

Sentencia T-297-09

Referencia: expediente T-2204349

Acción de tutela instaurada por Pedro Antonio López Muñoz contra la Dirección de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena, con vinculación oficiosa del Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, el Ministro de Defensa Nacional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y el Presidente

de

la

República.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvieron la acción de tutela promovida por Pedro Antonio López Muñoz contra la Dirección de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena.

I. ANTECEDENTES

El 27 de octubre de 2008, Pedro Antonio López Muñoz interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena contra la Dirección de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y de petición.

Fundamentó su acción en los siguientes:

## 1. Hechos

1.1 El accionante indica que ingresó a la Policía Nacional el 20 de enero de 1985.

1.2 Señala que el 19 de agosto de 2008, el Comandante de la Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Tello, le informó que al parecer su conductor, quien se encontraba de vacaciones, “había sido visto en el sector de El Rodadero en compañía de un individuo de nombre Jimmy Zapata Salinas alias “El Coyote” integrante de la banda criminal Los Nevados.”

1.3 Afirma que en esa misma fecha, con el fin de precisar lo sucedido respecto de su conductor, mediante oficio No. 210 le solicitó al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Tello, “se adelanten las actividades y acciones que surtan para las investigaciones disciplinarias y penales correspondientes a que haya lugar.”

1.4 Manifiesta que el 29 de agosto 2008, en ejercicio de sus funciones como Subcomandante de la Policía del Magdalena, recibió un correo electrónico enviado por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, mediante el cual -en su criterio como consecuencia de lo informado por el Comandante de la Policía del Magdalena con relación a su conductor-, por orden expresa del Director de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional debía retirarse de su cargo e iniciar un período de vacaciones de 95 días.

1.5 Sostiene que debido a su inconformidad con la decisión de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, el 30 de agosto de 2008, mediante escrito dirigido al Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando Pantoja Cuellar, solicitó información sobre si existía alguna actuación disciplinaria o

judicial en su contra relacionada con el comportamiento de su conductor.

1.6 Afirma que el 3 de septiembre de 2008, conversó con el Subdirector de la Policía Nacional, General Rafael Parra Garzón, quien le señaló que “iba a ordenar una verificación interna” a fin de constatar si existía alguna actuación disciplinaria o judicial en su contra.

1.7 Indica que el 10 de octubre de 2008, “ante la angustia y zozobra” por su situación laboral, abordó al Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional, General Oscar Gamboa Arguello, quien después de escuchar sus inquietudes, le indicó: “...mire qué amistades o relación tiene con los del Hotel Tamacá, le doy esa pista, mire por ahí...”.

1.8 Señala que dado lo anterior, el 13 de octubre de 2008 solicitó por escrito al Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional, General Oscar Gamboa Arguello, “las anotaciones, registros, denuncias y/o quejas que la Región de Policía No. 08 u otras entidades tengan en mi contra con el fin de ejercer mi derecho a la defensa, conocimiento de pruebas y contradicción de las mismas.”

1.9 Sostiene que a la fecha de presentación de la presente acción de tutela, el Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando Pantoja Cuellar, el Subdirector de la Policía Nacional, General Rafael Parra Garzón, y el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional, General Oscar Gamboa Arguello, no se han pronunciado sobre las solicitudes indicadas.

## 2. Solicitud de tutela

2.1 Con fundamento en los hechos descritos anteriormente, el 27 de octubre de 2008, Pedro Antonio López Muñoz interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena contra la Dirección de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y de petición.

2.2 En su criterio, las autoridades accionadas vulneran sus derechos fundamentales al

debido proceso y al trabajo, al pretender su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, con base en su presunta relación con miembros de la organización criminal “Los Nevados”.

2.3 En este sentido, considera que la falta de información sobre los hechos y cargos que se le imputan para el efecto, no sólo vulnera su derecho fundamental de petición, sino también su derecho a la defensa, pues no ha tenido la posibilidad de controvertir dichas acusaciones.

