de la Institución, al obligarla a pagar la totalidad de los salarios dejados de percibir por el oficial desvinculado del servicio activo, siendo que el mismo permaneció como miembro de la reserva, gozando de todas las prestaciones y asignaciones sociales reconocidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. En esa medida, se considera que pese a que el salario y la asignación de retiro tienen una naturaleza diferente, ambas asignaciones provienen del tesoro público, bajo el entendido que todas las prestaciones que se le reconocen a la Policía Nacional provienen de la Nación, lo que está en abierta contraposición con lo estipulado en el artículo 128 superior. Siendo las cosas de esta manera, encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo, incurrió en este aspecto, en uno de los requisitos especiales que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cual es la violación directa de la Constitución. Por lo anterior, el cargo propuesto por la institución contra la sentencia del Tribunal, debe prosperar y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia. En consecuencia, se ordenará a la Policía Nacional que compense los dineros recibidos por el Oficial a título de asignación de retiro, con los dineros que reciba o hubiere recibido a título de salario, ello por cuanto existe prohibición constitucional, que una misma persona reciba dos asignaciones del erario.

Referencia: expediente T-3347202

Acción de tutela instaurada por La Nación –Ministerio de Defensa- Policía Nacional, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección “B”-, el veintiséis (26) de mayo de 2011, y el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, el veintiocho (28) de julio del mismo año, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La Policía Nacional, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que dicha autoridad judicial vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por cuanto al resolver una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ordenó el reintegro de un oficial de la Policía Nacional que había sido retirado del servicio activo por la causal “llamamiento a calificar servicios”, incurriendo en varios defectos en la actuación. Fundamenta sus pretensiones en los siguientes:

1. Hechos

- a. Señala que el señor José Javier Toro Díaz instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Policía Nacional, ante los juzgados administrativos de Cartagena, en la que solicitó se declarara la nulidad del Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002, por medio del cual fue retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.
- b. Precisa que para aquella época se desempeñaba como Oficial en el grado de Coronel y que durante sus 29 años de permanencia en la institución policiva obtuvo varias distinciones, reconocimientos y condecoraciones por su excelente desempeño.
- c. Indica que la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, el 23 de octubre de 2008, decidió denegar las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo recurrido gozaba de plena legalidad. Contra dicha providencia el señor Toro Díaz interpuso el recurso de apelación.
- d. Aduce que el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2010, resolvió revocar el fallo del a quo y, en su lugar, declaró la nulidad del Decreto 2414 de 2002, ordenando reintegrar al señor Toro Díaz al cargo que desempeñaba para el momento del retiro o a otro igual o de superior categoría, teniendo en cuenta para ello los ascensos que por antigüedad y orden de prelación o por mandato expreso de la ley tenga derecho. De igual manera, reconocer todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación, hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro.
- e. Señala que el Tribunal accionado, al proferir su fallo sobre la legalidad del acto administrativo atacado, desconoció el precedente sentado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en lo atinente a la discrecionalidad de que goza el Ejecutivo para retirar a los miembros de la fuerza pública en cualquier momento, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, incurriendo en una errónea interpretación de la norma toda vez que desde el inicio mismo de la sentencia confunde el llamamiento a calificar servicios con el retiro por voluntad del Gobierno.
- f. Afirma que la sentencia del Tribunal adolece de defectos fácticos y sustantivos por cuanto las pruebas testimoniales que acogió la Sala carecían de objetividad e imparcialidad

al ser rendidas por ex oficiales que al igual que el demandante fueron retirados de la Policía Nacional. De igual manera, considera que el Tribunal invirtió la carga de la prueba al obligar a la Institución a que probara en qué consistía la mejoría del servicio con el retiro del demandante o en que perjudicaba al mismo la permanencia del oficial.

g. Por último, indica que la decisión del Tribunal no está debidamente motivada, por cuanto ordena que no se realice descuento alguno al oficial de los dineros dejados de percibir por concepto de salario, sin tener en cuenta que el mismo durante todo el tiempo de su retiro estuvo devengando la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

1.1. Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

El Tribunal accionado, al conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, consideró como problema jurídico del asunto planteado, la necesidad de establecer “si se ajustó o no a derecho el acto administrativo (Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002), mediante el cual, se retiró en forma absoluta del servicio activo al demandante, o sí por el contrario, se sustentó en razones diferentes al buen servicio y se excedió el poder discrecional otorgado por la ley”.

El juez colegiado fundamentó su fallo en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (hoy artículo 44 de la ley 1437 de 2011) y en los artículos 55 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, concluyendo que el acto administrativo demandado (Decreto 2414/02) cumplió con los requisitos objetivos o de forma exigidos por el Decreto 1791 de 2000, pero que de ello no se puede inferir que el mismo cumpliera con los fines de la norma que lo autorizaba, por lo que se debían estudiar otros matices, más aún cuando los argumentos de la demanda no estaban dirigidos a atacar la formalidad del acto de desvinculación (motivación), sino las razones que llevaron a la expedición del mismo o mejor, a la falta de razones para que la entidad tomara la decisión de retirar al oficial José Javier Toro Díaz..

Adicionalmente, luego de valorar el acervo probatorio (especialmente la hoja de vida del policial, los testimonios de dos de sus ex compañeros y los recortes de periódicos y revistas de la época), explica que logró establecer que el motivo que dio lugar al retiro del servicio activo del demandante no fue la mejoría del servicio tal como lo alega la Policía Nacional,

sino la existencia de motivos diferentes que debieron haber sido objeto de un eventual proceso disciplinario, donde el actor tuviera la oportunidad de ejercer su derecho fundamental de defensa; por lo que encontró configurada la causal de nulidad denominada desviación de poder, dejando sin efectos parciales el Decreto 2424 de 2002, en el cual se desvinculaba al señor Toro Díaz junto con otros oficiales de la Policía Nacional.

Para sustentar su proveído el Tribunal, citando jurisprudencia de esta corporación, señaló: “son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad, la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno o la Dirección General de la Policía, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo del respectivo comité con lo cual se evita la arbitrariedad”[1].

Precisó que ante la impecable hoja de vida del oficial, donde se probó que desde el inicio de su carrera en la institución ocupó el primer puesto dentro de su curso, correspondía a la Policía Nacional señalar en qué consistía la mejoría del servicio que se logró con el retiro del Coronel Toro Díaz. El Tribunal señaló: “Lo anterior conlleva al traslado de la carga de la prueba a la demandada, quien ahora debe probar que con el retiro de dicho oficial mejoró el servicio. Es decir que incumbe ahora a la parte pasiva de la actuación la carga de la prueba, ya que de no hacerlo frente a la prueba que se estructura con la hoja de vida del actor como el mejor de todos los oficiales de sus curso y consecuente satisfacción del buen servicio, las pretensiones de la demanda estarán llamadas a prosperar por quedar probada la desviación de poder”.

Señaló, además, que la facultad discrecional de que gozan el Gobierno y el Director General de la Policía Nacional no puede ser utilizada sin la pre-existencia de un supuesto de hecho que habilite a la administración para el ejercicio de dicha prerrogativa; es decir, sin que el oficial hubiese dado un motivo para ello.

Por último, argumentó que del estudio realizado al acervo probatorio encontró que el Señor Toro Díaz ingresó a la Policía Nacional en el año 1976, que durante su permanencia en la institución no le figuraban sanciones ni suspensiones; registró cincuenta y ocho (58) condecoraciones; recibió por parte de la Institución noventa y dos (92) felicitaciones por

distintos motivos, entre los cuales se destacaban treinta y ocho (38) felicitaciones especiales que recibió por “su buen desempeño laboral”; así mismo existían dentro del expediente multiplicidad de agradecimientos y felicitaciones de diversas autoridades civiles (nacionales, departamentales y municipales), entre otras.

Lo anterior, junto con la valoración de otras pruebas allegadas (recortes de periódicos y revistas de la época) y con la ausencia de prueba siquiera sumaria que demostrara que con el retiro del oficial se mejoraba en alguna forma el servicio que la institución debe prestar, permitió que el Tribunal llegara a la conclusión de que los motivos que llevaron al cese de actividades del policial, fueron diferentes a las razones del buen servicio, encontrando en cambio fundadas otras que debieron haber sido objeto de un eventual proceso disciplinario donde el actor tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, configurándose de esta forma la causal de nulidad denominada desviación de poder.

1.2. Defectos que se endilgan a la providencia recurrida por parte de la Policía Nacional.

De los hechos narrados se puede precisar que los defectos que se endilgan a la providencia recurrida consisten: i) en una indebida valoración e inversión de la carga de la prueba (testimonios presuntamente parcializados); ii) en la aplicación errónea de la normatividad que rige el caso concreto (confusión entre las figuras “llamamiento a calificar servicios” y “retiro por voluntad del gobierno”) y, por último, iii) en una violación directa de la Constitución, consistente en la obligación impuesta a la Policía Nacional de incurrir en una doble erogación de prestaciones constitucionalmente incompatibles (salario y asignación de retiro).

2. Respuesta del Tribunal accionado

En su contestación a la acción de tutela el Tribunal Administrativo de Bolívar precisó que la providencia recurrida tuvo como fundamento las normas invocadas como violadas y los criterios jurídicos fijados por el Consejo de Estado.

Señaló que la pretensión del actor estaba encaminada a que se declarara la nulidad del Decreto 2414 de 2002, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto dispuso retirarlo del servicio por llamamiento a calificar servicios, situación que no compartió el ciudadano Toro Díaz por cuanto consideró que su retiro no obedeció a dicha causal, sino a

las supuestas relaciones que, según el Director General de la Policía de la época, tenía con personas al margen de la ley.

En esta medida, consideró el Tribunal que de las pruebas allegadas al expediente se podía concluir que el motivo que dio lugar al retiro del servicio activo del accionante no fue el mejoramiento del servicio, como alegó la entidad demandada, sino que teniendo en cuenta el desempeño excepcional del demandante lo que se percibió fue la existencia de motivos diferentes, que debieron ser objeto de un eventual proceso disciplinario donde el actor tuviera la oportunidad de ejercer su derecho fundamental de defensa, configurándose la causal de nulidad denominada “desviación de poder”.

En consecuencia, ante la falta de justificación del retiro del accionante de la Policía Nacional, para la Sala la voluntad administrativa se tornó arbitraria e ilegal en el fondo y, por tanto, se declaró la nulidad parcial del Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002.

3. Oposición a la procedencia de la tutela por parte del señor José Javier Toro Díaz.

El señor Toro Díaz a través de apoderado judicial, en calidad de tercero con interés legítimo en las resultas de la acción de tutela interpuesta por la Policía Nacional, manifestó expresamente que coadyuvaba la decisión ejecutoriada emitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y en su defensa solicitó lo siguiente:

1.- Se desestime las pretensiones de la acción de amparo por cuanto carece de elementos fácticos y legales para su prosperidad, porque el Consejo de Estado ha determinado que no es procedente la tutela contra sentencias judiciales.

2.- Se declare que la tutela es temeraria y, por tanto, se proceda a imponer las sanciones contenidas en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991; ello en razón a que se pretende convertir a la acción de tutela en una tercera instancia.

Sostiene que no es cierto que se haya vulnerado el derecho al debido proceso de la Policía Nacional, toda vez que la decisión adoptada por el Tribunal respetó cada una de las etapas del mismo; de otro lado, la valoración del acervo probatorio estuvo acorde con las reglas de la sana crítica; así mismo, contó con la posibilidad de ejercer su defensa en debida forma y

de utilizar los recursos que tenía a su alcance.

Señala que el Tribunal accionado no incurrió en una vía de hecho al interpretar las normas que fundamentaron su decisión. Lo que acontece es que la Policía Nacional pretende imponer su personal criterio hermenéutico desconociendo que las sentencias judiciales se encuentran amparadas por una doble presunción: (i) de legalidad y (ii) de acierto.

Aduce que la presunción de legalidad de los actos administrativos no significa que no puedan ser desvirtuados; por el contrario, ello fue lo que aconteció mediante el acervo probatorio arrimado al proceso por parte del señor Toro Díaz, el cual pudo mutar la decisión de primera instancia. Adicionalmente señala que la Policía Nacional no pudo probar que con el retiro del entonces Coronel se presentó un mejoramiento en el servicio.

Indica que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad reclamado por la institución demandante, por cuanto si bien es cierto que en muchas ocasiones el Consejo de Estado y el Tribunal accionado han denegado el reintegro de oficiales por haber sido retirados por la causal de llamamiento a calificar servicios, cada decisión judicial debe obedecer al estudio minucioso del caso en particular.

Argumenta que tampoco se configura una vía de hecho cuando el Tribunal decidió no ordenar la compensación de los dineros recibidos por la asignación de retiro, toda vez que el Consejo de Estado ha dicho en su jurisprudencia que los dineros recibidos por concepto de reintegro difieren ampliamente de aquellos que el servidor público percibe por la prestación efectiva de un servicio al Estado y, en esa medida, compeler al empleado a devolver los dineros que obtuvo al desempeñar un cargo público diferente al que venía ocupando al momento del retiro, sería obligarlo a quedarse sin trabajo con el fin de que procediera la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho.

Por último, precisa que la única violación al derecho a la igualdad la viene realizando la Policía Nacional al retirar a sus miembros sin motivación ni razonamiento alguno, de manera caprichosa o arbitraria, en un acto típico de desviación del poder con el débil argumento de la discrecionalidad para llamar a calificar servicios.

4. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción la Sala destaca las siguientes:

- Copia de las Resoluciones números 3969 de 2006 y 3091 de 2010, mediante las cuales se faculta al Teniente Coronel Ciro Carvajal Carvajal para actuar en defensa de la Institución -Policía Nacional-.
- Poder conferido al mencionado oficial, para actuar en el trámite de la presente tutela.
- Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 16 de diciembre de 2010.
- Copia de la providencia núm. 25000232500020021281401, radicación interna 1534-2009, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección "B"-, del 19 de agosto de 2010.
- Copia de una sentencia del 8 de febrero de 2010, proveniente del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, donde se resuelve una controversia similar y culminó con la declaratoria de la nulidad de una resolución mediante la cual se había retirado a un policial de la institución.
- Copia de una providencia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, el 28 de abril de 2009.
- Copia de un fallo emitido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, el pasado 20 de abril de 2009 que presenta similitud fáctica con el asunto debatido en la presente acción constitucional.
- Copia de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena el 19 de diciembre de 2008, que resuelve un asunto similar al planteado por el accionante.
- Copia de la providencia proferida el 23 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala.

5. Sentencias objeto de revisión

5.1. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección “B”-, mediante proveído del 26 de mayo de 2011, resolvió negar el amparo solicitado al considerar que el Tribunal de Bolívar, al momento de proferir su fallo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no incurrió en las vías de hecho que se le endilgan, toda vez que dicho cuerpo colegiado tuvo en cuenta todo el acervo probatorio allegado al expediente y justificó debidamente el alcance que le dio al conjunto de las pruebas. De igual manera, precisó que la normatividad estudiada era la aplicable al caso puesto a su consideración.

En consecuencia, señaló que al juez constitucional le está vedado entrar a realizar algún tipo de examen sobre la valoración que el juez natural hace de las pruebas arrimadas a un proceso de su competencia. Concluyó que la presente acción no está llamada a prosperar, en la medida que la cuestión que se debate carece de relevancia constitucional y no se evidencian los supuestos fácticos constitutivos de una vía de hecho.

5.2. Impugnación

Inconforme con el fallo de primera instancia, la Policía Nacional lo impugnó esgrimiendo lo siguiente: i) no se tuvo en cuenta al momento de decidir la tutela que el Tribunal de Bolívar aplicó indebidamente las normas que rigen el retiro del personal de las Fuerzas Militares y de Policía, toda vez que el sustento de su decisión fueron aquellas que regulan el retiro de los oficiales por la causal “voluntad del Gobierno” confundiéndola con la causal “llamamiento a calificar servicios”; ii) la estructura de la Policía está sustentada en forma piramidal, donde los altos cargos son inferiores en número y, por tanto, no todos los oficiales pueden llegar a ser directores generales de la institución. En esta medida, es normal el relevo de altos oficiales con el fin de que otros asciendan a la cúpula de la institución; iii) el Tribunal de Bolívar, además de interpretar erróneamente la normatividad aplicable al caso concreto, desconoció la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado en la materia; iv) los testimonios recogidos en el proceso adolecen de falta de objetividad e imparcialidad por haber sido rendidos por excompañeros del accionante, quienes también fueron retirados del servicio activo por la misma causal y algunos de ellos demandaron también a la institución; v) el Tribunal invirtió la carga de la prueba obligando a la Policía

Nacional a demostrar que con el retiro del oficial se había mejorado efectivamente la prestación del servicio, situación que es contraria a la potestad discrecional que la ley le confiere a los altos mandos; vi) por último, la orden de no descontar suma alguna al oficial reintegrado va en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que desconoció el hecho de que la asignación de retiro se asemeja al salario que percibe un policial cuando presta efectivamente su servicio.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta-, mediante sentencia del 28 de julio de 2011, decidió confirmar el fallo proferido por la Sección Segunda -Subsección "B" de esa misma corporación.

Como fundamento de su sentencia señaló que el caso bajo estudio no presenta relevancia constitucional, por cuanto no se vislumbra una afectación directa del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política. Adicionalmente, precisa que en el eventual caso de que se hubiera desconocido algún derecho fundamental, esta acción por ser un mecanismo residual y excepcional para controvertir sentencias judiciales, tampoco estaría llamada a prosperar por cuanto el Tribunal acusado dio plena cuenta de la valoración que realizó al acervo probatorio, por tanto, concluyó que el retiro del oficial obedeció a la desviación de poder en que incurrió la Policía Nacional.

6. Actuaciones realizadas por la Corte Constitucional.

El día veintinueve (29) de mayo de dos mil doce (2012), la Sala consideró indispensable ordenar la práctica de unas pruebas que permitieran acopiar los elementos suficientes para adoptar la decisión a que hubiere lugar, específicamente con el objeto de establecer las condiciones bajo las cuales se realizó la Junta Asesora del Ministerio de Defensa y los elementos objetivos y subjetivos valorados en la misma, que dieron como resultado el llamamiento a calificar servicios al oficial Toro Díaz. De igual manera se suspendieron los términos para decidir, hasta tanto se valore el material probatorio que se ordenó allegar en el referido auto de pruebas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que conforme a la información consignada en el expediente existe discrepancia sobre el alcance jurídico que debe darse a las causales de retiro de los miembros de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno.

La Sala Quinta de Revisión resolvió ordenar al Ministerio de Defensa allegar al expediente los soportes y anexos que dieron origen al Acta Núm. 10 del 16 de octubre de 2002, expedida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, la que a su vez sustentó la decisión plasmada en el Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002, donde se determinó llamar a calificar servicios al Coronel Toro Díaz.