2.4 Por lo anterior, solicitó ante al juez de tutela “dar protección de los derechos constitucionales fundamentales (...), quebrantados al pretenderme retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por las acusaciones que injustamente me realizan,”, así como ordenar a las autoridades accionadas pronunciarse sobre las solicitudes presentadas el 30 de agosto, el 3 de septiembre y el 13 de octubre de 2008.

### 3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, la cual mediante auto del día 28 de octubre de 2008 ordenó su notificación a las autoridades accionadas.

3.2 Adicionalmente, solicitó información sobre si existen actuaciones disciplinarias en contra del actor, el estado de las mismas y “copia de la documentación que soporta su diligenciamiento así como de las determinaciones adoptadas en su curso.” Igualmente, solicitó “fotocopia autenticada de la resolución a través de la cual se concedió vacaciones por lapso de noventa y cinco (95) días al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz.” Por último, solicitó a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional “para que certifique si existe solicitud de retiro del accionante, por parte del Comando del Departamento de Policía del Magdalena o del Comandante de la Región de Policía No. 8.”

3.3 Finalmente, vinculó al presente trámite al Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena.

Respuesta del Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional

3.4 Mediante escrito del 4 de noviembre de 2008, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional (E), Coronel Carlos Ramiro Mena Bravo, solicitó al juez de tutela denegar el amparo invocado.

3.5 Para fundamentar su petición, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional (E) señaló que en atención a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, las autoridades públicas gozan de un término de 15 días para dar respuesta a las peticiones presentadas por los ciudadanos. Al respecto, precisó que si se tiene que el 13 de octubre de 2008 el actor presentó la petición referida en el escrito de tutela, para la fecha de interposición de la presente acción de tutela el término para dar respuesta a la misma aún no se encontraba agotado.

3.6 En el mismo sentido, señaló que la petición aludida no satisface lo previsto en el artículo 5 del Código Contencioso Administrativo, pues el actor omitió indicar la dirección a la cual debe remitirse la respuesta.

3.7 Sin embargo, sostuvo que mediante oficio No. 01903 del 2 de noviembre de 2008, dio respuesta a la solicitud incoada por el accionante el 13 de octubre del mismo año.

3.8 Con relación al presunto retiro del accionante del servicio activo de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional (E) transcribió in extenso los artículos 55 a 69 del 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.”, subrayando de manera especial el artículo 62 “Retiro por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía Nacional”.

En concordancia con lo anterior, de la misma manera transcribió los artículos 1 y 2 de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, (...)”, subrayando los apartes referidos a la facultad del Gobierno Nacional para ordenar el retiro del servicio de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

Sobre este punto, el Comandante de la Región No. 8 de Policía Nacional (E) concluyó: “Analizando lo anterior se puede deducir que los retiros del personal en especial el de un señor Teniente Coronel de la Policía Nacional, se encuentran en cabeza

del señor Ministro de Defensa Nacional, por tanto las afirmaciones del accionante carecen de acervo legal, en lo referente a que el comandante de la Policía del Magdalena como el Regional de Policía No. 8 lo quiere retirar, siendo declaraciones fuera de contexto y temerarias.”

3.9 Con fundamento en lo expuesto, resaltó que en caso de que el Gobierno Nacional hiciera uso de su facultad para retirar del servicio activo de la Policía Nacional al accionante, a la luz del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no sería procedente, toda vez que existen otros medios de defensa judicial para atacar dicha decisión.

3.10 En todo caso, afirmó que de conformidad con la consulta realizada al sistema de información disciplinaria de la Policía Nacional, SIJUR, no existe registro de sanciones disciplinarias impuestas al accionante o de investigaciones adelantadas en su contra.

Respuesta del Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena

3.11 En escrito dirigido al juez de tutela el 4 de noviembre de 2008, el Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando José Pantoja Cuellar, solicitó no conceder la tutela interpuesta.

3.12 Para el efecto, el Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena indicó que mediante oficios No. 2013 del 27 de octubre de 2008 y 2152 del 1° de noviembre de 2008, se dio respuesta a las peticiones presentadas por el actor el 30 de agosto de 2008 y el 25 de octubre del mismo año, respectivamente.

3.13 En todo caso, sobre el particular, precisó: “Manifiesto al señor magistrado como lo denoté al señor Coronel Pedro Antonio López Muñoz en el documento de respuesta al derecho de petición escrito de fecha 25 de octubre de 2008, no soy la unidad competente evaluadora y que las situaciones relativas a la conducta, comportamiento y actuaciones policiales, se circunscriben a los efectos de la evaluación del desempeño profesional previsto por el decreto 1800 de 2000, a la cual no tiene acceso el suscrito como subalterno y que tratándose del folio de vida limita su privacidad a las partes (Revisor, evaluador y evaluado).”

3.14 De otro lado, mediante comunicación del 4 de noviembre de 2008, el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Lara Tello, remitió al juez de instancia constancia de antecedentes disciplinarios del actor, expedida el 31 de octubre de 2008 por la Inspección General de la Policía Nacional y “poligrama (sic) de fecha 29 de agosto de 2008, por medio del cual ordenan notificar al señor Teniente Coronel Pedro Antonio López, que deberá salir a disfrutar 95 días de vacaciones.”

3.15 Adicionalmente, envió copia del Decreto 3871 de 2008 del 3 octubre de 2008, por medio del cual el Ministro de Defensa Nacional ordena retirar al actor del servicio activo de la Policía Nacional a partir del 23 de octubre de 2008, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003.

3.16 Por su parte, la Dirección de la Policía Nacional guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

3.17 Mediante auto del 10 de noviembre de 2008, luego de analizar los documentos remitidos a su Despacho, especialmente el Decreto 3871 de 2008 del 3 octubre de 2008, por medio del cual el Ministro de Defensa Nacional ordena retirar al actor del servicio activo de la Policía Nacional, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, vinculó al presente trámite al Presidente de la República, al Ministro de Defensa Nacional y a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Respuesta del Ministro de Defensa Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional

3.19 Para fundamentar su petición, en primer lugar, las autoridades vinculadas al presente trámite advirtieron que “El retiro del personal uniformado de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios difiere completamente del retiro por facultad discrecional del Gobierno Nacional o del Director Teniente Coronel en aras del mejoramiento del servicio.”

3.20 En este orden, precisaron que en atención a la sentencia C-072 de 1996 de la Corte Constitucional, 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 (...) que 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 y permeabilización (sic), al permitir el ascenso de los más sobresalientes .”

3.21 En concordancia con lo anterior, explicaron que los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003 que regulan la figura del retiro por llamamiento a calificar servicios, deben ser analizados de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”, en el sentido en que sólo procede el retiro por llamamiento a calificar servicios si se cumplen los requisitos para acceder a la asignación de retiro, esto es, “lo que en el régimen laboral privado equivale a una pensión de jubilación.”

3.22 Así, las autoridades vinculadas señalaron que en virtud de las normas que regulan la materia, el retiro por llamamiento a calificar servicios está sujeta al cumplimiento de dos requisitos: (i) el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, “el que para el caso fue emitido mediante acta de la citada junta que aprobó y recomendó el retiro del servicio activo del actor.”; y (ii) que la persona llamada a calificar servicios lleve 15 años o más al servicio de la Policía Nacional.

3.23 Por último, afirmaron que a la luz del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente acción de tutela es improcedente, toda vez que existen otros medios de defensa judicial para atacar el Decreto 3871 de 2008 del 3 octubre de 2008, por medio del cual el Ministro de Defensa Nacional ordenó retirar al accionante del servicio activo de la Policía Nacional. Al respecto, resaltaron que no se encuentra demostrado que dicha decisión cause un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales invocados, situación que igualmente implica la improcedencia de solicitud de amparo como mecanismo transitorio de protección.

3.24 Por su parte, el Presidente de la República guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

4.1 Copia de la solicitud dirigida el 13 de octubre de 2008 por el Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz al Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional, General Oscar Gamboa Arguello (folios 10 a 12, cuaderno 2).