De igual manera, se ordenó a la referida entidad que en el mismo término se pronunciara respecto a los siguientes puntos, adjuntando la documentación que estimara pertinente:

- ¿Cuáles son los parámetros que se tienen en cuenta para la calificación y posteriores ascensos de los oficiales en la Policía Nacional?
- Si los criterios de valoración y evaluación varían de acuerdo con el rango del oficial que aspira a un determinado ascenso.
- Si para la expedición del acta Núm. 10 del 16 de octubre de 2002, proferida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, donde se recomendó el llamamiento a calificar servicios al Coronel José Javier Toro Díaz, se tuvo en cuenta: i) la hoja de vida del accionante, así como las condecoraciones, felicitaciones, sanciones disciplinarias o de otra índole y los posibles llamados de atención por parte de la institución; ii) la calificación que la institución hace de sus miembros encuadrándolos dentro de los rangos de excepcional, superior o normal.
- Precisar si dentro del estudio realizado en el caso concreto del oficial Toro Díaz se tuvo en cuenta el puntaje que la institución otorga a cada uno de sus miembros.
- Certifique el puntaje obtenido por el oficial Toro Díaz en cada uno de los cinco años previos a su desvinculación, así como el total obtenido en su carrera policial, toda vez que en el Acta Núm. 010 de 2002 no aparece calificación numérica alguna, en relación con el nombre del Oficial Toro Díaz.
- De ser afirmativos los puntos anteriores, informar a esta Corte si dentro de las deliberaciones que realiza la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional se le asigna valor preferencial a dichos elementos objetivos y si tienen algún orden preferencial al momento de decidir qué personal de la institución será llamado a ascenso o

a calificar servicios.

Así mismo, se decidió suspender los términos para fallar hasta tanto fueran allegadas y valoradas las pruebas requeridas.

6.1. En respuesta a lo ordenado en el auto de la referencia, el Ministerio de Defensa, Policía Nacional -Dirección de Talento Humano-, manifestó lo siguiente:

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional del señor Coronel José Javier Toro Díaz, se dio por la causal “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS” y se materializó mediante Decreto Reglamentario Núm. 2414 del 25 de octubre de 2002, proferido por el señor Presidente de la República de conformidad con lo establecido en los artículos 55, numeral 2 y 57 del Decreto Ley 1791 de 2000[2].

En esa medida, consideró que la normatividad vigente establece como causal de retiro el llamamiento a calificar servicios, siendo esta una facultad legalmente otorgada al Gobierno Nacional o al Director General de la Policía, la cual sólo puede ser aplicada cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicios necesario para acceder a la asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, constituyéndose en una facultad legítima que permite la renovación del personal de la institución.

Precisó que el llamamiento a calificar servicios no puede ser ejercido con una finalidad diferente, ni puede ser entendido como una sanción encubierta para soslayar algún derecho de los uniformados de la Policía Nacional ya que, por el contrario, con la aplicación de esta causal se garantiza el derecho a que se reconozca asignación de retiro como un equivalente en el derecho privado a la pensión de jubilación.

Señaló que siempre que el Gobierno Nacional o la dirección de la institución ejercen esta facultad discrecional se cumple con los presupuestos consagrados en la norma para la aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios.

Adicionalmente, indicó que se parte de la premisa que todos los oficiales que ingresan a la institución aspiran a ser directores generales de la misma, pero como sólo uno puede alcanzar dicho honor se hace indispensable el llamamiento a calificar servicios de manera discrecional, dando por terminada la obligación que todo policial activo tiene para con la

institución, pasando a gozar de su asignación de retiro como retribución económica a los esfuerzos y servicios prestados mientras estuvo en actividad.

En concordancia con lo anterior, manifestó que la planta de personal de la Policía Nacional es fijada por el Gobierno atendiendo a las necesidades de la institución[3] y, en esa medida, se hace necesaria la renovación como instrumento de relevo dentro de la línea jerárquica, conforme a los cargos que se determinen en cada grado, donde se debe dar por terminado el desempeño de unos para permitir el ascenso de otros.

Como ejemplo de la organización piramidal de la Policía Nacional expuso lo dispuesto en el Decreto 1050 del 30 de marzo de 2009, donde se estableció la planta de uniformados de la institución respecto a los oficiales superiores de la siguiente manera:

OFICIALES:

GENERAL	1.
Mayor General	2
Brigadier General	21
Coroneles	122
Tenientes Coroneles	435
Mayor	1087

De esta manera, indica que el llamamiento a calificar servicios debe entenderse en el sentido de ser una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la institución.

Por último, precisa que para que proceda el llamamiento a calificar servicios se deben dar dos requisitos sine qua non: i) que el oficial a retirar haya cumplido con el tiempo mínimo establecido en la normatividad vigente para hacerse merecedor a la asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional; y ii) que exista el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional. Estos dos requisitos se convierten en una limitante para el Gobierno y para el Director de la institución

y se erigen como una garantía a favor de los uniformados de que los mismos no sean llamados a calificar servicios antes de causar su asignación de retiro.

6.2. Respecto a la pregunta puntual de cuáles son los parámetros que se tienen en cuenta para las calificaciones y posteriores ascensos de los oficiales en la Policía Nacional, y si los criterios de valoración y evaluación varían de acuerdo al rango del oficial que aspira a un determinado ascenso; la Dirección de Talento Humano de la institución señaló que los mismos están consagradas en el Decreto Ley 1791 de 2000, artículos 20 a 29[4], dentro de las cuales se encuentra el tiempo mínimo de servicio que los oficiales aspirantes al ascenso deben cumplir, sin que este por sí solo lo permita, ya que además se deben tener en cuenta otros elementos regulados en la normatividad precitada y los cuales se deben acreditar concomitantemente.

En conclusión, precisa que el ascenso de los oficiales no solo depende del simple transcurso del tiempo, sino que además se hacen necesarias otras circunstancias que rigen la carrera policial, en especial cumplir con cada uno de los parámetros señalados en el artículo 21 del decreto 1791 de 2000, incluyendo la decisión discrecional y favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

La Policía Nacional instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que dicha entidad judicial vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia, al proferir el fallo del 16 de diciembre de 2010, mediante el cual declaró la nulidad del Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002, que había ordenado desvincular del servicio activo al Coronel José Javier Toro Díaz por la causal de “llamamiento a calificar servicios”, para en su lugar ordenar su reintegro.

Aduce la institución que con lo resuelto por el Tribunal se incurrió en una aplicación errónea de las normas que gobiernan la cesación de la actividad de los oficiales de la Policía Nacional, confundiendo aquella que rige el “retiro por llamamiento a calificar servicios” con la que regula el “retiro por voluntad del gobierno”; siendo que estos dos tipos normativos tienen connotaciones jurídicas diferentes.

Señala que con respecto a los salarios que deben pagarse al oficial desde su desvinculación y con motivo de su reintegro, el Tribunal accionado ordenó que no se realizara ningún tipo de descuento de los dineros percibidos a través de su asignación de retiro, ignorando que cuando un efectivo de la policía es relevado de su obligación de prestar el servicio activo, los dineros que le son entregados a través de la Caja de Sueldos de Retiro tienen la calidad de remuneración y, en esa medida, al obligar a la institución a no descontar las asignaciones pagadas la hacen incurrir en una doble erogación que tendría su origen en una misma causa, situación que está en contravía de lo establecido en el artículo 128 superior.

Adicionalmente, la Policía Nacional considera que las decisiones recurridas en tutela constituyen serios defectos fácticos, que habilitan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto fueron aceptados los testimonios presuntamente parcializados de algunos excompañeros del oficial retirado, que también pertenecieron y demandaron a la Institución, incurriendo en una indebida valoración, llegando incluso a invertir la carga de la prueba.

Con base en lo anterior corresponde a esta Sala dilucidar si los derechos fundamentales cuya protección se pretende, fueron realmente vulnerados por el Tribunal de Bolívar, en el sentido de aplicar indebidamente las normas que rigen el retiro de los policiales y por desconocer el precedente jurisprudencial fijado tanto por el Consejo de Estado como por esta corporación, en cuanto a la discrecionalidad que le asiste a la Policía Nacional para retirar a sus oficiales por la causal de llamamiento a calificar servicios. De igual manera, se debe establecer si el fallo proferido por el Tribunal accionado, adolece de los defectos fácticos y sustantivos endilgados, en lo que concierne a la declaración de la desviación de poder, en la cual incurrió presuntamente la Policía nacional.

Estima la Sala que se debe analizar: i) la legitimación por activa de la Policía Nacional para

interponer la presente tutela; ii) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; iii) diferencias entre las figuras retiro por voluntad del Gobierno y retiro por llamamiento a calificar servicios; iv) evolución y alcance de la discrecionalidad conferida al Gobierno y al Director General de la Policía Nacional para llamar a calificar servicios a los miembros de la Fuerza Pública; v) el régimen de ascenso dentro de la Policía Nacional; y vi) finalmente, se examinará el caso concreto.

3. La legitimación por activa de la Policía Nacional para incoar la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política señala que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”.

Es de anotar que respecto al término persona, el texto transcrito no realiza excepción alguna que permita excluir de los sujetos activos que pueden interponer una acción de amparo a las jurídicas, toda vez que estas también son titulares de derechos fundamentales, aunque en un número más limitado que el que les asiste a las personas naturales y que en últimas son la razón de ser del Estado social de derecho.

De esta manera, si bien es cierto la acción de tutela es interpuesta principalmente por personas naturales, también puede ser incoada por entidades jurídicas en la medida en que a estas les asisten derechos considerados fundamentales. Luego, en la medida en que ellos sean vulnerados por la acción u omisión de alguna autoridad pública, pueden las entidades jurídicas recurrir a la figura de la acción de amparo.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante es un ente jurídico de derecho público “Policía Nacional”, es preciso dilucidar la posibilidad que le asiste para solicitar mediante acciones constitucionales, como la presente, la protección de sus derechos fundamentales en los términos del artículo 86 de la Constitución.

Esta corporación ha señalado que no todos los derechos fundamentales enunciados en la Carta Política o que se derivan de los mismos y que son predicables de la persona humana,

pueden ser aplicados a las personas jurídicas; sin embargo, en razón a la función específica que cumplen en la sociedad, aunado al contenido de algunos derechos constitucionales, se hace imperioso que se les garanticen por el sistema jurídico derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros[5].

No obstante, dicho reconocimiento no sería efectivo si además de las garantías constitucionales anotadas, no se permitiera protegerlas a través de los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos, sino también de los medios judiciales creados para su protección como la acción de tutela, ello con el fin de que puedan obtener su efectividad, cuando estos les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular[6].

Lo anterior fue objeto de pronunciamiento desde los orígenes de esta corte, cuando se abordó la posibilidad que tienen las personas jurídicas de ser sujeto activo en la acción de tutela y se definió la titularidad de las mismas en referencia a ciertos derechos fundamentales. En la sentencia T-201 de 1993, la Corte señaló:

“En efecto, el precepto superior no distingue y, por el contrario, los fines que él persigue quedarían frustrados o, cuando menos, realizados de modo incompleto si el alcance de la protección se restringiese por razón del sujeto que lo invoca, dejando inermes y desamparadas a las personas jurídicas. Estas también son titulares de derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional y no existe razón alguna para impedirles que se acojan al mecanismo preferente y sumario diseñado por el Constituyente para lograr su efectividad.”[7]

Esta tesis también fue desarrollada en el artículo 10° del Decreto ley 2591 de 1991 al establecer:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante...”.

En consonancia con lo anterior, en sentencia T-201 de 2010 esta Corte precisó:

“La Constitución Política de 1991 en el Título II, Capítulo I, expresamente se refiere a los derechos fundamentales, concepto en sentir de esta Corporación, amplio en cuanto a su contenido pues ellos no sólo van referidos a la especie humana sino que en algunos casos van más allá del ser, del individuo, de la persona natural y se hacen extensivos a las personas jurídicas que como se vio, en Colombia tienen capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones. Habrá entonces de examinarse el derecho fundamental de que se trate para establecer si en el caso concreto, puede ser objeto de violación en cuanto hace a las personas jurídicas.”

En el caso sub-examine, la Policía Nacional dentro del ejercicio de sus prerrogativas promueve la presente acción de tutela con el fin de que se le garanticen los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, los cuales, presuntamente fueron lesionados por la decisión judicial que se tomó por el Tribunal de Bolívar, al resolver una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por un oficial que fue retirado del servicio activo de la institución, por la causal “llamamiento a calificar servicios”.

Concluyendo, se hace imperioso reafirmar que al igual que las personas naturales, las jurídicas están habilitadas para ejercer derechos y contraer obligaciones, pueden por tanto, actuar dentro de un proceso como partes y por ello se les debe respetar el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, previstos en los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política. Por tanto, esta Sala reitera la jurisprudencia mencionada[8] y concluye que las personas jurídicas, incluyendo a la Policía Nacional están legitimadas de hacer uso de la acción de tutela y solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Desde los primeros pronunciamientos de este tribunal constitucional[9] se ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales. Ello tiene fundamento en el artículo 86 superior, el cual establece que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales

cuando resulten amenazados o vulnerados por “cualquier autoridad pública”, comprendiendo dentro de dicho concepto a “todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”[10].

Sobre el particular, en lo atinente a la vulneración de derechos fundamentales por parte de las personas e instituciones encargadas de administrar justicia, la sentencia C-543 de 1992, al declarar la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, que contemplaban la procedencia genérica de la acción de tutela contra providencias judiciales, precisó que los jueces son “autoridades públicas”, y como tal pueden con sus actuaciones o con sus omisiones vulnerar garantías constitucionales. Al respecto señaló:

“Nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.

Se desprende de lo anterior que la citada sentencia terminó excluyendo del ordenamiento jurídico colombiano la normatividad que viabilizaba la acción de tutela contra providencias judiciales como regla general, permitiendo su procedencia sólo de manera excepcional, tal como hasta hoy lo ha venido señalado esta corporación.

En consonancia con lo anterior, la tutela solamente resulta viable contra providencias judiciales si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, algunos de carácter general que habilitan el ejercicio de la acción, y otros de carácter específico, que conciernen a la conveniencia del amparo. Tales eventos comprenden la superación del concepto de “vía de hecho” para en su lugar admitir el de “específicos supuestos de procedencia”, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Constitución, sí

existen decisiones ilegítimas que afectan los derechos fundamentales.

Así lo sostuvo recientemente esta Corte en la sentencia de unificación SU-195 de 2012, al reiterar el contenido de la C-590 de 2005, la cual determina los requisitos generales y específicos que deben cumplirse con el fin de que el juez constitucional aborde excepcionalmente la acción de tutela contra providencias judiciales:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[11]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[12]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[13]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[14]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[15]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[16]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Con respecto a la existencia de requisitos o causales especiales que viabilizan la procedencia de una tutela contra una sentencia judicial, esta corte ha señalado que se requiere la configuración de al menos, uno de los siguientes vicios:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la

aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[17] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[18].

h. Violación directa de la Constitución.”

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En cuanto a los defectos sustanciales y fácticos, tópicos que interesan al asunto bajo estudio, por cuanto son los vicios que se le endilgan a la sentencia recurrida, la SU-195 de 2012 expuso lo siguiente:

Defecto sustancial. En un amplio desarrollo por esta Corporación, se ha explicado que el defecto sustancial o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”[19]. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos

supuestos que pueden configurar este defecto conforme a las situaciones fácticas que se exponen[20]:

(i) Cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, ya que (i) no es pertinente[21], (ii) ha perdido su vigencia por haber sido derogada[22], (iii) es inexistente[23], (iv) ha sido declarada contraria a la Constitución[24], (v) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no resulta adecuada su aplicación a la situación fáctica objeto de estudio, así ocurre por ejemplo cuando se le reconocen efectos distintos a los señalados por el legislador[25].

(ii) Cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[26] o el operador judicial hace una aplicación inaceptable de la norma al interpretarla de forma contraevidente -interpretación contra legem- o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes[27] o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial[28].

(iii) Cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes[29].

(iv) Cuando la disposición aplicada se muestra injustificadamente regresiva[30] o contraria a la Constitución[31].

(v) Cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición[32].

(vi) Cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso[33].

(vii) Cuando el operador judicial con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación afecta derechos fundamentales[34].

(viii) Cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación que hubiere permitido una decisión diferente de acogerse la jurisprudencia[35].

(ix) Cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso[36].

Defecto fáctico. Ha señalado esta Corporación que tiene lugar siempre que resulte evidente que el apoyo probatorio en que se fundamentó el juez para resolver un caso es absolutamente inadecuado[37]. Para este Tribunal “Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica [...]’[38], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos[39], no simplemente supuestos por el juez, racionales[40], es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos[41], esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”[42].

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presenta un defecto fáctico:

“La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[43]. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución[44]. Por eso, en lo que respecta a la dimensión omisiva, ‘no se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba’[45] que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración[46], cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[47].

En lo relativo a la dimensión positiva, el defecto fáctico se presenta generalmente cuando aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.).”[48]

De este modo, la Corte ha sentado que sólo es viable fundar una acción de tutela contra decisiones judiciales por defecto fáctico cuando se observa que de manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez respectivo. Entonces, el error

en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, en la medida que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”[49]. Entre las manifestaciones del defecto fáctico, esta Corte ha identificado[50]:

1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas. Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido[51].

2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio. Se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente[52].

3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio. Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva[53].”

En conclusión, bajo los términos referidos y una vez verificados los supuestos señalados, le es dable al juez de tutela entrar a verificar excepcionalmente, si con la decisión tomada en alguna de las respectivas jurisdicciones, se vulneraron derechos fundamentales. De ser ello así, está autorizado el sentenciador constitucional para pronunciarse de fondo respecto del asunto puesto a su consideración. Ello con el fin de que la nueva providencia adecue el asunto a los postulados superiores, subsanando las presuntas vulneraciones que se le hayan ocasionado a las garantías ius fundamentales.

5. Diferencias entre las acepciones “Retiro por voluntad del Gobierno” y “Llamamiento a calificar Servicios”.

Siendo uno de los objetivos de la presente providencia dilucidar una presunta interpretación errónea de las normas que rigen la terminación del servicio activo por parte de los miembros de la Fuerza Pública, se hace necesario establecer las consecuencias jurídicas que se suscitan cuando un miembro activo es desvinculado bajo la fórmula literal del retiro “por voluntad del gobierno” o por “llamamiento a calificar servicios”[54].

Según lo expuesto en la sentencia C-072 de 1996, y en lo reglado en el decreto 1791 de 2000, se puede establecer que la cesación en el servicio por “Voluntad del Gobierno” comprende al menos los siguientes tópicos:

ii) Dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo.

iii) El retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado.

iv) Esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general.

v) El oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.

Por su parte, cuando un efectivo es retirado de la institución por la causal “llamamiento a calificar servicios”, de lo señalado en la providencia C-072 de 1996, junto con lo preceptuado en el Decreto 1791 (artículos 55 numeral 2° y 57) su situación jurídica se enmarca dentro de los siguientes postulados:

i) La Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que

conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del policial y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución.

ii) Esta facultad solo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

iii) La cesación del servicio por esta causa se considera como una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad.

iv) El retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva.

v) Existe la posibilidad de que el uniformado así retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado de policía en el extranjero.

vi) Por último, es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos.

Como puede apreciarse, existen grandes diferencias en las consecuencias jurídicas que se presentan cuando el retiro de un miembro de la Fuerza Pública obedece al llamamiento a calificar servicios y las que proceden en virtud del retiro por voluntad del gobierno, especialmente en lo relativo al vínculo del oficial o suboficial con la institución, por cuanto de ello depende la continuidad en el disfrute del régimen prestacional especial creado para beneficiar a este grupo de servidores públicos.

De igual manera, puede apreciarse que en el primer evento, existe una situación fáctica que justifica en alguna forma el retiro, consistente en una falta disciplinaria grave, en el incumplimiento del deber o en otra causal objetiva que obligue a la desvinculación del policía. No ocurre lo mismo en el segundo evento, donde lo que se pretende es la

renovación generacional de la estructura de mando de la Institución.

6. Evolución y alcance de la facultad discrecional conferida al Gobierno Nacional y al Director General de la Policía para llamar a calificar servicios a los miembros de la Fuerza Pública y la incidencia de la doctrina del derecho viviente.

6.1. En 1910[55] el constituyente primario quiso confirmar lo que en el ordenamiento jurídico nacional se ha denominado la supremacía de la Constitución Política (art. 4 C.P.). De esta manera, surgió como consecuencia directa que aquellas normas sobre las cuales se hiciera necesario realizar un análisis respecto al alcance de su aplicación, especialmente en el campo de los derechos fundamentales, debían pasar antes que todo bajo el prisma del estatuto superior. Este fenómeno es al que la doctrina y la jurisprudencia han venido a llamar la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es así como en la sentencia T-327 de 2004 la Corte enfatizó:

Dicho parámetro jurídico no debe ser ajeno a las normas que gobiernan el derecho administrativo, toda vez que por medio de su normatividad, también se pueden vulnerar prerrogativas constitucionales y, desde este punto de vista, se debe estudiar la protección que los derechos fundamentales reciben en dicha jurisdicción, concretamente en lo relacionado con los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro o niegan los ascensos a los miembros de la Fuerza Pública. En este aspecto se vuelve imperioso establecer si las posturas de los jueces administrativos garantizan el derecho al debido proceso o si por el contrario permiten que el principio de legalidad esté por encima de la supremacía constitucional.

6.2. Se tiene, entonces, que cuando la carta magna pregonara en su artículo 1° que Colombia es un Estado social de derecho y el artículo 4° prescribe la supremacía de la misma, necesariamente la teoría clásica legalista de los actos discrecionales, debe ser considerada bajo una óptica diferente, la cual exige que todas las entidades públicas deben garantizar el respeto por el derecho fundamental al debido proceso -en sus tópicos de derecho de defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación-, cuando de la expedición y aplicación de actos administrativos discrecionales se trata.

No obstante, aún hoy, después de más de veinte años de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la interpretación dominante en la jurisprudencia contencioso

administrativa en relación con los actos discrecionales que se profieren con el fin de retirar al personal de la Fuerza Pública, es que los mismos, por ser una atribución legal no deben ser motivados, toda vez que están sustentados en la presunción del mejoramiento del servicio que consagra la misma ley[56] y, por ende, en aras de proteger el principio de legalidad, corresponde al afectado demostrar la desviación de poder.

6.2.1. Con respecto al alcance de la discrecionalidad de que gozan el Gobierno y el Director General de la Policía para desvincular a sus hombres y mujeres de las filas, tanto a través de sentencias de control abstracto que ejerce en los asuntos de inconstitucionalidad, como al resolver las solicitudes de tutela interpuestas por ex miembros de las fuerzas armadas que buscan la garantía del debido proceso en sus asuntos, esta Corporación en la sentencia T-267 de 2012, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

“En virtud de las facultades discrecionales el legislador autoriza a ciertos órganos del Estado para que puedan adoptar decisiones con un mayor grado de libertad, en razón a las particularidades de la función que se ejecuta. Así esta Corporación “ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el [objeto] de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas”. De esta manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley [o la Constitución]) de adoptar una u otra decisión. Esta consideración ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional al distinguir entre discrecionalidad absoluta, ajena a los postulados de un Estado de derecho, y relativa, propia de aquél.”

Y añadió sobre la discrecionalidad relativa:

“La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de

escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.[57]

Esta limitación a la discrecionalidad absoluta quedó expresamente consagrada en el artículo 36 del CCA[58] , contenido que fue reproducido íntegramente en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, al establecer que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. De esta manera, pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional:

i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6,[59] 121[60], 122[61] y 123[62] de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene “por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. En el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo”[63]. Por esta razón, para que una entidad pública pueda apartarse de los postulados generales y flexibilizar su actuación mediante el ejercicio de facultades discrecionales, debe como mínimo estar soportado en una norma legal o constitucional que la faculte expresamente.

ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que “la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”[64]. Es claro entonces que “el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad.

Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del 'abuso del derecho', y la 'desviación de poder'[65]. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado"[66]. Sin perjuicio de los objetivos de toda ley, de manera genérica la Constitución consagra como fines de la actuación administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2); y ii) el interés general (art. 209). Así, para comprobar si una actuación cumple con este requisito, se deberá verificar tanto el cumplimiento de los objetivos genéricos como los específicos de la norma.

iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se comparezca con los supuestos fácticos que la originan: "El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa".[67]

La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera "se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De

esta forma a la administración le corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.”[68]

Ahora bien, la exigencia de motivación no se limita a un requisito meramente formal carente de todo contenido. La atenuación en el deber de motivación al ejercer facultades discrecionales no implica que se pueda acudir a expresiones abstractas como “por razones del servicio” o “por necesidades de la fuerza”. Este tipo de afirmaciones genéricas no le permiten al administrado conocer si la medida se ajusta a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, ni establecer si aquella es proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Para la Corte es claro que la calidad del servicio es el fin que justifica la existencia de toda función de la administración. Sin embargo, cuando las autoridades adopten una decisión que fundamentan en el “mejoramiento del servicio”, el requisito de exponer los motivos que sustentan la medida no se agota con la simple enunciación formal. Si bien la atenuación del deber de motivación permite una mayor flexibilidad en la actuación, en caso de afirmarse que con la decisión se está favoreciendo el servicio, deberá al menos justificarse en qué están dadas tales razones. En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez competente evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así comprobar si se presentó una afectación de los derechos fundamentales.

6.2.2. En cuanto a la institución de la desviación de poder, esta Corte en la sentencia C-456 de 1998, señaló que ésta desde el punto de vista del derecho, comporta el ejercicio de una competencia legal o constitucionalmente otorgada a un órgano estatal, el cual al ser desarrollado mediante la función administrativa, es utilizado con un propósito diferente a la satisfacción de los fines públicos que le fueron encomendados. En consecuencia “el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría[69], no sólo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que la “abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”.

En síntesis el control material del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa debe comprender no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), y la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), todo ello desde la perspectiva de la Carta Política.

6.2.3. En cuanto a la posición de la Corte sobre la discrecionalidad, cabe advertir que la jurisprudencia ha evolucionado y, por tanto, ha dotado a la discrecionalidad en la expedición de los actos administrativos, con características especiales dependiendo del momento histórico en el cual se han realizado dichos pronunciamientos, toda vez que las reglas de la doctrina del derecho viviente y los avances en el campo legal administrativo han obligado a que las decisiones tomadas bajo singulares circunstancias, fueran revisadas cuando las condiciones jurídicas, de orden público o sociológicas, sufrieron algún cambio o una vez se ha constatado que las instituciones de la Fuerza Pública han sido fortalecidas, adaptando los nuevos fallos conforme a las situaciones actuales.

Esta corporación en cumplimiento del artículo 4° superior, que pregon a la supremacía de la Constitución, cuando ha encontrado que un precepto legal ofrece distintas alternativas de aplicación y alguna de ellas es cuestionada por contrariar la Carta Política, ha entrado a delimitar el marco de posibilidades razonables de interpretación sobre la norma, para así realizar adecuadamente un juicio de constitucionalidad de la misma[71].

Lo anterior sucede cuando por ejemplo surgen dos interpretaciones diferentes respecto a la facultad discrecional que le asiste al Gobierno y a la Policía Nacional para desvincular a sus efectivos de las filas. De una parte, tanto el Gobierno como la institución policial, defienden la tesis que con base en dicha facultad legal que les ha sido otorgada por el legislador ordinario o extraordinario, pueden llamar a calificar servicios a sus oficiales sin que exista necesidad de motivar el acto administrativo. Por tanto, dicha prerrogativa se considera

absoluta. Por otro lado están quienes son objeto del retiro y aducen que la resolución o el decreto que los desvincula del servicio activo, debe dejar sentado el motivo por el cual fueron retirados de la institución, así como por qué se considera que se mejora el servicio que presta la Policía Nacional con su salida.

En lo referente a la interpretación que realiza el Gobierno y la Policía Nacional respecto a la discrecionalidad absoluta, tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la constitucional, han fijado su postura. La primera ha precisado en su jurisprudencia, que los actos discrecionales que expide el Ejecutivo desvinculando a los oficiales de la institución encuentran sustento en normas legales y, por ende, no deben ser motivados. Sin embargo, cuando en la expedición de dichos actos, los jueces administrativos encuentran que existen conductas que desbordan el fin de la facultad concedida por la Constitución o la ley, éstos se han visto compelidos a declarar la nulidad de los mismos, declarando la desviación de poder.

De otra parte, la jurisprudencia de este tribunal constitucional[72], ha sostenido que el retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública debe obedecer a razones objetivas y precisas, dado que de permitirse la salida de los mismos de manera simplemente discrecional y sin motivación alguna, equivaldría a avalar la arbitrariedad introduciendo en el mundo jurídico un elemento netamente subjetivo que permitiría la aplicación caprichosa de dicha facultad gubernamental.

6.2.4. Teniendo en cuenta que dos máximos tribunales, en sus respectivas jurisdicciones (contencioso administrativa y constitucional) han plasmado dos formas de controlar una misma facultad conferida al Gobierno, en lo que respecta a la aplicación de un mismo asunto, surge inexorablemente la necesidad de que el juez de tutela entre a valorar cual de las dos posturas se ajusta más al estatuto superior.

Esta corporación en la sentencia C-1294 de 2001 señaló:

“Ahora bien, tal y como lo ha precisado la Corte al referirse a la doctrina del llamado “derecho viviente”[73], cuando un texto legal sea objeto de diversas interpretaciones, y alguna de ellas resulte cuestionada por su aparente oposición a los mandatos constitucionales, para los efectos de establecer su verdadera concepción jurídica y su sentido racional y lógico -a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales-,

debe tenerse en cuenta la interpretación que de la misma hayan hecho la jurisprudencia y la doctrina especializada. Según este Tribunal, en la medida en que la referida interpretación jurisprudencial y doctrinal configure “una “orientación dominante bien establecida”[74], surge para el juez constitucional el deber jurídico de asumirla como criterio válido de la regla de derecho que se extrae del texto legal cuestionado, a menos que la misma resulte arbitraria e irrazonable y del todo incompatible con la Carta Política[75]”.

Quiere decir lo anterior, que es obligación de los operadores jurídicos aplicar un precepto legal, que un momento dado de la historia propone varias interpretaciones, de manera que se desentrañe el sentido que aparezca más acorde con la realidad social actual, toda vez que los motivos que dieron origen al mismo, pudieron haber mutado con el paso del tiempo, y en esa medida, si bien la norma sigue estando vigente, su aplicación exegética o literal puede resultar contraria a los postulados constitucionales.

Por ello, si bien el Consejo de Estado en sus diferentes Secciones ha venido sosteniendo de manera reiterada y pacífica que no es necesario motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se considera que esta tesis vulnera abiertamente derechos fundamentales contenidos en la Carta Política, tales como el derecho a la igualdad, al debido proceso, al acceso real y efectivo a la administración de justicia y, en consecuencia, sus postulados son contrarios al estatuto superior, situación que obliga a que esta Sala no comparta la posición de la jurisdicción contencioso administrativa y, en su lugar, reitere como lo ha venido haciendo esta corporación, la necesidad de motivar los actos administrativos con el fin de que los mismos puedan ser controvertidos ante el juez natural, asegurando de antemano que el oficial desvinculado de la Policía Nacional no quede inerte ante la administración.

Lo anterior está acorde con lo dispuesto en la sentencia antes citada:

“Reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del juicio, ya que le permite a éste establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando

conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política.”

Teniendo claro que para efectos de fijar la concordancia de los contenidos normativos con la totalidad del ordenamiento superior, resulta relevante tener en cuenta tanto el medio social y político que justificaron el nacimiento o surgimiento de la norma al mundo jurídico, como el contexto real dentro del cual viene siendo aplicada e interpretada; se hace imperioso estudiar los diferentes escenarios en que esta Corte se ha pronunciado con respecto al asunto de los actos administrativos discrecionales, observar sus diferentes matices, para determinar que ha evolucionado en una mayor o menor intensidad de protección del derecho al debido proceso, cuando del retiro de miembros de las fuerzas armadas se trata.

A continuación se expondrán brevemente algunos de los pronunciamientos más relevantes que esta corte ha hecho con respecto a la discrecionalidad en el retiro del personal de la Fuerza Pública, tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, atendiendo específicamente a las diversas normas que han regulado la materia.

6.3. Se avaló la discrecionalidad por motivos de conveniencia y en aras de garantizar el interés superior de la comunidad.

6.3.1 En un inicio, mediante la Sentencia C-175 de 1993, la Corte tuvo la posibilidad de analizar la constitucionalidad del artículo 4° del Decreto Ley 2010 de 1992, el cual le atribuía la potestad al Director General de la Policía de retirar a los agentes de dicha institución sin importar el tiempo de servicio que llevaran y con el solo visto bueno del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos.

Dicha norma refería lo siguiente:

Decreto 2010. Artículo 4o. “Por razones del servicio” determinadas por la Inspección General de la Policía Nacional, el Director General podrá disponer el retiro de Agentes de esa Institución con cualquier tiempo de servicio, con el sólo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 47 del Decreto Ley 1212 de 1990.

Al interponerse la demanda de inconstitucionalidad en contra de la citada norma, se adujeron en aquella oportunidad como cargos: “la violación del artículo 1o. de la Constitución por establecer “una facultad o poder administrativo ilimitado, discrecional, que puede dar lugar a excesos o arbitrariedades olvidando que los poderes ilimitados y omnímodos desprovistos de cualquier control objetivo no se acomodan a un Estado de derecho”. De igual manera, se acusó de violentar los artículos 25 y 29 del Estatuto Superior, por cuanto la medida adoptada por la norma atentaba contra la estabilidad laboral de los agentes uniformados y no les permitía acceder a un juicio justo donde se pudieran rendir los respectivos descargos y conocer el motivo de su retiro.

Dicha norma fue declarada exequible bajo el entendido de que ese mecanismo era necesario con el fin de dotar a la Dirección General de la Policía de un instrumento que le permitiera calificar y evaluar los servicios de sus agentes de manera racional y efectiva; ello con el fin de sanear a la institución y de recuperar la credibilidad de la ciudadanía. En aquella ocasión se dijo:

“Ante hechos tan graves de corrupción que en gran parte inciden en el estado de zozobra, intranquilidad e inseguridad ciudadana, el Gobierno Nacional faculta al Director General de la Policía Nacional para retirar de la Institución a aquellos agentes que “por razones del servicio”, determinadas por la Inspección General de la misma entidad, no merecen continuar laborando en dicho cuerpo armado, sin necesidad de cumplir requisito distinto a escuchar el concepto previo del Comité de evaluación de oficiales subalternos a que alude el artículo 47 del decreto 1212 de 1990, mecanismo que para la Corte Constitucional era necesario implantar ante la ausencia de un precepto legal que permitiera a la Dirección General de la Policía Nacional realizar en forma periódica una calificación de servicios y una evaluación racional y efectiva de los agentes de la institución y dado el fenómeno de corrupción que infortunadamente la aqueja; por tanto era urgente e indispensable dotar a la Policía Nacional de un medio idóneo para proceder a su saneamiento con el fin de asegurar el desempeño eficaz de la función pública que le ha sido asignada y en esta forma recobrar la credibilidad y confianza de la ciudadanía.” (El énfasis es nuestro).

De igual manera, en la providencia en mención se precisó que la facultad de retiro de los agentes de la policía por parte del Director General por razones del servicio, no podía considerarse omnímoda, ni su discrecionalidad absoluta, por cuanto la misma podría

terminar en una arbitrariedad. De tal manera que como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y que en este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional, tales razones de retiro no pueden ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio irregular.

Así mismo se señaló que si de lo que se trata es de excluir de la institución a un agente por presuntas faltas a la disciplina, es preciso escucharlo en descargos antes de proceder, para dar cumplimiento al debido proceso en los términos del artículo 29 de la Carta Política.

6.3.2 Posteriormente, en la sentencia C-525 de 1995 este tribunal constitucional tuvo la oportunidad de conocer la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 del Decreto-Ley 573 de 1995, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional”, y contra el artículo 11 del Decreto Ley 574 del mismo año, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional”.

Aquellas disposiciones señalaban lo siguiente:

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

Decreto 574 de 1995

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

Señaló el demandante de aquella época que las disposiciones acusadas eran violatorias de los artículos 2o., 6o., 12, 13, 15, 21, 29, 52 y 125 de la Constitución Política. Ello por cuanto, las normas acusadas vulneran el derecho a la honra, el honor, la dignidad y el buen nombre del personal que es retirado por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Dijo que aquellas personas que se les aplican las normas acusadas jamás recobran lo que se ha denominado “honor policial”, toda vez que quedan “estigmatizados” ante sus compañeros, superiores y subalternos.

Así mismo, afirmó que las normas acusadas violentaban el principio de igualdad, toda vez que las referidas normas se convierten en “un mecanismo que utilizan los señores Generales para desvincular en la mayoría de las veces a oficiales, suboficiales y agentes que no son de su agrado, empleando la fórmula de ‘VERDAD SABIDA Y BUENA FE GUARDADA’ o ‘CONVICCIÓN MORAL’, con lo cual tocan la esfera del derecho a la igualdad del personal retirado con este mecanismo”, que es propio de sistemas monárquicos y dictatoriales, resultan contrarios a los postulados generales de un Estado social de derecho.

Esta Corte resolvió declarar la exequibilidad de las normas demandadas teniendo como fundamento dos aspectos: i) de un lado, hizo énfasis en la labor que desempeñan los comités creados por los artículos 50 y 52 del Decreto Ley 041 de 1994, los cuales tienen a su cargo el examen exhaustivo de las razones que inducen a la separación de oficiales, suboficiales, o agentes, según el caso[76]. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del “grupo anticorrupción” que opera en la Policía Nacional. Hecho este examen el respectivo Comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité especial creado legalmente para el efecto. ii) De otra parte, señaló que para apreciar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, era preciso tener en consideración en primer término, “la situación crítica por la que venía atravesando la Policía Nacional, debido a los problemas de corrupción interna y de ineficiencia por parte de sus miembros, a todos los niveles, desde el grado de oficial hasta agentes, incluyendo personal civil al servicio de la misma”. Esta situación generó en su momento un justificado sentimiento de desconfianza y de falta de credibilidad en ese

cuerpo por parte de la ciudadanía y, en consecuencia, se consideró que a la sociedad civil le asiste el derecho de que la institución encargada de su defensa y protección sea depurada para que pueda cumplir a cabalidad con su cometido constitucional.

De igual manera, indicó la Corte “que es de interés general, el que la Policía Nacional cumpla a cabalidad la altísima misión a ella encomendada y que en su seno no tengan cabida elementos cuya condición moral o cuyas aptitudes para el desempeño de esa labor no sean los más idóneos.”