4.2 Copia del oficio No. 210 remitido el 19 de agosto de 2008 por el Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Lara Tello (folio 13, cuaderno 2).

4.3 Copia del oficio No. 225 remitido el 30 de agosto de 2008 por el Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz al Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando José Pantoja Cuellar (folio 14, cuaderno 2).

4.4 Copia de la "HOJA DE VIDA DEL SEÑOR TC PEDRO ANTONIO LÓPEZ MUÑOZ", expedida el 1° de septiembre de 2008 por el Jefe de Área de Recursos Humanos del Departamento de Policía del Magdalena, IT Javier Hernando Yanquen Cárdenas (folios 25 a 31 y 66, cuaderno 2).

4.5 Copia de la constancia expedida el 31 de octubre de 2008 por el Secretario de la Oficina de Control Disciplinario Interno "DEATA" de la Policía Nacional, Intendente César Enrique Díaz Vides, con relación a la ausencia de registros sobre sanciones disciplinarias impuestas al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz (folios 48, 58 y 72, cuaderno 2).

4.6 Copia del oficio No. 01903 remitido el 2 de noviembre de 2008 por el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Lara Tello al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz (folios 49 y 59, cuaderno 2).

4.7 Copia del oficio No. 2013 remitido el 27 de octubre de 2008 por el Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando José Pantoja Cuellar, al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz (folios 60 y 67, cuaderno 2).

4.8 Copia del oficio No. 2152 remitido el 1° de noviembre de 2008 por el Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando José Pantoja Cuellar, al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz (folios 61 y 69, cuaderno 2).

4.9 Copia del escrito dirigido el 25 de octubre de 2008 por el Teniente Coronel Pedro

Antonio López Muñoz al Jefe Seccional de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, Capitán Fernando José Pantoja Cuellar (folio 68, cuaderno 2).

4.10 Copia de la comunicación remitida el 29 de agosto de 2008 por el Director de Talento Humano de la Policía Nacional, Coronel Alejandro Callejas Camacho, al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Tello, mediante el cual le informa que “El señor TC López Muñoz Pedro Antonio debe salir a disfrutar 95 días de vacaciones de las 7:00 horas del 310808,” (folio 71, cuaderno 2).

4.11 Copia de la comunicación remitida el 22 de octubre de 2008 por la Jefe del Grupo de Retiros de la Policía Nacional, Comisaria Claudia Dilsa López Vargas, al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Tello, mediante el cual le informa que en virtud del Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008, el Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz ha sido llamado a calificar servicios (folio 73, cuaderno 2).

4.12 Copia del Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 “Por el cual se retira del servicio activo a un personal de oficiales de la Policía Nacional”, expedido por el Ministro de Defensa Nacional (folio 74, cuaderno 2).

4.13 Copia del “Formulario 2 de seguimiento” del Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz, expedido por la Policía Nacional (folios 78 a 88, cuaderno 2).

4.14 Copia del oficio No. 1125 remitido el 11 de noviembre de 2008 por el Jefe de Asuntos Jurídicos de la Dirección de Inteligencia Policial de la Policía Nacional, Sargento Ángela Patricia Salamanca Beltrán, al Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz (folio 103 y 167, cuaderno 2).

4.15 Copia del “Formulario 1 Evaluación del Desempeño Policial” del Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz, suscrito por el Comandante del Departamento de la Policía del Magdalena, Coronel Roque Ángel Tello (folios 104 a 107, cuaderno 2).

## II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

1.1 En sentencia del día 24 de noviembre de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena declaró la improcedencia de la acción de tutela incoada.

1. Para ello, la Sala sostuvo que el actor satisface los dos requisitos previstos en la Ley 857 de 2003 y el Decreto 4433 de 2004 para el retiro por llamamiento a calificar servicios, toda vez que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente de tutela, aquel se encuentra vinculado a la Policía Nacional hace más de 23 años y el Ministro de Defensa Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional emitieron concepto favorable para el efecto según Acta No. 008 suscrita el 18 de septiembre de 2008.