De esta manera concluyó el tribunal constitucional:

“Las medidas adoptadas a través del artículo 12 del Decreto 573 de 1995 acusado tienen por finalidad -ello es claro- facilitar la urgente y necesaria depuración al interior de la Policía Nacional, muchos de cuyos efectivos han venido incurriendo en los últimos tiempos - como es bien conocido de la ciudadanía, que lo ha padecido- en una serie de graves anomalías que van desde la ostensible ineficiencia en el cumplimiento de elementales deberes de protección al ciudadano, hasta la comisión de graves delitos de diversa índole. Puede afirmarse, y ello ha sido reconocido por el gobierno y las propias autoridades de policía, que esta institución, como se ha señalado, ha venido atravesando una situación crítica de corrupción e ineficiencia que es necesario afrontar a través de mecanismos flexibles y eficaces que busquen erradicar con la mayor prontitud tales vicios. La más lógica y obvia de estas medidas es la que faculta a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los supremos intereses del Estado y de la sociedad”.

6.3.3. Posteriormente, en la sentencia C-193 de 1996, se estudió la constitucionalidad de los artículos 6° y 7° del Decreto Ley 573 de 1995[77] y el artículo 5° del Decreto 574[78] del mismo año. En dicha providencia se conservó el criterio de interpretación sentado por este tribunal, en cuanto a la conveniencia de mantener las normas demandadas en el ordenamiento jurídico por razones de conveniencia social.

En la demanda en comento, el actor fundamentó los cargos contra los artículos 6º y 7º del

Decreto-Ley 573 de 1995 y 5º del Decreto-Ley 574 de ese mismo año, en que dichas disposiciones desconocen el sistema de carrera administrativa quebrantaban el principio de la igualdad, por cuanto se establecía como una de las causales de retiro del servicio activo de los oficiales, suboficiales y agentes de la policía, el criterio de la discrecionalidad en cabeza del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, por razones del servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores y Subalternos, establecido en el Decreto Ley 41 de 1994, desconociendo el criterio del mérito que según el demandante, es la base sobre la cual los funcionarios de la Policía han de ser retirados de la institución.

Para resolver estos interrogantes se consideró que en esencia los preceptos demandados ya habían sido objeto de estudio mediante las sentencias C-525 de 1995 y C-072 de 1996, que desarrollaron la causal de retiro prevista por los artículos 6º y 7º del Decreto Ley 573 de 1995 y artículos 5º y 6º del Decreto Ley 574 de ese mismo año, los cuales fueron declarados exequibles. En aquella ocasión se precisó:

“En este caso la discrecionalidad del Gobierno y de la Dirección General de la Policía está justificada en las razones del servicio, y requiere en el caso del artículo 12 del Decreto 573 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, y en el del artículo 11 del Decreto 574 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos.

Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa (...). De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad. Se advierte, sin embargo, que esta discrecionalidad no puede entenderse como regla general, sino que es excepcional, para situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte; cuando, en eventos diferentes, se trata de la aplicación de sanciones por parte de la autoridad, debe respetarse el debido proceso, y el inculpado debe ser oído en descargos.”

Adicionalmente se señaló:

“El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales,

suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

(...)

Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función.”

Concluyó, entonces, la Corte que la discrecionalidad de que disponen tanto el Gobierno Nacional como el Director General de la Policía Nacional para ordenar el retiro del servicio de un oficial, suboficial o agente de policía, se encontraba justificada en las razones del servicio, por lo que en criterio de esta Corte, no es contraria a los postulados de la Constitución Política de 1991.

6.4. Se precisa la necesidad de motivar los actos administrativos.

6.4.1. Esta corporación en la sentencia C-734 de 2000, reiterando lo dicho en la SU-250 de 1998, en lo relativo a la motivación de los actos administrativos, teniendo en cuenta que la misma se erige en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, precisó que la idea de lo discrecional debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo prescribió el legislador colombiano en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (hoy contenido en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011), según el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los

hechos que le sirven de causa”.

Esa misma sentencia puso de relieve cómo el Consejo de Estado también ha reconocido que en un Estado social de derecho la discrecionalidad absoluta no existe, toda vez que esta haría imposible la responsabilidad estatal. El mencionado fallo trajo a colación la siguiente cita jurisprudencial de ese alto tribunal:

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.”

En consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades totalmente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad

reglada solo existe la aplicación obligada de la norma, en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano, que añaden una dimensión no prevista en dicha disposición.

6.5. El retiro de los oficiales y suboficiales debe obedecer a razones objetivas y precisas.

6.5.1. En la sentencia C-179 de 2006, se examinaron los artículo 4° de la Ley 857 de 2003, y artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, los cuales son del siguiente tenor:

Ley 857 de 2003. Artículo 4°. “Retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales y el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para Suboficiales”.

(...)

Decreto-ley 1790 de 2000. 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”.

Consideró el demandante que las disposiciones acusadas desconocían los artículos 1, 13, 25, 29, 53, 217 y 218 de la Constitución Política, por cuanto vulneraban el derecho al trabajo, el principio de igualdad y el debido proceso al permitir a los superiores para que de manera discrecional y sin motivación alguna recomendaran el retiro de oficiales y suboficiales, con lo cual se avala la arbitrariedad y se introduce un elemento subjetivo que permite aplicar caprichosamente dicha prerrogativa. De igual manera, señalaba que en un Estado social de derecho no deben existir facultades desprovistas de control judicial; sin embargo, adujo que tal como estaban redactadas las normas acusadas no se exigía a

quienes recomendaban el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, la motivación del acto, atentando de esta manera contra el principio de estabilidad laboral garantizado por el artículo 53 de la Carta Política.

La norma en mención fue declarada exequible, bajo los siguientes argumentos:

i) “En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.”

ii) “Las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a dichas instituciones. Ello indica, que las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetos básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte. Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y

del orden constitucional (217); y, para la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia.”

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

De esta manera se concluyó que la facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general.

Ahora bien, la atribución que por razones del servicio puede emplearse para retirar a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes; por el contrario, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder[79].

6.5.2. El anterior precedente fue recogido y ampliado en la sentencia T-569 de 2008, la cual enfatizó:

“El ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún

cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública” que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”. El retiro discrecional “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”.

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

6.5.3. Así mismo, la sentencia T-1168 de 2008, hizo énfasis en la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública al señalar:

“La motivación de los actos administrativos es una garantía que evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas, pues es lo que permite a los jueces respectivos en el evento en que deban realizar su control, determinar si estos se ajustan a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. Es, asimismo, una salvaguarda del derecho al acceso a la administración de justicia, pues la motivación permite al ciudadano censurar la actuación ante la respectiva jurisdicción, pues a falta de ésta el acceso se vería obstaculizado, en la medida en que no contaría con elementos de juicio para reprochar el acto que le afectó sus derechos.

(...)

La motivación constituye así un medio de control del acto administrativo que debe ser suficiente, “esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”[80] el cual no se satisface con el señalamiento de un concepto jurídico indeterminado, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de un determinado caso.”

6.5.4. Por último, esta corte en la sentencia T-824 de 2009, precisó que en lo que respecta a la motivación de los actos administrativos que retiran del servicio a los miembros de las instituciones castrenses precisó que deben concurrir los siguientes elementos: “(i) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad[81]; (ii) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo[82]; y (iii) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso”[83].

Además, indicó que para que dichos actos se adecuen a la Constitución los mismos deben: (i) ser respetuosos de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) encontrarse debida y suficientemente motivados, de conformidad con el concepto previo emitido por la Junta Asesora o comité de evaluación, según el caso y; (iii) existir una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública[84]. La motivación de un acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es necesaria por cuanto la misma contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

En conclusión, en la medida en que el Legislador ha venido flexibilizando las normas que consagran la discrecionalidad del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esta corporación mediante los controles que ejerce en sede de constitucionalidad y a través de las revisiones de tutela ha venido adoptando posturas más rígidas para el ejercicio de dicha potestad, ello con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, al debido proceso y el acceso real y efectivo a la administración de justicia de los uniformados de la Fuerza Pública. Todo ello en consonancia con los postulados del derecho constitucional y administrativo, junto

con la consecuente necesidad de motivar los actos, para con ello permitir el control de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las que toma la Dirección General de la Policía Nacional, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como puede apreciarse, cada una de las jurisdicciones (la contencioso administrativa y la constitucional), han asimilado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, sin que las mismas sean yuxtapuestas; contrario sensu, ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por el Gobierno o por la Policía Nacional desbordan las facultades que les han sido conferidas, sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva: i) por que la autoridad administrativa incurrió en una desviación de poder; ii) porque los mismos carecen de motivación.

7. El régimen de ascenso dentro de la carrera de la Policía Nacional.

La Constitución Política regula lo atinente a la Fuerza Pública en el Título VII, Capítulo 7º, comprendiendo los artículos 216 a 223. Especial relevancia tienen para el caso los artículos 217 y 218 de la Carta Magna en los que se establece como una función específica del legislador determinar lo concerniente al sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como lo relativo a los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y los regímenes especiales de carrera, prestacional y disciplinario aplicables a cada uno de ellos.

Acorde con lo anterior el estatuto de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía define que “la formación integral del profesional de policía, estará orientada a desarrollar los principios éticos y valores corporativos, promover capacidades de liderazgo y servicio comunitario para el eficiente cumplimiento de las funciones preventiva, educativa y social. En tal virtud, los contenidos programáticos harán particular énfasis en el respeto por los derechos humanos, para el ejercicio de las libertades públicas y la convivencia pacífica de los residentes en el territorio colombiano.[85]”

En desarrollo de dicha especificidad se han adoptado regulaciones que establecen tanto el régimen de carrera y disciplinario, como el prestacional del personal de la Policía Nacional.

Dentro de dichas disposiciones se encuentran: i) el Decreto 1791 de 2000 “por el cual se

modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”; y ii) el Decreto 1800 del mismo año, “por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”, las cuales deben ser traídos a colación por ser las normas que se encontraban vigentes al momento del retiro del oficial que dio origen a la litis que ahora se revisa.

El primero de los decretos mencionados tiene como fin regular la carrera profesional de los miembros de la mencionada institución, reglamentándose los cargos y su especialidad, determinando la planta de personal de la Policía Nacional, la cual debe ser fijada por el Gobierno con base en las necesidades de la misma, y se detalla el número de miembros por grado.

La segunda disposición contiene lo concerniente a la calificación del desempeño de los miembros de la policía nacional, y se fija el modo de asignar puntajes a cada efectivo, según los logros adquiridos en un determinado tiempo, dentro del respectivo rango de jerarquía al cual pertenece.

Ambos decretos conforman el régimen de los ascensos de los miembros de la institución policial. Esta corporación al respecto, en la sentencia C-445 de 2011, tuvo la oportunidad de referirse a los mismos, señalando que el artículo 20 del Decreto 1791 introduce determinados parámetros generales al disponer que éstos “se conferirán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación del Desempeño”. Es decir, que la promoción de este personal presenta como condición general el lleno de los requerimientos contenidos en el Decreto de Evaluación y Desempeño (D.1800 de 2000), además de la existencia de vacantes disponibles, autorizadas por el Decreto de Planta que dicte el Gobierno.

El Decreto 1800 de 2000, “por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”, tiene como objetivo, al tenor del artículo 4º, “establecer y valorar los logros de la gestión desarrollada por el personal en servicio activo de la Policía Nacional, en un período determinado para formular perfiles ocupacionales y profesionales, establecer planes de capacitación, otorgar estímulos y

ascensos, facilitar la reubicación laboral, asignar cargos y decidir sobre la permanencia en la Institución.”

De igual manera, señala que el proceso de evaluación comprende las etapas de “concertación de la gestión, seguimiento, evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional.” Importante es subrayar que la clasificación, último peldaño del proceso evaluativo, está determinada por la valoración del grado de desempeño personal y profesional del aspirante.

Entrando en materia acerca del contenido del decreto en comento, se puede precisar que el artículo 1° de dicha disposición señala que la misma tiene por objeto establecer las normas, técnicas y procedimientos para la evaluación del desempeño policial del personal uniformado en servicio activo de la Policía Nacional, hasta el grado de Coronel.

El artículo 2° prescribe la naturaleza de dicho proceso y, al respecto, indica que la evaluación del desempeño policial es un proceso continuo y permanente por medio del cual se determina el nivel de desempeño profesional y el comportamiento personal. Proceso que de acuerdo con el artículo 3° se rige por los principios de continuidad, equidad, oportunidad, publicidad, integralidad, transparencia, objetividad y celeridad.

Por su parte, el artículo 4° señala los objetivos de la evaluación del desempeño policial que consisten en establecer y valorar los logros de la gestión desarrollada por el personal en servicio activo de la Policía Nacional, en un período determinado para formular perfiles ocupacionales y profesionales, establecer planes de capacitación, otorgar estímulos y ascensos, facilitar la reubicación laboral, asignar cargos y decidir sobre la permanencia en la Institución. Dicho artículo precisa que en ningún caso el Decreto de Evaluación del Desempeño es un instrumento sancionatorio.

Así mismo, el artículo 20 precisa las clases de evaluación y la oportunidad de las mismas. Su contenido es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 20. CLASES DE EVALUACIÓN. Para efectos de evaluación, se consideran las siguientes clases:

1. Evaluación Total: Se realiza anualmente a todo el personal que por razón del cargo deba

ser evaluado en el lapso establecido en este Decreto.

2. Evaluación Parcial: Se realiza en los siguientes casos:

- a. Al producirse el traslado del evaluador o del evaluado.
- b. 60 días antes de la fecha de ascenso.
- c. Al ser convocado a curso para ascenso en la modalidad presencial.
- d. Al término de curso para ascenso.
- e. Cuando el evaluado deba cumplir comisión dentro o fuera del país por un término superior a 90 días.
- f. Cuando el evaluado se desvincule de su proceso operativo, administrativo o docente por un período superior a 60 días, motivado por vacaciones, licencias, hospitalizaciones, excusas de servicio, suspensiones, separaciones y retiros.

La referida evaluación tiene como propósito ubicar al oficial en una escala numérica que le permita conocer su ubicación dentro de la planta de personal según el rango de jerarquía y reconocer su desempeño en relación con sus demás compañeros de curso. Para el efecto, el mencionado decreto en su artículo 42, plantea una escala de medición, la cual se efectúa con base en los siguientes criterios:

ARTÍCULO 42. DEFINICIÓN. La escala de medición es el instrumento a través del cual se ubica al evaluado dentro del rango de clasificación, con base en el valor numérico asignado a su desempeño por el período de evaluación respectivo. Se realiza a través de los siguientes criterios:

1. **INCOMPETENTE:** Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional no cumple con las acciones asignadas para el desarrollo de los procesos. Su calificación está ubicada entre cero (0) y quinientos noventa y nueve (599) puntos y su rendimiento oscila entre cero por ciento (0%) y cuarenta y nueve por ciento (49%). El personal que sea clasificado en este rango será retirado de la Institución.
2. **DEFICIENTE:** Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional obtiene

resultados por debajo de lo esperado dentro de los procesos a los que ha sido asignado. Amerita un seguimiento cercano y compromiso con su mejoramiento a corto plazo. Su calificación se ubica entre seiscientos (600) y seiscientos noventa y nueve (699) puntos y su rendimiento oscila entre cincuenta por ciento (50%) y cincuenta y siete por ciento (57%). El personal que sea clasificado en este rango por dos períodos consecutivos de evaluación anual será retirado de la Institución.

3. **ACEPTABLE:** Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional cumple con la mayoría de las acciones y procesos asignados, presentando algunas deficiencias que se pueden corregir. Su calificación se ubica entre setecientos (700) y setecientos noventa y nueve (799) puntos y su rendimiento oscila entre cincuenta y ocho por ciento (58%) y sesenta y seis por ciento (66%). El personal que sea clasificado en este rango amerita observación y refuerzo por parte del evaluador.

4. **SATISFACTORIO:** Esta calificación se otorga al evaluado que en su desempeño personal y profesional, obtiene los resultados esperados dentro de los procesos a los que ha sido asignado. Su calificación se ubica entre ochocientos (800) y mil (1.000) puntos y su rendimiento oscila entre sesenta y siete por ciento (67%) y ochenta y tres por ciento (83%). El personal que sea clasificado en este rango amerita mejoramiento continuo y podrá ser tenido en cuenta para participar en los planes de capacitación que determine la Dirección General de la Policía Nacional.

5. **SUPERIOR:** Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes. Su calificación se ubica entre mil uno (1.001) y mil doscientos (1.200) puntos y su rendimiento oscila entre ochenta y cuatro por ciento (84%) y cien por ciento (100%). El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional.

6. **EXCEPCIONAL:** Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos que tienen trascendencia institucional. Su calificación está ubicada entre mil doscientos uno (1.201) y mil cuatrocientos (1.400) puntos y su rendimiento es del cien por

ciento (100%) en adelante. El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional.

Por su parte, los artículos 43 a 45 de la norma en comento establecen y definen los tipos de clasificación que pueden darse dentro del proceso de evaluación a que éste alude. Dichos artículos son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 43. TIPOS DE CLASIFICACIÓN. Las clasificaciones son:

1. Anual
2. Para Ascenso

ARTÍCULO 44. CLASIFICACION ANUAL. Es la ubicación del evaluado dentro del rango de la escala de medición, en concordancia con el promedio alcanzado en el período evaluable.

ARTÍCULO 45. CLASIFICACIÓN PARA ASCENSO. Es el promedio de las evaluaciones anuales durante el tiempo de permanencia en el grado respectivo; determina la nueva ubicación del evaluado dentro de la disposición para ascenso y, por consiguiente, su posición dentro del escalafón en el nuevo grado.

PARÁGRAFO 1. Cuando el evaluado, por razones de orden legal, no haya sido evaluado en uno o más de los años evaluables durante su permanencia en el grado, la clasificación para ascenso será el resultado del promedio aritmético de las evaluaciones que tenga. De no presentar evaluaciones en el grado, la clasificación para ascenso corresponderá a la clasificación obtenida en el grado anterior.

PARÁGRAFO 2. Cuando el personal sea clasificado para ascenso y sus clasificaciones anuales correspondan a las listas de que trata el anterior decreto de Evaluación y Clasificación en su artículo 50, su clasificación se hará con base en el presente decreto y para efectos del promedio se establecen las siguientes equivalencias:

1. Lista Uno (1): Equivale al rango SUPERIOR con mil doscientos (1.200) puntos
2. Lista Dos (2): Equivale al rango ACEPTABLE con setecientos noventa y nueve (799)

puntos

3. Lista Tres (3): Equivale al rango DEFICIENTE con seiscientos noventa y nueve (699) puntos

Respecto al orden que puedan alcanzar los efectivos de la institución anualmente, el artículo 46 precisa que i) cuando se produzca más de una evaluación en el respectivo período, la clasificación será el resultado del promedio aritmético de las mediciones parciales; ii) quien sea clasificado en el rango de “Deficiente”, queda en observación durante un (1) año, al término del cual deberá obtener como mínimo una clasificación en el rango de aceptable; en caso contrario, será retirado de la Institución; iii) y el personal que sea calificado como incompetente será retirado de la Institución.