En este sentido, la Sala concluyó: “[E]n efecto, como se encuentra probada la existencia del acta de recomendación de retiro suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, así como el requisito temporal del tiempo de servicio, se dio cumplimiento a las exigencias de la ley para adoptar la decisión de retiro del servicio activo del accionante y por tal razón, no se profirió con vulneración de sus derechos al debido proceso ni a la defensa, pues resulta claro que, atendiendo la naturaleza de la opción adoptada por el Gobierno Nacional, no se requiere una sentencia sancionatoria o un procedimiento previo para adoptar tal determinación, si no únicamente el concepto favorable de la mencionada Junta, el cual se encuentra acreditado en la situación fáctica que ocupa la Sala.”

1.3 Así, en aplicación del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, en criterio de la Sala, la acción de tutela interpuesta es improcedente, pues en concordancia con el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial a fin de atacar el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 por el cual se ordenó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional.

Sobre este punto, la Corporación judicial anotó que, en todo caso, “no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza del actor, dado que como se dejó sentado, desde el mismo momento de su desvinculación y sin solución de continuidad,

goza de asignación de retiro determinada por los porcentajes indicados en las normas transcritas.”

1.4 De otro lado, la Sala resaltó que durante el trámite de la presente acción de tutela, las autoridades accionadas dieron respuesta a las solicitudes de información presentadas por el actor el 30 de agosto, 3 de septiembre y el 13 y 25 de octubre de 2008, situación que hace inocua la protección de su derecho fundamental de petición.

### 1. Impugnación de Pedro Antonio López Muñoz

2.1 Mediante escrito del 1° de diciembre de 2008, el accionante solicitó ante el juez de instancia revocar el fallo adoptado, y en su lugar, conceder la tutela interpuesta.

2.2 Al sustentar la impugnación, el actor precisó que en atención a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 1° de la Ley 857 de 2003, de manera previa a la decisión de su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional debió emitir un concepto mediante el cual se indicaran las razones de dicha decisión. Sin embargo, señala que en su caso dicho concepto no existe o, por lo menos, no se le dio a conocer para que en su calidad de afectado contravirtiera los argumentos expuestos en su contra.

### 3. Sentencia de segunda instancia

3.2 Para sustentar su decisión, la Sala reiteró lo expuesto por el juez de tutela de primera instancia, en el sentido de señalar que la acción de tutela interpuesta es improcedente, pues en concordancia con el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial para desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 por el cual se ordenó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional. Al respecto, precisó que en consideración de las pruebas que obran en el expediente de tutela, no se encuentra demostrada la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre los derechos fundamentales del accionante, situación que igualmente hace improcedente la acción de tutela como

mecanismo transitorio de protección.

3.3 Por último, resaltó que durante el trámite de la presente acción de tutela, las autoridades accionadas dieron respuesta a las solicitudes de información presentadas por el actor, razón por la cual no está llamada a prosperar la protección constitucional invocada en este sentido.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

#### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 19 de marzo de 2009, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

#### 2. Problemas jurídicos

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos y en atención a las decisiones de los jueces de instancia, en primer lugar, corresponde a la Corte determinar si la presente acción de tutela es procedente para amparar los derechos fundamentales del actor, presuntamente vulnerados como consecuencia de su retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, según decisión adoptada por el Ministro de Defensa Nacional mediante el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008.

En este sentido, la Corte deberá establecer si a la luz de las especificidades del caso concreto, los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos al alcance del actor son idóneos para proteger sus derechos fundamentales.

2.2 En caso afirmativo, en segundo lugar, esta Sala abordará el problema jurídico sustancial, esto es, determinar si dicha decisión vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Pedro Antonio López Muñoz, toda vez que en el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 no se expresaron las razones por las cuales se produjo su desvinculación del servicio activo de la Policía Nacional. Al respecto, deberá establecer si existen informes o documentos previos que sustenten la recomendación de retiro efectuada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional el 18 de septiembre

de 2008, y si los mismos fueron dados a conocer oportunamente al actor.