Respecto de la clasificación para ascenso el artículo 47 del Decreto 1800 de 2000, - norma que debe concordarse con los artículos 21 y 22 del Decreto 1791 de 2000 -, señala las siguientes reglas:

2. Cuando el promedio aritmético de las evaluaciones para ascenso ubique al evaluado en la escala de medición en el rango de “Deficiente”, no podrá ascender y quedará en observación durante un (1) año, al término del cual deberá obtener como mínimo una clasificación en el rango de “Aceptable”.

3. El evaluado que se encuentre detenido, que tenga pendiente resolución acusatoria dictada por autoridad judicial competente o que esté sometido a investigación disciplinaria por faltas, que de conformidad con las normas de Disciplina y ética de la Policía Nacional tengan naturaleza de gravísimas, no se clasifica para ascenso; en este último evento, en caso de resultar absuelto, previa clasificación y cumplimiento de los demás requisitos legales, podrá ascender con la misma antigüedad.

4. El ascenso de los clasificados debe hacerse en estricto orden numérico, tomando como base el promedio de las evaluaciones anuales durante la permanencia en el grado. En caso de existir igualdad en promedios, su ubicación en el escalafón seguirá el orden del último ascenso.

Conforme con estos márgenes de medición, se lleva a cabo la clasificación para el

escalonamiento, el cual está dado por el promedio de las valoraciones anuales hechas en relación con un interesado durante el tiempo de permanencia en el grado respectivo, ejercicio que deriva en la ubicación del evaluado dentro de la disposición para ascenso. Como se dijo, tales valores serán fijados con base en el desempeño profesional y personal del policía, determinación que comprende un juicio en relación con sus aptitudes, grado de capacitación, gestión e idoneidad ética y disciplinaria.

Adicionalmente, los efectivos de la policía que pretenden escalonar deben cumplir con los siguientes requisitos formales, establecidos en el artículo 21 del Decreto 1791 de 2000:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.
6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.
7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

En concordancia con lo anterior, el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000 prescribe la realización de una valoración de la trayectoria profesional a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que tienen, en este sentido, las funciones de: i) estimar la trayectoria policial para ascenso, ii) proponer al personal que amerita el mismo, iii)

recomendar la continuidad en el servicio policial o el retiro del mismo.

Para mayor especificidad y rigorismo, el parágrafo de esta norma obliga a que para el escalonamiento a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles sea llevada a cabo por una Junta[86] integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional. Más, el ascenso a los cargos de Brigadieres y Generales depende de la libre determinación del Gobierno Nacional, una vez librado el concepto respectivo por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, en el primer caso. Además, el nombramiento en grado de Oficial General no surtirá efecto, por disposición del artículo 27 del Decreto en mención, hasta que su otorgamiento sea aprobado por parte del Senado de la República.

Como puede observarse, la promoción de los miembros de la Policía Nacional hasta el grado de coronel está plenamente reglada y, en esa medida, los efectivos que cumplan a cabalidad con todos los requisitos mencionados en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, deberían, en principio, ser promovidos al rango inmediatamente superior, en orden de prelación según los puntajes obtenidos durante los últimos años, todo ello acorde con lo estipulado en la evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional de los uniformados.

Para el caso de los oficiales generales su ascenso está supeditado a la aprobación que del mismo realice el Senado de la República, tal y como está estipulado en el artículo 173, numeral 2° de la Constitución Política.

En conclusión, las condiciones para ingreso, promoción y retiro de la carrera policial deben estar orientadas por el propósito de mantener la pulcritud y probidad de la institución, lo que justifica el establecimiento de medidas orientadas a asegurar que el personal de policía cumpla de la manera más decorosa posible su función de guardar la armonía y convivencia ciudadanas, según los precisos términos del artículo 218 superior.

8. EL CASO CONCRETO

8.1. El asunto bajo análisis tiene como génesis la interposición de una acción de tutela por parte de la Policía Nacional en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que dicha autoridad judicial incurrió en defectos sustantivos y fácticos al proferir la

sentencia del 16 de diciembre de 2010, donde al decidir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho invocada por el ciudadano José Javier Toro Díaz, en calidad de coronel retirado, declaró la nulidad parcial del Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002, mediante el cual éste fue desvinculado del servicio y ordenó en consecuencia el reintegro del oficial al cargo que desempeñaba o a otro de igual o de superior jerarquía, pagando todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta que fuera efectivamente reintegrado, sin solución de continuidad y sin descontar monto alguno de lo recibido por concepto de la asignación de retiro.

8.2. El proceso contencioso administrativo iniciado por el Coronel Toro Díaz obedeció a su inconformidad, al no ser llamado a realizar el curso para Brigadier General dentro del grupo de oficiales a ascender, pese a las condecoraciones, distinciones y reconocimientos de que fue objeto por parte de la Policía Nacional y de distintas autoridades públicas a las cuales prestó sus servicios durante más de 29 años. Consideró entonces que su llamamiento a calificar servicios no obedeció a una simple discrecionalidad del Gobierno, sino que fue fruto de razones arbitrarias y de unas supuestas informaciones de su presunto vínculo con personas que actuaban al margen de la ley.

8.3. Considerando que en el asunto puesto a consideración de esta Sala se debe decidir como punto neurálgico una demanda de tutela contra providencia judicial, se deberá entonces entrar a analizar cada uno de los aspectos que dieron origen a la litis; para entrar a resolver el caso concreto se hará referencia a: i) los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa; ii) la acción de tutela interpuesta contra la providencia del Tribunal de Bolívar; iii) los proveídos emitidos en sede de tutela; iv) el desarrollo de cada uno de los defectos endilgados por la Policía Nacional a la sentencia recurrida a través de tutela; v) por último, se hará referencia a unas consideraciones adicionales.

i) Fallos de la jurisdicción contencioso administrativa.

8.3.1. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 23 de octubre de 2008, denegó las pretensiones del actor al considerar que “el Decreto 2414 de 2002, responde a un auto expedido en ejercicio de la potestad discrecional que compete al Gobierno Nacional, en aras del mejoramiento del servicio y que como lo ha

venido sosteniendo la jurisprudencia nacional se encuentra desprovisto de la connotación de sanción, por lo que la aplicación de esta causal de retiro no requiere formulación de cargo, descargos y demás actuaciones propias de un proceso disciplinario”.

8.3.2. El Coronel Toro Díaz apeló el fallo del a quo al considerar que dicho despacho judicial no valoró debidamente el acervo probatorio allegado con la demanda y con las adiciones de la misma, donde se pretendía desvirtuar la supuesta discrecionalidad de su llamamiento a calificar servicio, para en su lugar demostrar que su retiro obedeció a unos supuestos vínculos que el accionante tenía con personas dedicadas al narcotráfico, situación que según su decir fue ventilada en la Junta Asesora para la Policía Nacional, lo que se convirtió en razón suficiente para no permitir su llamamiento a formar parte del curso para ascenso. En esa medida, consideró que su desvinculación de la institución debió ser motivada con el fin de que no se le vulnerara el debido proceso, y el derecho a la defensa, contradicción y acceso real y efectivo a la administración de justicia.

8.3.3. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 16 de diciembre de 2010, consideró que el problema jurídico del caso sub lite consistía en establecer si se ajustó o no a derecho el acto administrativo (Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002), mediante el cual se retiró en forma “absoluta” del servicio activo al demandante, o si por el contrario se sustentó en razones diferentes al buen servicio y excedió el poder discrecional otorgado por la ley.

Para decidir consideró que según se desprende de los testimonios aportados por algunos altos ex oficiales, junto con las publicaciones en periódicos y revistas de la época allegados al expediente, el retiro del Coronel Toro Díaz no se sustentó en un mejoramiento del servicio como lo alegó en su momento la Policía Nacional, sino que existieron motivos diferentes que debieron ser objeto de un proceso disciplinario donde el actor tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por lo que claramente se configuró la causal de nulidad denominada desviación de poder. En consecuencia, resolvió revocar el fallo del a quo, para en su lugar declarar la nulidad parcial del Decreto 2414 del 25 de octubre de 2002, y ordenó reintegrar al señor José Javier Toro Díaz al cargo que desempeñaba para el momento del retiro, o a otro igual o de superior categoría, teniendo en cuenta para ello los ascensos que por antigüedad y orden de prelación o por mandato expreso de la ley tuviera derecho; de igual manera, ordenó reconocer todos los salarios y prestaciones sociales

dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación, hasta el momento en que se hiciera efectivo el reintegro. Así mismo, dispuso que de los valores reconocidos no se descuenta suma alguna que el demandante hubiere recibido por concepto de la asignación de retiro.

ii) Acción de tutela contra la providencia judicial proferida por el Tribunal de Bolívar.

8.4. La Policía Nacional inconforme con la decisión del ad quem, interpuso acción de tutela contra la sentencia emitida por ese cuerpo colegiado, al considerar que el Tribunal de Bolívar incurrió en defectos fácticos y sustantivos que la hacen procedente.

Adujo la institución policiva como argumento de la tutela que con lo resuelto, el Tribunal accionado incurrió en una presunta aplicación errónea de la norma que gobierna la cesación de la actividad de los oficiales de la Policía Nacional, confundiendo aquella que rige el “retiro por llamamiento a calificar servicios”, con la que regula el “retiro por voluntad del Gobierno”; siendo que estos dos tipos normativos tienen connotaciones jurídicas diferentes.

Adicionalmente, señaló que con respecto a los salarios que deben pagarse al oficial desde su desvinculación y con motivo de su reintegro, la autoridad judicial tutelada ordenó que no se realizara ningún tipo de descuento de los dineros percibidos a través de su asignación de retiro, ignorando que cuando un oficial es relevado de su obligación de prestar el servicio activo, los dineros que le son entregados a través de la Caja de Sueldos de Retiro, tienen la calidad de remuneración y, en esa medida, obligar a la institución a no descontar las asignaciones pagadas, la hacen incurrir en una doble erogación que tendría su origen en una misma causa, situación que está en contravía de lo establecido en el artículo 128 superior.

Por lo anterior, consideró la Policía Nacional que sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso real y efectivo a la justicia fueron vulnerados con la decisión del tribunal accionado.

8.4.1. Fallos en sede de tutela.

8.4.1.1. Correspondió el conocimiento de la acción de tutela, en primera instancia, al

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección “B”-, que mediante proveído del 26 de mayo de 2011, resolvió negar el amparo solicitado al considerar que el Tribunal de Bolívar al momento de proferir su fallo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no incurrió en las vías de hecho que se le endilgan, toda vez que dicho cuerpo colegiado tuvo en cuenta todo el acervo probatorio allegado al expediente y justificó debidamente el alcance que le dio al conjunto de las pruebas. De igual manera, precisó que la normatividad estudiada era la aplicable al caso puesto a su consideración.

En consecuencia, señaló que al juez constitucional le está vedado entrar a realizar algún tipo de examen sobre la valoración que el juez natural hace de las pruebas arrimadas a un proceso de su competencia; por tanto, concluyó que la presente acción no está llamada a prosperar, en la medida que la cuestión que se debate carece de relevancia constitucional y no se evidencian los supuestos fácticos constitutivos de una vía de hecho.

8.4.1.2. Inconforme con el fallo de primera instancia, la Policía Nacional lo impugnó, aseverando lo siguiente: i) no se tuvo en cuenta al momento de decidir la tutela, que el Tribunal de Bolívar aplicó indebidamente las normas jurídicas que rigen el retiro del personal de las fuerzas militares y de policía, toda vez que el sustento normativo de su decisión lo basó en aquellas que regulan el retiro de los oficiales por la causal “voluntad del gobierno” confundiéndola con la causal “llamamiento a calificar servicios”; ii) señaló que la estructura de la policía está sustentada en forma piramidal, donde los altos cargos son inferiores en número y, por tanto, no todos los oficiales pueden llegar a ser directores generales de la institución; en esa medida es normal el relevo de altos oficiales con el fin de que otros asciendan a la cúpula de la institución; iii) precisó que el Tribunal de Bolívar además de interpretar erróneamente la normatividad aplicable al caso concreto, desconoció la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado en la materia; iv) indica que los testimonios recogidos en el proceso adolecen de falta de objetividad e imparcialidad por haber sido rendido por ex compañeros del accionante, quienes también fueron retirados del servicio activo por la misma causal y algunos de ellos demandaron también a la institución; v) arguye que el tribunal invirtió la carga de la prueba obligando a la Policía Nacional a demostrar que con el retiro del oficial, se había mejorado efectivamente la prestación del servicio, situación que es contraria a la potestad discrecional que la ley le confiere a los altos mandos; vi) por último, indicó que la orden de no descontar suma alguna al oficial

reintegrado va en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que desconoció el hecho de que la asignación de retiro se asemeja al salario que percibe un policial cuando presta efectivamente su servicio.

8.4.1.3. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta-, mediante sentencia del 28 de julio de 2011, en segunda instancia, decidió confirmar el fallo proferido por la Sección Segunda -Subsección “B” de esa misma corporación.

8.4.1.4. Como puede observarse, el Consejo de Estado siendo el superior jerárquico del Tribunal de Bolívar y, por ende, el competente para conocer de la acción de tutela interpuesta en su contra, pudo revocar las decisiones tomadas en la providencia del dieciséis (16) de diciembre de 2010, de haber encontrado que en la misma, se incurrió en alguno de los defectos aducidos por la Policía Nacional. Contrario sensu, no vislumbró que la decisión tomada adoleciera de un error protuberante que ameritara dejarla sin efectos. Por ello, decidió declarar la improcedencia de la acción de tutela, dejando incólume el proveído dictado por el Tribunal de Bolívar, compartiendo los argumentos y la valoración del acervo probatorio realizada por éste.

iii) Defectos aducidos por la Policía Nacional.

8.5. La Policía Nacional reprocha que tanto la sentencia emitida por el Tribunal de Bolívar, como las dictadas por el Consejo de Estado en sede de tutela, las que a su vez dejaron en firme la emitida por la jurisdicción Contencioso Administrativa, adolecen de defectos fácticos y sustantivos de tal entidad, que el juez constitucional debería anular las decisiones allí tomadas.

Como se indicó en la consideración cuarta de esta providencia, para que el juez de tutela pueda entrar a analizar una sentencia judicial que sea recurrida por esta vía, se debe verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedibilidad, así como la presencia de por lo menos uno de los defectos específicos.

En el presente caso se puede afirmar respecto a los primeros, lo siguiente:

a. El asunto que se debate reviste relevancia constitucional, ello por cuanto una institución del Estado solicita la protección de su derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a

la administración de justicia, dichas prerrogativas están contenidas en los artículos 13, 29 y 229 del Estatuto Superior.

b. De igual manera, la Policía Nacional interpuso los recursos que tenía a su alcance en busca de salvaguardar los derechos presuntamente vulnerados, de tal modo que las instancias ordinarias fueron debidamente agotadas.

c. La sentencia recurrida a través de tutela fue proferida por el Tribunal de Bolívar el 16 de diciembre de 2010, y la acción constitucional se interpuso el 22 de febrero de 2011, así que tan sólo transcurrieron dos meses entre los dos eventos. Lo anterior sugiere que se cumple con el requisito de la inmediatez.

d. Si bien al asunto no se le endilga una irregularidad procesal, la decisión judicial dictada por el Tribunal tiene un efecto decisivo o determinante que afecta presuntamente los derechos fundamentales de la parte actora.

e. La Policía Nacional como accionante identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y los mismos fueron alegados dentro del proceso judicial que ahora se revisa.

f. Por último, la acción constitucional no está dirigida contra una sentencia de tutela, sino que controvierte un fallo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora, se debe verificar la existencia de por lo menos uno de los siguientes vicios:

a. Defecto orgánico.

b. Defecto procedimental absoluto.

c. Defecto fáctico.

d. Defecto material o sustantivo.

e. Error inducido.

f. Decisión sin motivación.

g. Desconocimiento del precedente.

h. Violación directa de la Constitución.

8.6. Se tiene entonces, que si bien la accionante precisó como defectos fácticos de la providencia recurrida, la valoración que se dio a las pruebas testimoniales y la inversión de la carga de la prueba, así como una decisión sin motivación, consistente en la obligación impuesta a la Policía Nacional de no descontar suma alguna del dinero entregado al oficial retirado por concepto de la asignación de retiro; de los hechos narrados se pueden deducir realmente los siguientes:

iv) Desarrollo de los defectos endilgados por la Policía Nacional a la sentencia proferida por el Tribunal de Bolívar, recurrida a través de tutela.

8.6.1. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Al respecto, la Policía Nacional manifiesta que los testimonios rendidos en el proceso carecen de veracidad, por cuanto fueron absueltos por personas que formaron parte de la institución, e igualmente retiradas de la misma, y que también demandaron a la Institución.

En cuanto a este primer defecto, es preciso señalar que en el proveído emitido por el Tribunal de Bolívar se tuvieron en cuenta cada una de las pruebas allegadas al expediente y no se fundamentó en el sólo testimonio de los oficiales llamados al proceso, sino que también analizó el hecho que con posterioridad al retiro del Coronel Toro Díaz, varios medios de comunicación de amplia circulación en el país, relacionaron su salida con los presuntos nexos que éste tenía con personas al margen de la ley, situación que no pudo ser controvertida por parte del oficial retirado.

Por tanto, no puede endilgarse a la sentencia del Tribunal un defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio o por apreciación defectuosa del mismo, toda vez que la sentencia da cuenta de las razones de hecho y de derecho en que fundamentó su contenido.

8.6.2. En efecto, el Oficial José Javier Toro Díaz, fue retirado de la institución mediante Decreto 2414 de 2002, acto administrativo que además no fue motivado. Adicionalmente,

de lo allegado al expediente se puede concluir que el Director General de la Policía Nacional de la época, tenía indicios de que el mismo sostenía presuntamente relaciones de amistad con personas que actuaban al margen de la ley. De haber sido ello así, debió ponerse en conocimiento suyo esta conducta, junto con las pruebas que contra él se pretendían hacer valer, con el fin de que éstas fueran controvertidas en un eventual proceso disciplinario o penal, según el caso, garantizando con ello su derecho a la defensa y al debido proceso.

En lo atinente a la falta de razones que permitieran la desvinculación del coronel, el Tribunal precisó: “podemos concluir que el acto administrativo demandado cumplió con los requisitos objetivos o de forma exigidos por el Decreto 1791 de 2000, de ello no se infiere per se que el mismo cumpla los fines de la norma que la autoriza, por lo que se deben estudiar otros matices, más aún, cuando los argumentos del demandante no están dirigidos a atacar la formalidad del acto de desvinculación (motivación), sino a las razones que llevaron a la expedición del mismo, o mejor a la falta de razones para que la entidad tomara tal decisión”.

Siendo las cosas así, a la Policía Nacional se le endilga una doble falta, de un lado, no haber motivado su acto administrativo, y de otro, haber omitido poner en conocimiento del oficial retirado las causas por las cuales no fue llamado a curso para ascenso, configurando de esta manera la desviación de poder. Así lo entendió el Tribunal accionado y así lo estima esta Corporación, situación por la cual se determinará que el retiro del Coronel José Javier Toro Díaz obedeció a una desviación de poder consistente en la falta de adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, al no demostrarse en qué contribuyó el mejoramiento del servicio con el retiro del oficial. De igual manera, se tiene que la desvinculación ordenada, no guarda proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa, toda vez que su retiro se produjo basado en conjeturas que no fueron discutidas ni probadas en proceso alguno.