2.3 Para dar solución a los problemas jurídicos planteados, esta Sala deberá pronunciarse sobre la regla general de improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Así mismo, hará referencia al conjunto de normas que regulan el retiro del servicio activo de los oficiales de la Policía Nacional, particularmente del retiro por llamamiento a calificar servicios. Por último, reiterará el criterio de esta Corporación relativo a los límites de la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y su relación con la efectividad del derecho fundamental al debido proceso. En este punto, abordará la jurisprudencia constitucional que desarrolla el tema de la debida motivación de los actos administrativos de retiro y la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y de los comités de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que cumplen funciones en ese sentido.

2.4 Finalmente, con base en lo anterior, esta Sala estimará si se deben amparar los derechos fundamentales invocados por Pedro Antonio López Muñoz y, por tanto, revocar la sentencia de tutela proferida el 4 febrero de 2009 por la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dentro del presente trámite.

### 3. Requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia

3.1 De acuerdo con el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Así mismo, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.”, dispone:

“La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de

dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

Al respecto, en la sentencia T-698 de 2004, esta Corporación sostuvo:

“El principio enunciado de subsidiariedad resulta ser una exigencia fundamental para la procedibilidad de la acción, en la medida en que es necesario que quien alega la vulneración haya agotado los medios de defensa disponibles por la legislación, para lograr la protección de sus derechos<sup>4</sup>. La razón de ser de esta exigencia, es la de confirmar que una acción subsidiaria como la tutela, no pueda ser considerada como una instancia más en el tránsito jurisdiccional, ni tampoco como un camino extraordinario para solucionar las eventuales falencias de los procesos ordinarios o contenciosos. Menos aún cuando es en estas jurisdicciones en donde se encuentran previstos los mecanismos propios para conjurar los posibles inconvenientes que se susciten para las partes durante los trámites procesales. Al respecto esta Corporación ha señalado que la jurisdicción ordinaria y contenciosa, es “sede por antonomasia del ejercicio dialéctico entre las diversas posiciones de las partes”<sup>5</sup> (...). De allí que la exigencia del agotamiento efectivo de los recursos correspondientes, como expresión de la subsidiariedad de la acción de tutela frente a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, se haga evidente”.

3.3 Así, a la luz del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor<sup>6</sup>. Igualmente, la jurisprudencia tampoco ha consentido el ejercicio de la acción de tutela como el último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para proteger los derechos presuntamente vulnerados<sup>7</sup>.

3.4 Por el contrario, dado el diseño constitucional de la acción de tutela, ésta es la única acción judicial que debe ser ejercida para garantizar la protección de los derechos fundamentales. De ahí que de forma reiterada, la Corte ha estimado que la acción de

tutela no puede ser tramitada para decidir conflictos de rango legal, pues con este propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes<sup>8</sup>. Incluso, en virtud de esta regla jurisprudencial, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente cuando a pesar de existir medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, los derechos presuntamente conculcados tienen la naturaleza de fundamentales y, en consecuencia, la acción de tutela es el medio judicial llamado a garantizar su protección<sup>9</sup>.

3.5 Ahora bien, en desarrollo del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judicial, la acción de tutela procederá de manera excepcional cuando:

1. Los medios de defensa judicial no son idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados<sup>10</sup>.
2. A pesar de que los medios de defensa judicial son idóneos, la acción de tutela debe concederse como mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales<sup>11</sup>.
- (3) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela<sup>12</sup>.

3.6 En suma, en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, la acción de tutela sólo será procedente si dichos mecanismos de protección ya se encuentran agotados. Sin embargo, de manera excepcional, la acción de tutela será procedente si dichos mecanismos no son idóneos; la solicitud de amparo debe ser concedida para evitar un perjuicio irremediable y el accionante es un sujeto de especial protección constitucional.