En consecuencia, las razones del servicio para el retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas a la decisión de desvinculación, todo lo cual se debe consignar en la parte motiva de la recomendación de la junta competente y del acto administrativo de retiro, permitiéndole al separado del servicio la interposición de los recursos procedentes, so pena de incurrirse en desviación de poder por parte de las instituciones de la Fuerza

Pública.

Al respecto el tribunal señaló: “Consecuentemente, tal facultad solo puede ser utilizada por causas justificables, por lo que, esta sala considera que el retiro absoluto de un agente de la Policía Nacional, en ejercicio de la facultad discrecional, debe estar precedido por un estudio integral de la Hoja de Vida Institucional del actor, ya que, ello se constituye en requisito imprescindible para que se pueda hablar de discrecionalidad y no de arbitrariedad, so pena de la declaratoria de nulidad del respectivo acto administrativo”.

Adicionalmente, se advierte que la facultad discrecional no puede entenderse como regla general, sino que es excepcional y en una situación como la que ahora ocupa la atención de esta Sala se puede inferir que la aplicación de la misma, por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, devino en un cese de la actividad del uniformado a todas luces injustificado y en este evento de haber existido razón para el retiro, debió respetarse el debido proceso, dando al presunto implicado la oportunidad de ser oído en descargos. En conclusión, no se motivó el acto mediante el cual el oficial fue llamado a calificar servicios, no se demostró que su retiro obedeció a causas del servicio o al incumplimiento de sus deberes y tampoco se le probó su participación en conductas delictuosas o disciplinarias que ameritaran su desvinculación.

No obstante, el Tribunal al momento de recibir los testimonios de dos ex oficiales de la Policía Nacional, pudo corroborar lo siguiente: “indique al Tribunal si sabe y le consta de manera personal razón o razones por las cuales fue retirado por llamamiento al señor JOSÉ JAVIER TORO DÍAZ, en el cargo de Coronel de la Policía Nacional. Contestó: ‘cuando se produjo mi retiro por llamamiento a calificar servicios en la Policía en el mes de octubre de 2002, acudí a la dirección general y solicité que me escuchara, me atendiera el señor director de ese entonces (...) le pedí a él respetuosamente que me dijera cuál había sido la causa de mi retiro, el señor General me dijo de manera verbal en su despacho, que mi retiro obedecía a que en el año 2001 más o menos en el mes de julio, cuando se desarrollaba la Copa América, en la ciudad de Barranquilla, yo había asistido junto con el Coronel TORO y el coronel RIVERA PRIETO, a una comida en un restaurante y, que a esa comida habían asistido personas que tenían problemas de narcotráfico y que personal de inteligencia tenía grabaciones de esa situación (...)’”.

En otro testimonio el Tribunal pudo recopilar la siguiente información: “Hacia el mes de octubre tal vez, del año 2002, el señor Director de la época el General (...) en una reunión de Generales, de las que ordinariamente se cumplen para evaluar el desempeño de los oficiales, manifestó que el coronel JAVIER TORO DÍAZ consideraba que no era conveniente evaluarlo para proponerlo como alumno del curso que le permitirá posteriormente ascenderle al grado de Brigadier General, porque él había recibido algunas informaciones serias que le generaban la convicción sobre la inconveniencia de su continuidad en la Policía General (sic), ante esta situación, algunos de los integrantes de la junta [preguntaron] que si era posible nos ilustrara sobre las informaciones que había recibido, ante lo cual, solo nos informó que, se refería a amistades que el Coronel TORO tenía en la Costa Atlántica con personas vinculadas a actividades delictivas de esta región...”

Por lo anterior, no puede endilgarse yerro alguno a la sentencia del Tribunal, en cuanto declaró la desviación de poder sustentada en que el retiro del oficial fue amparado en razones ajenas al mejoramiento del servicio, y sustentadas en otras conjeturas, las cuales no fueron puestas en conocimiento del oficial retirado; en esta medida, si la desvinculación se produjo por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, en nada aminorar el perjuicio causado; contrario sensu, si la desvinculación se hubiere producido por la segunda causal, la desviación de poder sería más evidente, por cuanto no se dio inicio a proceso disciplinario ni penal en contra del señor Toro Díaz.

Por lo anterior, esta Sala comparte el criterio del Tribunal de Bolívar, toda vez que llegó a la conclusión de que el retiro del oficial Toro Díaz, no obedeció a razones del mejoramiento del servicio y, por tanto, la desviación de poder sí se configuró, tal como lo convalidó además el Consejo de Estado al proferir sus fallos en sede de tutela.

8.6.3. Según la Policía Nacional, la providencia recurrida adolece de un segundo defecto material o sustantivo, el cual se configura cuando la sentencia se expide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Precisa la institución que el tribunal en su proveído hizo referencia a dos normas que regulan situaciones disímiles; de un lado, “el retiro por voluntad del Gobierno”, y de otro, “el llamamiento a calificar servicios”. Señala que ambas figuras son tratadas en la sentencia indistintamente pese a sus diferencias sustanciales y, en otras ocasiones las confunde, para terminar en todo caso declarando la

desviación de poder sin que exista un fundamento legal sólido para hacerlo.

Sea lo primero anotar que en el presente asunto, el tribunal accionado hizo referencia a las normas que regulan el retiro de los oficiales de la fuerza pública, sin que haya llegado a una conclusión que contraría los postulados mínimos de razonabilidad jurídica. Ello se deriva de la argumentación en que descansa la ponencia, donde se refirió al retiro por llamamiento a calificar servicios y al retiro por voluntad del Gobierno, no con el fin de precisar el alcance de estas dos figuras, sino para demostrar que cuando un oficial es retirado del servicio activo, independientemente de la causal que se utilice para tal fin, el Gobierno Nacional y el Director General de la Policía, según el caso, deben tener motivos fundados para ordenar la desvinculación de un miembro de la Fuerza Pública.

Se tiene, entonces, que el reparo hecho a la sentencia del tribunal por parte de la Policía Nacional, carece de fundamento, toda vez que no existió una aplicación indebida de la norma, ni se fijó un alcance erróneo a la misma, sino que se dotó de un nuevo alcance, consistente en la motivación que debe hacer la Policía Nacional, al momento de aplicarla; ello en consonancia con lo siguiente: la normatividad vigente al momento del retiro del Coronel Toro Díaz, eran los Decretos 1791 de 2000 y el Decreto 1800 del mismo año. Estas dos disposiciones regulaban lo concerniente al ingreso, ascenso y retiro de los miembros de la Policía Nacional.

En lo que respecta al ascenso de Coronel a Brigadier General, el artículo 25 del Decreto 1791 de 2000 señaló:

ARTÍCULO 25. ASCENSO A BRIGADIER GENERAL. Para ascender al grado de Brigadier General, el Gobierno, oído el concepto de la Junta Asesora para la Policía Nacional, escogerá libremente entre los Coroneles, que hayan cumplido las condiciones que este Decreto determina y se hayan capacitado en los programas que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Educación Policial.

De igual manera, el artículo 29 de la citada disposición establece:

ARTÍCULO 29. PRELACIÓN EN ASCENSOS POR CLASIFICACIÓN. La escala de medición de que trata el Decreto de Evaluación del Desempeño, determina un orden de prelación en los ascensos.

Como puede apreciarse, si bien existe cierta discrecionalidad para el Gobierno Nacional a la hora de ascender a los coroneles que en adelante ocuparan el rango de Brigadier General, la misma está condicionada por la escala de medición en que se encuentran los oficiales candidatos a ascender.

Así lo dispuso el legislador y ello se torna en garantía de que los esfuerzos realizados por el policial durante toda su carrera no se vean frustrados por razones subjetivas de la Junta de Generales, toda vez que no sería razonable que un oficial pusiera todo su empeño en ser uno de los mejores dentro de la institución, obteniendo calificaciones superiores o excepcionales dentro del grupo, si por la simple disposición de una junta asesora el mismo no pudiera lograr el reconocimiento del Gobierno y de la comunidad, viendo truncado su deseo de ascender al grado inmediatamente superior.

Se considera, entonces, que dentro de aquellas situaciones que pudieran impedir el ascenso de un oficial que ocupa un lugar privilegiado dentro de la escala de medición y cuyo puntaje le asignaría un cupo dentro de la lista de cargos a proveer según el decreto de planta, estaría que la institución tuviera en su contra información de inteligencia que permitiera inferir que el mismo se encuentra incurso en situaciones de corrupción, indisciplina o en alguna otra causal grave que no le permita el ascenso.

Sin embargo, de presentarse lo anterior, es deber de la Policía Nacional motivar su acto de desvinculación, así sea por llamamiento a calificar servicios; toda vez que si el retiro discrecional de este tiene sustento en informes de carácter reservado, se debe establecer si su retiro con base en dicha información vulnera su derecho al debido proceso y, en consecuencia, debe tenerse en cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta.[87] El informe es reservado en cuanto a terceros, pero no ante el eventual afectado, salvo que las circunstancias indiquen mantener excepcionalmente la reserva.

En síntesis, el retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, es una modalidad de desvinculación adoptada mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional, que implica el cese de la obligación de prestar servicios a la institución[88]. Esa modalidad de desvinculación procede cuando se dan los requisitos objetivos de retiro, a saber: (i) que el oficial haya cumplido el tiempo de servicio

que prescribe el ordenamiento jurídico para acceder a una asignación de retiro y; (ii) que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional haya dado su concepto previo favorable[89].

Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia, el llamado a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía Nacional y la búsqueda de los fines que la constitución ha confiado a dicha institución, razón por la cual (i) no puede ser ejercida con otra finalidad y; (ii) debe sustentarse en razones del buen servicio, ya que de lo contrario podría implicar la afectación de la especial protección al trabajo y a la estabilidad en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, se debe precisar que el solo hecho de que el decreto de planta no permita el ascenso de todos los aspirantes del grupo de candidatos, ello no implica per se que se deba reducir el número arbitrariamente, sin tener en cuenta los criterios objetivos que señalan los Decretos 1791 y 1800 de 2000.

De esta manera, el argumento de la Policía Nacional en cuanto señala que no todos los oficiales pueden llegar a ser directores generales de la institución, no es suficiente para justificar el llamamiento a calificar servicios. Por tanto, el Tribunal no incurrió en las actuaciones de hecho que se le endilgan, ya que si bien el Coronel Toro Díaz cumplía con los requisitos de tiempo de servicio y existió el concepto en favor del retiro por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía, no se especificó el mejoramiento del servicio con la desvinculación del oficial, ni se fundamentaron las razones del mal desempeño o presunta conducta delictiva del mismo.

Contrario sensu, en la hoja de vida del oficial desvinculado no se encuentran sanciones ni suspensiones; registra cincuenta y ocho (58) condecoraciones, varias otorgadas por la institución y otras por parte de entidades oficiales; recibió por parte de la Policía Nacional noventa y dos (92) felicitaciones por distintos motivos, entre los cuales se destacan treinta y ocho (38) especiales por su “buen desempeño laboral”. De igual manera, obtuvo multiplicidad de agradecimientos y congratulaciones por parte de diversas autoridades civiles (nacionales, departamentales y municipales), tales como concejos municipales, alcaldes, gobernadores, asambleas departamentales, algunos ministros de despacho, el Procurador General de la Nación y la Presidencia de la República; muchas de ellas muy

próximas a la fecha en que se ordenó el retiro del coronel[90].

La información reseñada está incorporada en la hoja de vida del oficial, lo que desvirtúa de plano la necesidad del retiro o el mejoramiento del servicio al prescindir de los servicios del señor Toro Díaz. De contera, permite concluir con certeza que la conducta desplegada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional no se adecuó a los fines que persigue la norma que autoriza ejercer la discrecionalidad, ni fue proporcional a los hechos que le sirvieron de causa[91].

Aunado a lo anterior, una vez revisados los formularios de evaluación y folios de la hoja de vida del oficial Toro Díaz, se pudo establecer que las calificaciones de los indicadores condiciones personales, moral, virtudes policiales, formación profesional, capacidad para el ejercicio del mando, capacidad para administrar, espíritu de superación, relaciones con la comunidad, relaciones con las autoridades, desempeño del cargo y responsabilidad como evaluador o revisor, siempre, con contadas excepciones fueron calificadas como sobresalientes[92].

Así mismo al analizar su comportamiento personal, compromiso institucional, disciplina policial, acatamiento de normas, trabajo en equipo, relaciones interpersonales y condiciones físicas obtuvo un porcentaje promedio de 1200 puntos[93].

De igual manera, se pudo verificar que en la calificación de la promoción y desarrollo de la transformación cultural institucional, respeto y promoción de los derechos humanos, promoción y aplicación del control interno, gerenciamiento del talento humano, alianzas estratégicas con entidades, agremiaciones y comunidad, habilidad en la comunicación oral y escrita, también obtuvo una puntuación de 1200 puntos[94].

En la gestión operativa y administrativa obtuvo un promedio de 950 puntos, obteniendo una calificación ponderada de 1000, teniendo en cuenta que al desempeño personal sólo se le otorga un promedio del 20% y al profesional uno de 80%.

En la última calificación realizada al oficial antes de ser retirado, obtuvo un promedio total de 1200 puntos, siendo clasificado su desempeño como SUPERIOR[95].

Estos logros en el desempeño laboral del Coronel Toro Díaz, corroboran la desviación de

poder en la que incurrió la Policía Nacional, al sustentar el retiro del mismo “en razones del servicio”. Esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a las conductas que constituyen la desviación de poder, tanto en las atribuciones que se han otorgado al legislador, como en las que se han reconocido a las entidades administrativas, precisando que cuando se desnaturalizan las atribuciones concedidas, dejando a un lado el interés general, para darle paso a los caprichos personales, se incurre en la conducta denominada “desviación de poder”. En efecto, en la sentencia C-324 de 2009, se indicó:

“La Constitución determina los fines de interés público que justifican y determinan la actividad tanto legislativa como administrativa, de modo que si se apartan de los mismos en el desempeño de sus funciones se incurre en desviación de poder. De esta manera cuando la Carta asigna determinadas competencias, lo hace con la finalidad de que se procure la satisfacción de unos determinados propósitos orientados siempre por el interés público. Sin embargo, cuando se hace uso de tales atribuciones, ya no orientados por el interés público sino por intereses particulares, se está en el campo de la desviación de poder”.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal de Bolívar, una vez analizadas las pruebas, pudo determinar que los móviles que impulsaron a la Institución a desvincular al coronel Toro Díaz, no correspondían en realidad a la búsqueda del mejoramiento del servicio, sino a una intención arbitraria de impedirle su continuidad en el ejercicio de sus funciones.

8.6.4. Un tercer vicio que se reprocha a la sentencia del Tribunal consiste en una violación directa de la Constitución. Esta situación se presenta, en sentir de la accionante, por cuanto la entidad judicial ordenó que no se descontara de los salarios que se debían pagar al oficial reincorporado, suma alguna por concepto de lo que percibió en razón de su asignación de retiro, obligando a la Policía Nacional a incurrir en una doble erogación que tiene origen en una misma causa, lo que va en contravía del artículo 128 superior.

Al respecto, es necesario hacer claridad en que la autoridad judicial recurrida, en este sentido, sí incurrió en un error de apreciación al valorar la situación de la desvinculación del oficial. Ello por cuanto que desde el planteamiento del problema jurídico a resolver en su sentencia, consideró que la cesación en el servicio por parte del oficial era de carácter “absoluto”.

No tuvo en cuenta esta autoridad judicial que el retiro “por llamamiento a calificar servicios” contenido en los artículos 54, 55 numeral 2 y el artículo 57 del Decreto 1791 de 2000, tenían consecuencias jurídicas diferentes al retiro por “facultad del Gobierno Nacional” contenido en el artículo 62 de la misma disposición[96].

En efecto, el mencionado estatuto en su versión original prescribía:

“ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.” (El énfasis es nuestro).

“ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:

(...)

2. Por llamamiento a calificar servicios.

(...).”

“ARTÍCULO 57. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio.”

Por su parte el artículo 62 de la disposición en comento señalaba:

“ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.” (El subrayado es nuestro)

En esta medida, le asiste razón a la Policía Nacional al considerar que el llamamiento a

calificar servicios conduce únicamente al cese de las funciones en el servicio activo, sin que ello signifique sanción, despido definitivo o “absoluto”, ni exclusión de la entidad; es decir, que solo existe una mutación donde el oficial pasa de ser miembro activo a la reserva, pudiendo incluso ser reincorporado nuevamente, cuando la institución lo requiera en la prestación de servicios especiales.

Así mismo, señala que los oficiales que son objeto de retiro por la causal “llamamiento a calificar servicios” pasan a disfrutar de su asignación de retiro, lo cual en su entender, es un derecho análogo a la pensión de jubilación en otros regímenes laborales. Por tanto, dicha medida solo puede ser aplicable a los miembros de la fuerza pública cuando estos hayan causado el derecho a la prestación que reconoce la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, lo cual ocurre una vez ha cumplido un determinado número de años al servicio de la institución.

Por su parte, el retiro por voluntad del Gobierno o del Director de la Policía Nacional, según el caso, es una potestad dada por el legislador para retirar al personal activo de la institución por razones del servicio y de manera discrecional, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional cuando se trata de oficiales, previo el estudio de cada caso concreto, mediante una apreciación de circunstancias singulares, en las que se concluye la necesidad de remover a un servidor público que no cumple cabalmente con sus funciones, en el entendido de que estas deben estar ajustadas a la teleología fijada por el Constituyente en el artículo 218 superior. Los oficiales así desvinculados pierden cualquier vínculo con la institución y además al ser retirados con cualquier tiempo de servicio, en la mayoría de veces no alcanzan a obtener su asignación de retiro.

Según la interpretación del Tribunal, el Coronel fue desvinculado de la institución mediante la modalidad de retiro por voluntad del Gobierno; no obstante, el mismo pasó a gozar de la asignación mensual por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, lo que lo hizo merecedor de participar en los eventos relevantes para la institución, gozar de las prestaciones sociales que brinda la misma y en su condición de reservista pudo haber sido llamado a prestar algún servicio especial, incluso ser nombrado como agregado de la Policía Nacional en el exterior.

Luego su desvinculación no fue absoluta, ni se puede entender como una destitución. Lo que puede observarse es que por las circunstancias en que ocurrió su retiro, la Policía Nacional: i) no logró desvirtuar que el oficial contaba con los requisitos exigidos en el Decreto 1791 de 2000 y con las pautas establecidas en el decreto 1800, en lo que se refiere a la evaluación de desempeño personal y profesional para poder ascender. ii) Así mismo, tampoco logró demostrar que el coronel retirado quedaba por fuera del grupo seleccionado para ascenso a brigadier general, en razón a una baja evaluación en su escala de medición que lo dejara por fuera del número de cupos asignados por el decreto de planta[97][98]. iii) Esta situación, aunada a los supuestos lazos con personas al margen de la ley, los cuales en ningún momento fueron probados por el Director General de la Policía Nacional de la época, pero que indefectiblemente condujeron al llamamiento a calificar servicios, fueron los elementos constitutivos de la desviación de poder, que declaró el Tribunal de Bolívar.

No obstante, el hecho de que no se haya justificado en debida forma el llamamiento a calificar servicios, no quiere decir que el retiro del oficial devenga en una desvinculación por voluntad del Gobierno Nacional.