4. Fundamentos normativos del retiro del servicio activo de los oficiales de la Policía

Nacional. Retiro por llamamiento a calificar servicios

4.1 De conformidad con el artículo 216 de la Constitución Política, la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional<sup>13</sup>. En este sentido, en concordancia con el artículo 218 constitucional, “La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil”, cuyo fin esencial es el mantenimiento de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de la convivencia pacífica en el territorio nacional.

4.2 En atención a las normas constitucionales indicadas<sup>14</sup>, mediante 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”, bajo el entendido de que el retiro del servicio activo de la Policía Nacional “Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio”<sup>15</sup>, en su artículo 55 se previeron las siguientes causales de retiro: (1) por solicitud propia; (2) por llamamiento a calificar servicios<sup>16</sup>; (3) disminución de la capacidad psicofísica; (4) incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez; (5) destitución; (6) por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes; (7) por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial; (8) incapacidad académica; (9) desaparecimiento; y (10) por muerte<sup>17</sup>.

4.3 En este orden, con relación a las condiciones previstas para que se considere procedente el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, el artículo 57 del citado Decreto establece<sup>18</sup>:

“RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de 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.” (Negrilla fuera del texto original).

4.4 En concordancia con lo anterior, el artículo 3 de la Ley 857 de 2003 establece que los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional sólo pueden ser llamados a calificar servicios si cumplen los requisitos para ser beneficiarios de la asignación de retiro, esto

es, “una asignación mensual<sup>19</sup>”cancelada en los términos fijados en las normas correspondientes<sup>20</sup>.

4.5 Por su parte, el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.”, indica que el retiro de los oficiales de la Policía Nacional por las causales previstas en su artículo 2, incluida la causal de llamamiento a calificar servicios, “se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional.<sup>21</sup>”

4.6 Ahora bien, el mismo artículo prevé:

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

4.7 De conformidad con lo anterior, se tiene que el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios es una modalidad de desvinculación adoptada mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional, que implica que el uniformado cesa en su obligación de prestar sus servicios a esa institución<sup>22</sup>. Así mismo, que esta modalidad de desvinculación de la Policía sólo procede cuando de manera simultánea se satisfacen dos requisitos, a saber: (1) el agente ha cumplido más de 15 años de servicio o 20 si se trata del personal del nivel ejecutivo, situación que en concordancia con el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, lo hace beneficiario de una asignación de retiro; y (2) la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional ha dado su concepto previo favorable para el efecto<sup>23</sup>.

4.8 Ahora bien, mediante la sentencia C-072 de 1996, esta Corporación analizó la exequibilidad de la disposición según la cual el llamamiento a calificar servicios procede en virtud del cumplimiento del término de servicios a la institución previsto en la ley<sup>24</sup>

. Al respecto, luego de advertir que “la disposición acusada no obliga al Ejecutivo ni a la Policía Nacional a efectuar el llamamiento a calificar servicios cuando el oficial o suboficial haya cumplido los quince años en la Institución.”, esta Corte precisó:

“[E]l llamamiento a calificar servicios (...) [es un] 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. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.

Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.” (Negrilla fuera del texto original).

En este orden, la citada sentencia fue enfática en afirmar que debido a las características del retiro por llamamiento a calificar servicios contempladas en la ley, esta modalidad de retiro no puede ser entendida como una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental al debido proceso.

En efecto, en esa oportunidad, esta Corporación señaló:

“Tal entendimiento de la norma, que es el aducido por el impugnador, implicaría en efecto una abierta violación de la Carta Política, en especial de sus artículos 25 y 53, si se aceptara que el llamamiento a calificar servicios es apenas una forma de desvinculación laboral, pues, sobre esa base, el obligado retiro del empleo, sin razón justificativa distinta

al tiempo de servicios y sin el beneficio de la pensión, significaría un franco desconocimiento de la protección especial al trabajo y de la estabilidad en el mismo. También podría resultar violado el artículo 29 de la Constitución, si el llamamiento a calificar servicios se tomara como una sanción, por carencia de unas razones previamente definidas en la ley y por ausencia absoluta del debido proceso y en particular del derecho de defensa, sin que por otra parte medien en la norma las mismas circunstancias admitidas por la Corte en la Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995 (M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), en lo relativo a la necesidad de garantizar el servicio idóneo.” (Negrilla fuera del texto original).