De lo anterior se puede concluir que el Coronel José Javier Toro Díaz cesó en su condición de oficial activo bajo la modalidad de “llamamiento a calificar servicios”, prueba de ello es que pasó a devengar su asignación por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, siempre conservó su rango y en ningún momento perdió el vínculo con la institución.

8.6.5. Por todo ello, le asiste razón a la Policía Nacional al considerar que el Tribunal de Bolívar al ordenar que no se descontara suma alguna por concepto de lo percibido por el coronel a título de asignación de retiro, vulnera los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la administración de justicia de la Institución, al obligarla a pagar la totalidad de los salarios dejados de percibir por el oficial desvinculado del servicio activo, siendo que el mismo permaneció como miembro de la reserva, gozando de todas las prestaciones y asignaciones sociales reconocidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

En esa medida, se considera que pese a que el salario y la asignación de retiro tienen una naturaleza diferente, ambas asignaciones provienen del tesoro público, bajo el entendido

que todas las prestaciones que se le reconocen a la Policía Nacional provienen de la Nación, lo que está en abierta contraposición con lo estipulado en el artículo 128 superior[99]. Siendo las cosas de esta manera, encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo de Bolívar, incurrió en este aspecto, en uno de los requisitos especiales que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cual es la violación directa de la Constitución.

Por lo anterior, el cargo propuesto por la institución contra la sentencia del Tribunal de Bolívar, debe prosperar y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia. En consecuencia, se ordenará a la Policía Nacional que compense los dineros recibidos por el oficial José Javier Toro Díaz a título de asignación de retiro, con los dineros que reciba o hubiere recibido a título de salario, ello por cuanto existe prohibición constitucional, que una misma persona reciba dos asignaciones del erario.

En consecuencia, esta Sala comparte la sentencia proferida por el Tribunal administrativo de Bolívar el 16 de diciembre de 2010, en lo atinente a los numerales primero al cuarto y, en consecuencia, se confirmarán parcialmente las sentencias proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección “B”, en primera instancia, la cual data del 26 de mayo de 2011 y la proferida por la Sección Cuarta de dicha colegiatura, dictada el 28 de julio de 2011, en cuanto negaron la acción constitucional impetrada por la Policía Nacional, pero por las precisas consideraciones de esta providencia.

En conclusión la Corte coincide con la decisión tomada por el Tribunal de Bolívar, la cual fue avalada por el Consejo de Estado al proferir sus fallos de tutela, en lo que se refiera a la afirmación de que la desviación de poder constituye una causal de nulidad del acto administrativo que la contiene; sin embargo, discrepa de la apreciación que se realiza respecto de la obligación impuesta a la Policía Nacional de incurrir en una doble erogación de los recursos públicos.

v) Consideraciones adicionales

8.7. En conclusión, puede afirmarse que en un Estado social de derecho como el nuestro, no pueden existir funcionarios con poderes ilimitados que en ejercicio de sus funciones expidan actos administrativos que de alguna manera escapen a la órbita del control por parte de las autoridades, toda vez que se estaría permitiendo indiscriminadamente la

proliferación de actos arbitrarios.

Cuando un funcionario público con facultad para hacerlo, expide un acto administrativo sin motivación, puede estar poniendo en riesgo los derechos fundamentales del afectado directo con el mismo, pero además podría generar las condiciones propicias para que el Estado sea demandado, ocasionándole serias erogaciones al tesoro público a causa de las indemnizaciones y reintegros, lo que en últimas se convierte en una mayor carga impositiva para cada uno de los ciudadanos.

Esta situación no ha sido ajena al legislador[100], quien en aras de garantizar la transparencia en la selección de los aspirantes a ascenso dentro de la más alta jerarquía de la Policía Nacional, ha creado transitoriamente, hasta tanto sean aprobados los proyectos de ley que cursan en el Congreso de la República sobre dicha materia, un debido proceso para verificar la idoneidad operativa, ética y moral de los candidatos escogidos por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y por el Gobierno Nacional para ascender al grado de Oficiales Generales y Oficiales de Insignia de la Fuerza Pública, hasta el más alto grado.

Ello con el fin de desarrollar el contenido del artículo 173, numeral 2 de la Constitución Política, la cual le atribuye al Senado de la República la facultad de “Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde Oficiales Generales y Oficiales de Insignia de la Fuerza Pública, hasta el más alto grado”.

Dentro de los requisitos exigidos por la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, para aprobar o improbar los ascensos de los Oficiales Generales, llama la atención el inciso 5°, del numeral 2° del artículo 1°, de la Resolución de Mesa Directiva en comento, la cual prescribe:

Artículo 1°. Requisitos. Para el trámite por parte de la Comisión Segunda del honorable Senado de la República, de los ascensos de Oficiales Generales y Oficiales de Insignia de la Fuerza Pública, hasta el más alto grado, se deberá cumplir con el lleno de los siguientes requisitos:

(...)

“Informe que contenga las razones y argumentos de la Junta Asesora de Generales de cada Fuerza y del Gobierno Nacional, que determinaron la selección para el ascenso Militar de la Policía nacional.”

La normatividad en cita no hace otra cosa que reconocer la necesidad de motivar los actos mediante los cuales los altos oficiales de la Fuerza Pública son llamados a ascenso. Ello se encuentra en consonancia con la evolución jurisprudencial que esta Corporación ha venido precisando a lo largo de sus más de 20 años de existencia, en lo que respecta a la necesidad de motivar los actos administrativos que crean o modifican derechos de contenido particular y concreto.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de término para decidir.

Segundo.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, –Sección Cuarta-, el 28 de julio de 2011, que a su vez confirmó el dictado por la Sección Segunda Subsección “B” de esa misma corporación, el 26 de mayo de 2011, que denegó las pretensiones de la demanda de tutela impetrada por la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero.- Dejar sin efecto parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en cuanto ordenó que NO se descontara lo percibido por el oficial a título de asignación de retiro de los salarios originados con el reintegro.

Cuarto.- CONFIRMAR en lo demás, por las razones expuestas en este proveído, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el dieciséis (16) de diciembre de 2010, en cuanto ordenó el reintegro del oficial JOSÉ JAVIER TORO DÍAZ.

Quinto.- CONCEDER PARCIALMENTE la protección de los derechos fundamentales al debido

proceso y acceso real y efectivo a la justicia, a la Nación, Ministerio de Defensa –Policía Nacional-, en cuanto a que los dineros pagados al Coronel José Javier Toro Díaz por concepto de asignación de retiro, deben ser compensados con cualquier otra suma que el mismo reciba o haya recibido a título de salario con ocasión de su reintegro o de cualquier otra prestación que tenga origen en el erario de la nación.

Sexto.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-265/13

Dentro de las motivaciones expuestas en la providencia, se señala que el alcance del retiro

de los oficiales y suboficiales, debe obedecer a razones objetivas y precisas, en razón a que la facultad discrecional encuentra una justificación constitucional que obedece a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la Institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general. De acuerdo a esta afirmación, concluye la ponencia que la necesidad de motivación de un acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es necesaria por cuanto la misma contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia. Sobre este punto, es necesario advertir que la anterior conclusión es perfectamente válida tratándose de la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pero no respecto del llamamiento a calificar servicios, presente en el caso concreto, donde la motivación, es decir sus requisitos, están determinados por la ley, los cuales son: tener un tiempo mínimo de servicios y ser acreedor a una asignación de retiro.

RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS-No exige motivación (Salvamento de voto)

Debe tenerse en cuenta que el retiro por llamamiento a calificar servicios no exige motivación porque los requisitos están dados por la ley (Decreto Ley 1791 de 2000, art. 57). De otra parte, si un oficial llega al grado de Coronel es porque tiene una buena trayectoria y ha tenido méritos para ir escalando en la estructura jerárquica, lo cual no significa que todos los coroneles deban ser llamados a curso y ascendidos a General, pues esto es un inviable desde el punto de vista presupuestal pero también estructural y funcional. Al respecto es importante enfatizar en la marcada diferencia que existe, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, entre el retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro por voluntad. Para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes. La exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el

derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquel, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

PROHIBICION DE DOBLE EROGACION DEL ERARIO PUBLICO-Obligación del Oficial reintegrado de devolver a la Caja de Sueldos de Retiro los haberes percibidos en el periodo entre la fecha del retiro y la fecha en que se dispuso el reintegro (Salvamento de voto)

Es importante tener en cuenta que el miembro de la Policía retirado por llamamiento a calificar servicios entra a recibir la asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; por consiguiente, al ser reintegrado sin solución de continuidad y siendo acreedor al pago de los salarios dejados de percibir, se le debe descontar lo pagado por la Caja de Sueldos de Retiro, pues de no hacerlo el funcionario estaría recibiendo una doble remuneración, sin haber estado vinculado laboralmente. Por lo anterior, no debería hablarse en la sentencia de una compensación sino, para el caso concreto, de la obligación que le asiste al oficial en el sentido de devolver a la Caja de Sueldos de Retiro, los haberes percibidos en el periodo comprendido entre la fecha del retiro y la fecha en que se dispuso su reintegro en cumplimiento de la sentencia del Tribunal. Pero además del caso concreto, era de trascendental importancia que la sentencia hubiese hecho claridad sobre este particular, es decir, que en ningún caso el policía reintegrado puede ser beneficiario de esa doble erogación a cargo del Estado.

Referencia: Sentencia T- 265 de 2013

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Con el habitual respeto por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión y por los doctores Jorge Iván Palacio Palacio (ponente) y Nilson Pinilla Pinilla, me permito salvar el voto

respecto a la Sentencia T - 265 de 2013, por cuanto con esta decisión claramente se deja abierta la puerta para la desnaturalización de la estructura jerarquizada y piramidal de la Policía Nacional, así como de la facultad discrecional de este organismo de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

De manera preliminar a exponer los motivos por los cuales me aparto de la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, debo resaltar que los hechos que dieron origen a la providencia cuestionada a través del amparo tutelar, se remiten a que un miembro de la Policía que ejercía el cargo de Coronel y frente al cual existía la imposibilidad de continuar en la carrera de ascensos, demandó en un proceso contencioso administrativo su llamamiento a calificar servicios, obteniendo su reintegro y pago de una indemnización equivalente a ochocientos setenta y cuatro millones ciento treinta y siete mil novecientos treinta y cuatro pesos (\$874.137.934), decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual fue avalada por la Corte Constitucional a través de la presente sentencia, y que a juicio del suscrito desconoce manifiestamente la facultad discrecional de la Policía Nacional de retirar a los funcionarios que cumplan con los requisitos para ser llamados a calificar servicios, lo que deja a esta Institución sin las herramientas que la ley le ha conferido para hacer de la carrera de asenso de sus miembros un proceso selectivo que, en atención a las finalidades constitucionales, concluya con la elección y designación de los miembros más idóneos.

En el caso bajo revisión, la Policía Nacional, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales, puesto que al resolver una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ordenó el reintegro de un oficial de la Policía Nacional, el cual había sido retirado del servicio activo por la causal “llamamiento a calificar servicios”, incurriendo así en varios defectos la actuación, puesto que en las consideraciones de la providencia y las normas enunciadas en la misma, se hizo referencia al “retiro por voluntad del Gobierno Nacional”, otorgándole así igual tratamiento a estas dos causales de retiro.

En la Sentencia T-265 de 2013, se enfatizó que el proceso Contencioso Administrativo sobre el cual recae la queja constitucional, iniciado por el Coronel retirado, obedeció a su

inconformidad, al no ser llamado a realizar el curso para Brigadier General dentro del grupo de oficiales a ascender, pese a las condecoraciones, distinciones y reconocimientos de que fue objeto por parte de la Policía Nacional, por lo que consideró que su llamamiento a calificar servicios no obedeció a una simple discrecionalidad del Gobierno, sino que fue fruto de razones arbitrarias y de unas supuestas informaciones de su presunto vínculo con personas que actuaban al margen de la ley.

En este orden, y tras realizar algunas consideraciones sobre el régimen de ascenso dentro de la carrera de la Policía Nacional, desarrollado por el Decreto 1791 de 2000 y el Decreto 1800 del mismo año, concluyó la sentencia que la desvinculación del accionante no fue absoluta, ni se puede entender como una destitución. Al respecto, señaló que por las circunstancias en que ocurrió su retiro, la Policía Nacional: i) no logró desvirtuar que el oficial contaba con los requisitos exigidos en el Decreto 1791 de 2000, y ii) tampoco logró demostrar que el Coronel retirado quedaba por fuera del grupo seleccionado para ascenso a Brigadier General, en razón a una baja evaluación en su escala de medición que lo dejara por fuera del número de cupos asignados por el decreto de planta. A su vez, destacó que el hecho de que no se haya justificado en debida forma el llamamiento a calificar servicios, no quiere decir que el retiro del oficial devenga en una desvinculación por voluntad del Gobierno Nacional.

De esta manera, comporta la sentencia varias imprecisiones que desconocen claramente el régimen de ascenso de la carrera especial de la Policía Nacional, apartándose de la realidad jurídica existente, tal como se pasará a explicar a continuación:

1. CONFUSIÓN ENTRE LAS CAUSALES LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS Y RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO.

La Sentencia T-265 de 2013 en sus consideraciones lleva a una confusión de las circunstancias y normativas que regulan las causales de retiro por voluntad de la administración y retiro por llamamiento a calificar servicios, situaciones que son claramente diferenciables y que se dan al interior de las fuerzas armadas, estando íntimamente relacionadas con la carrera de ascenso.

Dentro de las motivaciones expuestas en la providencia, se señala que el alcance del retiro de los oficiales y suboficiales, debe obedecer a razones objetivas y precisas, en razón a

que la facultad discrecional encuentra una justificación constitucional que obedece a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la Institución con claro perjuicio del servicio público y del interés general. De acuerdo a esta afirmación, concluye la ponencia que la necesidad de motivación de un acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es necesaria por cuanto la misma contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Sobre este punto, es necesario advertir que la anterior conclusión es perfectamente válida tratándose de la causal denominada retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pero no respecto del llamamiento a calificar servicios, presente en el caso concreto, donde la motivación, es decir sus requisitos, están determinados por la ley, los cuales son: tener un tiempo mínimo de servicios y ser acreedor a una asignación de retiro.

Debe tenerse en cuenta que el retiro por llamamiento a calificar servicios no exige motivación porque los requisitos están dados por la ley (Decreto Ley 1791 de 2000, art. 57). De otra parte, si un oficial llega al grado de Coronel es porque tiene una buena trayectoria y ha tenido méritos para ir escalando en la estructura jerárquica, lo cual no significa que todos los coroneles deban ser llamados a curso y ascendidos a General, pues esto es un inviable desde el punto de vista presupuestal pero también estructural y funcional.

Al respecto es importante enfatizar en la marcada diferencia que existe, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, entre el retiro por llamamiento a calificar servicios y el retiro por voluntad.

La causal de LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS, se encuentra regulada por los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003 en concordancia con el Artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, la que se reitera, obedece a una facultad legalmente otorgada al Gobierno Nacional o al Director General para aplicar esta modalidad de desvinculación, que implica el cese de la obligación de prestar servicios a la Institución.

El artículo 3° de la Ley 857 de 2003 establece que “El personal de Oficiales y Suboficiales

de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden, para el retiro por llamamiento a calificar servicios, la ley exige como presupuesto indispensable de procedencia el cumplimiento previo de los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro, esto es, el tiempo mínimo de servicio prestado en la Institución, que difiere en cada una de las categorías del personal uniformado de la Policía Nacional, a saber, oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes.

Se tiene entonces, que la exigencia de haberse cumplido el tiempo mínimo para hacerse acreedor a una asignación de retiro, constituye una garantía para el funcionario en cuanto que asegura al retirado, como mínimo, el derecho a un porcentaje equivalente de las partidas computables pertinentes, equiparándose esta situación administrativa a lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación, así como continuar con sus derechos a la seguridad social, bienestar y recreación; y además, en una limitante para el nominador que acude a la libre disposición del superior y a favor de aquel, en la medida que, tratándose del retiro por llamamiento a calificar servicios, otorga la certidumbre de que el nominador no podrá hacer uso de la precitada facultad sino después de transcurrido dicho lapso al servicio de la Institución.

Igualmente, el retiro por llamamiento a calificar servicios debe entenderse en el sentido, de ser una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado dentro de la Institución, tal como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-072 de 1996[101], al señalar que es una “acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Declarar la inexequibilidad total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la

conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice a los preceptos superiores". (Subrayado fuera de texto).

Según lo expuesto por la Corte Constitucional y con fundamento en la función que desempeña la Policía Nacional, el llamamiento a calificar servicios se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados en la Policía Nacional, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la Institución Policial, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario; Así mismo, su proyección al nuevo grado, que en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional.

De esta manera, el llamamiento a calificar servicios sólo procede, como en el caso bajo estudio, cuando el oficial ha cumplido más de 15 años de servicio, tiempo en el que puede acceder a la asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía Nacional, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro, como lo pretende hacer ver el accionante y le haya la razón la sentencia, ya que por el contrario, se le garantizó el derecho a que se le reconociera asignación de retiro, deslegitimando de ésta forma, que su retiro haya constituido algún tipo de sanción o ilegalidad, ya que la Policía Nacional cumplió con los presupuestos consagrados en la norma para la aplicación de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios.

Diferente es el caso, cuando el retiro del servicio activo de la Policía Nacional se da en aplicación de la causal RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 1º de la Ley 857 de 2003 y 55 numeral 6 y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, ya que para producirse el mismo, es necesaria la expedición de un acto administrativo de retiro emitido por el Gobierno Nacional o el Director General, previa recomendación de

retiro realizada mediante Acta por la Junta de Evaluación correspondiente, procedimiento que está condicionado al seguimiento de las pautas previstas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, orientadas a la aplicación de ésta causal de retiro en aras del “Mejoramiento del Servicio”, forma adecuada para sustentar tales decisiones discrecionales, ya que el deficiente desempeño, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio defectuoso e irregular a la sociedad de los miembros de la Policía, conlleva a la pérdida de confianza con la que deben contar los miembros de esta Institución para el desempeño de sus funciones enmarcadas dentro del artículo 218 de la Constitución Política, generando lógica y consecuentemente la decisión de retirarlos del servicio activo, mediante esta causal de retiro autónoma, independiente y completamente diferente a la que motivó el retiro del señor oficial, motivos por los que, nuevamente se desvirtúa la presunta violación al principio de sus derechos fundamentales por parte de la Policía Nacional.

Es importante llamar la atención que si no se puede llevar a cabo el retiro por calificación de servicios, se originaría el ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo cual es imposible no sólo por tener la Policía Nacional una estructura jerarquizada y piramidal, sino desde el punto de vista de la disponibilidad presupuestal y de la planta de personal que se establece frente a este organismo en la Constitución Política de Colombia, circunstancia que está siendo olvidada por la Sentencia T- 265 de 2013 y que, tal como se advirtió en precedencia, avala la posibilidad de que a través del amparo excepcional de tutela se controviertan decisiones propias de la Policía Nacional, las cuales han sido adoptadas con fundamento en las disposiciones legales vigentes y sin el quebrantamiento de ningún derecho fundamental de sus funcionarios.

2. NO SE DESARROLLÓ SUFICIENTEMENTE LA TEORÍA DE LA DOBLE EROGACIÓN.

La Sentencia T-265 de 2013, con una explicación sucinta, ordena la compensación de los dineros pagados al oficial retirado por concepto de asignación de retiro con cualquier otra suma que haya recibido a título de salario con ocasión de su reintegro.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó el pago de una millonaria indemnización a favor del oficial

retirado y con cargo al erario público, lo cual amerita un desarrollo a fondo sobre la teoría de la doble erogación y una explicación concienzuda de el por qué se deben compensar estos dineros, puesto que lo establecido por la jurisprudencia constitucional es pauta y directriz para los jueces ordinarios frente a los cuales se ventilan controversias como la aquí planteada, debiendo dejarse claro este tema para efectos de evitar decisiones judiciales en contravía del patrimonio del Estado.

En este sentido, es importante tener en cuenta que el miembro de la Policía retirado por llamamiento a calificar servicios entra a recibir la asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; por consiguiente, al ser reintegrado sin solución de continuidad y siendo acreedor al pago de los salarios dejados de percibir, se le debe descontar lo pagado por la Caja de Sueldos de Retiro, pues de no hacerlo el funcionario estaría recibiendo una doble remuneración, sin haber estado vinculado laboralmente.

Pero además del caso concreto, era de trascendental importancia que la sentencia hubiese hecho claridad sobre este particular, es decir, que en ningún caso el policía reintegrado puede ser beneficiario de esa doble erogación a cargo del Estado.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Aparte tomado de las Sentencias del 16 de noviembre de 1995 y del 8 de mayo de 1996, proferidas por la Corte constitucional, sin indicar el número de la providencia por del Tribunal.

[2] Decreto 1791. Artículo 55.- CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:

(...)

2. Por llamamiento a calificar servicios.

(...)

Artículo 57. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de oficiales, suboficiales, y agentes de la Policía nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicios (...).

[3] Decreto 1791 de 2000. Artículo 3°. DETERMINACIÓN DE LA PLANTA. La planta de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de la Institución, y tendrá como marco de referencia un plan quinquenal revisado anualmente. La planta detallará el número de miembros por grado.

[4]CAPÍTULO III. DE LOS ASCENSOS.

ARTÍCULO 20. CONDICIONES PARA LOS ASCENSOS. Los ascensos se conferirán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación del Desempeño.

(...)

ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA ASCENSO DE OFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y SUBOFICIALES. Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.

6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.

7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.

PARAGRAFO 1. Para ingresar al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel, los aspirantes que hayan superado la trayectoria profesional deberán someterse previamente a un concurso, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional. Quien pierda el concurso por dos (2) veces será retirado del servicio activo por incapacidad académica.

(...)

ARTÍCULO 22. EVALUACIÓN DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.
2. Proponer al personal para ascenso.
3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.

PARÁGRAFO 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en

servicio activo de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 23. TIEMPO MÍNIMO DE SERVICIO EN CADA GRADO. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1405 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Fíjanse los siguientes tiempos mínimos, como requisito para ascender al Grado inmediatamente superior:

1. Oficiales

Subteniente cuatro (4) años

Teniente cuatro (4) años

Capitán cinco (5) años

Mayor cinco (5) años

Teniente Coronel cinco (5) años

Coronel cinco (5) años

Brigadier General cuatro (4) años

Mayor General tres (3) años

Teniente General tres (3) años.

(...)

ARTÍCULO 25. ASCENSO A BRIGADIER GENERAL. Para ascender al grado de Brigadier General, el Gobierno, oído el concepto de la Junta Asesora para la Policía Nacional, escogerá libremente entre los Coroneles, que hayan cumplido las condiciones que este Decreto determina y se hayan capacitado en los programas que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Educación Policial.

(...)

ARTÍCULO 29. PRELACIÓN EN ASCENSOS POR CLASIFICACIÓN. La escala de medición de que trata el Decreto de Evaluación del Desempeño, determina un orden de prelación en los

ascensos.

[5] Ver al respecto la sentencia T-362 de 2005.

[6] Ver las sentencias T-462 de 1997, T-723 de 2005, T-999 de 2005 y T-201 de 2010, entre otras.

[7] Sentencia T-201-93

[8] Ver sentencias T-238- 96, T-300 -00, SU-1193-00, T-200- 04, T-1212-04, C-030-06.

[9] T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

[10] Sentencia T-405 de 1996.

[11] Sentencia 173/93.

[12] Sentencia T-504/00.

[13] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

[14] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

[15] Sentencia T-658/98

[16] Sentencias T-088/99 y SU.1219/01

[17] Sentencia T-522/01

[18] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[19] Sentencias SU.159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

[20] Sentencias T-343 de 2011, T-138 de 2011, T-792 de 2010, T-364 de 2009, T-808 de 2007 y T-086 de 2007, entre otras.

[21] Sentencia T-189 de 2005.

[22] Sentencia T-205 de 2004.

[23] Sentencia T-800 de 2006.

[24] Sentencia T-522 de 2001.

[25] Sentencia SU.159 de 2002.

[26] Sentencias T-051 de 2009 y T-1101 de 2005.

[27] Sentencias T-462 de 2003, T-001 de 1999 y T-765 de 1998.

[28] Sentencias T-066 de 2009 y T-079 de 1993.

[29] Sentencias T-462 de 2003, T-842 de 2001 y T-814 de 1999.

[30] Sentencia T-018 de 2008.

[31] Sentencia T-086 de 2007.

[32] Sentencia T-231 de 1994.

[34] Sentencias T-086 de 2007, T-1285 de 2005 y T-114 de 2002.

[35] Sentencias T-292 de 2006, T-1285 de 2005, T-462 de 2003 y SU.640 de 1998.

[36] En la sentencia T-808 de 2007, se expuso: "... en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse además, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico".

[37] Sentencias T-143 de 2011 y T-567 de 1998.

[38] Cfr. sentencia T-442 de 1994.

[39] Cfr. sentencia SU.1300 de 2001.

[40] Cfr. sentencia T-442 de 1994.

[41] Cfr. sentencia T-538 de 1994.

[42] Sentencia SU.159 de 2002.

[43] Cfr. sentencia T-442 de 1994.

[44] Cfr. sentencia T-538 de 1994.

[45] Ibíd. sentencia T-442 de 1994.

[46] Cfr. sentencia T-576 de 1993.

[47] Cfr. sentencia T-239 de 1996.

[48] Cfr. Sentencias T-138 de 2011 y SU.159 de 2002.

[49] Cfr. sentencias SU.159 de 2002 y T-442 de 1994.

[50] Sentencia T-138 de 2011.

[51] Cfr. Sentencia T-902 de 2005.

[52] Ibidem.

[53] Ibidem.

[54] Ver al respecto la Sentencia C-072 de 1996.

[55] Ver Acto Legislativo 03 de 1910, Artículo 40.

[56] Al respecto ver las sentencias del Consejo de Estado proferidas el 21 de febrero de 2002, Sección 2, Subsección A, Rad. 25000-23-25-000-1995-9552-01 (1569-00); y el 7 de marzo de 2002, Sección 2, Subsección A, Rad. 68001-23-31-000-1997-3030-01 (2955-01).

[57] Sentencia C-734 de 2000. Esta posición ha sido igualmente defendida por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. (...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02).

[58] El contenido de esta norma se mantuvo incólume en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

[59] Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

[60] Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

[61] No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

[62] Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley

determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

[63] Sentencia C-429 de 2001.

[64] Sentencia C-525 de 1995.

[65] JOSSE RAND, Luis J. El abuso de los derechos y otros ensayos. “Relatividad y abuso de los derechos”. Editorial Temis. Bogotá. 1.982, pág. 25.

[66] Sentencia T-602 de 1992.

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp.: 17009.

[68] Sentencia SU- 917 de 2007.

[69] Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.

[70] Ibídem

[71] Sentencia C-415 de 2002.

[73] En la Sentencia C-557 de 2001, la Corte hace una clara exposición sobre la doctrina del derecho viviente y el papel preponderante que para la misma tiene la jurisprudencia y la doctrina especializada.

[74] Sentencia Ibídem.

[75] Cfr. la Sentencia C-426 de 2002.

[76] Decreto 041 de 1994.

ARTÍCULO 50. COMITÉ DE EVALUACIÓN DE OFICIALES SUPERIORES. <Decreto derogado por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000> El Comité de Evaluación de Oficiales Superiores estará integrado por el Subdirector General, por los dos oficiales generales que le sigan en antigüedad, que se encuentren en la guarnición de Santafé de Bogotá y por el Subdirector de Recursos Humanos, quien actuará como secretario.

ARTÍCULO 52. COMITÉ DE EVALUACIÓN DE OFICIALES SUBALTERNOS. <Decreto derogado por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000> El Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, estará integrado por dos (2) oficiales generales de la Policía Nacional en servicio activo, designados por el Director General de la Policía Nacional, el Subdirector de Recursos Humanos y el Jefe de la División de Procedimientos de Personal, quien actuará como Secretario.

[77]ARTÍCULO 75. RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 6 del Decreto 573 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte.

PARÁGRAFO. Los retiros de los oficiales por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 76. CAUSALES DE RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 7 del Decreto 573 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo del personal de oficiales y suboficiales, se produce por las siguientes causales:

1. Retiro temporal con pase a la reserva:

a) Por solicitud propia;

b) Por llamamiento a calificar servicios;

c) Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial;

d) Por incapacidad profesional;

e) Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

2. Retiro absoluto:

a) Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez;

b) Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres;

c) Por conducta deficiente;

d) Por destitución;

e) Por suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, superior a ciento ochenta (180) días;

f) Por voluntad del Gobierno o la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso;

g) Por muerte.

[78] Artículo 5. El artículo 26 del Decreto 262 de 1994 quedará así:

Artículo 26. Retiro. Es la situación en que por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional los agentes cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de llamamiento especial al servicio o movilización.

[79] Código Contencioso Administrativo. Art. 36, hoy artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

[81] Entre otras, las sentencias C-525 de 1995, T-1173 de 2008 y T-871 de 2008.

[82] Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006, T-432 de 2008 y T-064 de 2007.

[83] Sentencia T-297 de 2009.

[84] Sentencia T-297 de 2009.

[85] Artículo 15 del decreto 1791 de 2000.

[86] Artículo 22. Evaluación de la trayectoria profesional. La evaluación de la trayectoria profesional del personal, estará a cargo de las Juntas de Evaluación y Clasificación que para cada categoría integrará el Director General de la Policía Nacional. Las Juntas tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Evaluar la trayectoria policial para ascenso.
2. Proponer al personal para ascenso.
3. Recomendar la continuidad o retiro en el servicio policial.

Parágrafo 1. Para el ascenso a Brigadier General, la evaluación de la trayectoria policial de los Coroneles estará a cargo de la Junta de Generales, integrada por los Generales en servicio activo de la Policía Nacional. (El énfasis es nuestro).

Parágrafo 2. El Director General de la Policía Nacional señalará las funciones y sesiones de la Junta de Generales, cuyas decisiones en todo caso se tomarán por mayoría de votos.

[87] Sobre este tema, en sentencia C-1173 de 2005 la Corte manifestó: “Ahora bien, sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario de carrera afectado cuando se invoca en su contra información reservada, la Corte, atendiendo las particularidades de los diferentes regímenes de carrera estudiados, ha señalado que: (i) se debe permitir al afectado conocer y controvertir el informe reservado;[87] (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables;[87] (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario debe ser objetiva a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público ;[87] (iv) se debe informar al funcionario las razones de la exclusión, – que deben ser por demás expresas-, en la medida en que el carácter de información reservada sólo puede alegarse frente a terceros.[87] Lo anterior, como se verá posteriormente, no obsta para que, de ser necesario mantener la reserva de la información para asegurar los fines de la investigación o para prevenir la comisión de delitos, ésta sea preservada aún frente al afectado, mientras las circunstancias indiquen la necesidad de mantener la reserva; pero superadas tales circunstancias, o concluida la etapa procesal que obliga a la reserva, se deberá garantizar al

afectado que lo solicite el acceso a dicha información para que pueda controvertirla.”
(resaltado fuera de texto).

[88] Al respecto, también se puede consultar los Decretos 573 y 574 de 1993.

[89] Sobre las funciones y composición de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, se puede consultar los Decretos 1512 de 2000 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones.” y 1932 de 1999 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”.

[90] Dentro de los reconocimientos más importantes otorgados al oficial Toro Díaz, se pueden mencionar los siguientes:

Año 1997-1998.

-Felicitación. O.I. NRO. 248 del 281097, por su invaluable labor profesional mostrada con ocasión de los comicios electorales.

-Felicitación Especial por haber sido condecorado con la medalla Alcaldía de Medellín como reconocimiento a su trabajo.

-Felicitación Decreto 1384 del 041197. La alcaldía de Medellín le concede la medalla al mérito “GONZALO MEJÍA” categoría plata, por su planeación y desempeño profesional en la reducción de diferentes delitos.

-ORDEN DE LA ANTIOQUEÑIDAD. Resolución núm. 028 del 300498. La Asamblea de Antioquia lo declara “HIJO ADOPTIVO DE ANTIOQUIA”, por los invaluable servicios prestados al departamento.

-Felicitación O.I. 186 de 150898. Por la excelente labor preventiva y operativa mostrada con ocasión de la celebración de la Feria de las Flores en la ciudad de Medellín.

-Felicitación O.I. NÚM. 212 del 170998. Por la excelente labor profesional cumplida con ocasión de la celebración en la ciudad de Medellín la reunión de Comandantes a Nivel País de la Policía Nacional, la cual contó con la participación del Presidente de la República, el

Ministro de Defensa y otras altas personalidades de la nación.

-Distinción Resolución núm. 2440 del 211098, “Cruz al Mérito” reconocida por el D.A.S.

-Reconocimiento del Consejo de Medellín por el cumplimiento del deber y la contribución al mejoramiento de la seguridad ciudadana.

-Condecoración de la gobernación de Antioquia con la “Medalla Atanasio Girardot” por la labor abnegada y responsable en pro de la restauración del orden público.

Año 1999:

-Reconocimiento Resolución núm. 022 del 230699, de la Asamblea Departamental por su eficiente labor para combatir la inseguridad y delincuencia de la ciudad de Medellín y el departamento de Antioquia.

-condecoración Resolución núm. 128 del 100699 concede la Orden del Congreso de la República en el grado “GRAN OFICIAL”.

-Reconocimiento mediante Resolución núm. 060 del 250699, Consejo de Medellín exalta el trabajo en beneficio de la comunidad.

-Felicitación O.I. núm. 184 del 100899. Por su profesionalismo, mística y compromiso institucional al servicio de la ciudad.

-Felicitación O.I. núm. 209 del 090999. Por su abnegada labor y ejemplar desempeño.

-Condecoración mediante Resolución Núm. 1542 del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. Concede CRUZ AL MÉRITO.

-Condecoración Decreto Núm. 2672 del 101199. Gobernación de Antioquia concede el “Escudo de Antioquia Categoría Oro” como reconocimiento a su trabajo, al servicio de la Policía Nacional, institución a la que ha defendido con lealtad digna de su cargo.

-Condecoración “ESCUDO DE ANTIOQUIA” categoría oro, por su excelente desempeño profesional.

Año 2000:

-Distinción mediante Decreto núm. 1295 del 211200. El alcalde de Medellín le otorga la distinción “MEDALLA AL MÉRITO CÍVICO GONZALO MEJÍA, CATEGORÍA ORO”, por su excelente participación en el proceso de seguridad de la ciudad de Medellín.

-Distinción Resolución núm. 9137 del 291200. La Escuela de Comunicaciones y Electrónica le otorga la distinción “I.C. Jorge Mouledoux Barón.

Año 2001:

-Felicitación especial de la dirección Operativa de la policía Nacional por los excelentes resultados obtenidos en el plan denominado “Toma de la ciudad de Cartagena”.

-Condecoración Decreto núm. 1498 del 190701. El Ministerio de Defensa le concede la Medalla Orden del Mérito Militar “Antonio Nariño”, en la categoría comendador. Por sus virtudes militares y profesionales.

-Condecoración Decreto Núm. 0849 del 151101. El Alcalde de Cartagena le otorga la medalla al Mérito Turístico “CARTAGENA DE INDIAS” por sus aportes prestados al turismo de la ciudad.

-Condecoración mediante Decreto núm. 2638 del 071201. El señor Presidente de la República le confiere la condecoración “Orden al Mérito Seguridad Presidencial” por primera vez en la categoría de Grado Oficial, por su colaboración, eficiencia y lealtad en procura de garantizar la seguridad del señor Presidente de la República y la de su familia.

Año 2002.

En este último año de vínculo con la Institución fue objeto de por lo menos diez (10) felicitaciones por sus logros en materia operativa ayudando a desarticular el crimen organizado en la ciudad de Cartagena.

En total durante su carrera policial alcanzó 98 condecoraciones.

[91] Artículo 36 del C.C.A. En la legislación vigente corresponde al artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

[92] Folio 42 del cuaderno principal.

[93] Folio 62 del cuaderno principal.

[94] Folio 72 del cuaderno principal.

[95] Ibídem.

[96] Dichos artículos fueron objeto de control abstracto en la sentencia C-253 de 2003, declarándose inexecutable algunos apartes contenidos en éstos.

[97] Decreto 1800 de 2000. ARTÍCULO 45. CLASIFICACIÓN PARA ASCENSO. Es el promedio de las evaluaciones anuales durante el tiempo de permanencia en el grado respectivo; determina la nueva ubicación del evaluado dentro de la disposición para ascenso y, por consiguiente, su posición dentro del escalafón en el nuevo grado.

[98] ARTÍCULO 47. CLASIFICACIÓN PARA ASCENSO.

1. Quien quede clasificado en la escala de medición en el rango de “Deficiente”, en el último año de su grado para ascenso, no podrá ascender y quedará en observación durante un (1) año, al término del cual deberá obtener como mínimo una clasificación en el rango de “Aceptable” para poder ascender.
2. Cuando el promedio aritmético de las evaluaciones para ascenso ubique al evaluado en la escala de medición en el rango de “Deficiente”, no podrá ascender y quedará en observación durante un (1) año, al término del cual deberá obtener como mínimo una clasificación en el rango de “Aceptable”.
3. El evaluado que se encuentre detenido, que tenga pendiente resolución acusatoria dictada por autoridad judicial competente o que esté sometido a investigación disciplinaria por faltas, que de conformidad con las normas de Disciplina y ética de la Policía Nacional tengan naturaleza de gravísimas, no se clasifica para ascenso; en este último evento, en caso de resultar absuelto, previa clasificación y reunir los demás requisitos, podrá ascender con la misma antigüedad.
4. El ascenso de los clasificados debe hacerse en estricto orden numérico, tomando como

base el promedio de las evaluaciones anuales durante la permanencia en el grado. En caso de existir igualdad en promedios, su ubicación en el escalafón seguirá el orden del último ascenso. (El énfasis es nuestro).

[99] Artículo 128. “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”.(El subrayado es nuestro).

[100] Al respecto ver la Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, año XXI Núm. 711 del 19 de octubre de 2012. Comisión Segunda Constitucional Permanente, Resolución de Mesa Directiva Núm. 002 de 2012.

[101] Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.