“Así, declarar la inexecutable 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 los preceptos superiores, al paso que si se optara por la declaración de inexecutable de la condición introducida por la norma acusada a la facultad de la institución nominadora -la exigencia de que hayan transcurrido quince años de servicio- se plasmaría una discrecionalidad absoluta que acabaría con el derecho del oficial o suboficial a una estabilidad mínima en el desempeño de su función y, por tanto, conduciría a la eliminación de una garantía, plasmada en favor de quienes integran el contingente humano de la Policía Nacional, que tampoco vulnera precepto alguno de la Carta Política.

No se aprecia en la norma motivo de inconstitucionalidad alguno y, en consecuencia, será declarado executable.” (Negrilla fuera del texto original).

4.9 En síntesis, el retiro del servicio activo 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. Esa modalidad de desvinculación sólo procede cuando (1) el agente ha cumplido más de 15 años de servicio o 20 si se trata del personal del nivel ejecutivo; y (2) la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional ha dado su concepto previo favorable. Así, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el llamamiento a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía Nacional, razón

por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, como una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental al debido proceso, en particular el derecho de defensa.

5. Límites a la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Motivación de los actos administrativos de retiro y concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación. Reiteración de Jurisprudencia

5.1 En varias oportunidades, la Corte Constitucional se ha referido a la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional<sup>25</sup>. Al respecto, ha considerado que dicha discrecionalidad tiene pleno respaldo constitucional, pues dada las características especiales de estos cuerpos y la necesidad de “garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública,<sup>26</sup>” la discrecionalidad en los actos de retiro constituye “un instrumento normal, y por lo demás necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones.<sup>27</sup>”

5.2 Sin embargo, la jurisprudencia que desarrolla la materia ha estimado que la discrecionalidad de los actos de retiro no es absoluta. Al respecto, ha precisado que sus límites se encuentran en la efectividad y prevalencia de los derechos fundamentales y que, de ninguna manera, aquella puede ser confundida con la arbitrariedad.

En efecto, en la sentencia C-179 de 2006, este Tribunal indicó:

“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.” (Negrilla fuera del texto original).

5.3 De ahí que la Corte haya sostenido reiteradamente que la consideración anterior se traduce en tres aspectos que permiten concluir que un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución, estos son: (1) El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>28</sup>; (2) 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<sup>29</sup>; y (3) 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<sup>30</sup>.

Sobre este punto, en la sentencia C-525 de 1995, la Corte explicó:

“[No] pued[e] haber extralimitación de atribuciones, que desconozca los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional. Este debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública. 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.” (Negrilla fuera del texto original).

5.4 Ahora bien, por revestir especial importancia para resolver el presente caso, resulta necesario abordar la jurisprudencia constitucional que desarrolla el tema de la debida motivación de los actos administrativos de retiro y la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y de los comités de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para el efecto.

5.4.1 Al respecto, en primer lugar, esta Corporación ha estimado que se debe diferenciar

entre la desvinculación como resultado de procesos disciplinarios y la desvinculación discrecional por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional<sup>31</sup>. En este sentido, como se indicó anteriormente, la Corte ha afirmado que estas modalidades de retiro del servicio activo, incluido el llamamiento a calificar servicios, no pueden ser ejercidas como una sanción encubierta, toda vez que de esta manera se actuaría de manera contraria al artículo 29 de la Constitución Política por falta de un proceso con el lleno de las exigencias constitucionales y, en consecuencia, por la afectación directa del derecho de defensa<sup>32</sup>.

5.4.2 En segundo lugar, la Corte ha estimado que el concepto previo de las juntas asesoras y de los comités de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, relacionado con su facultad para “recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa los (...), llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional<sup>33</sup>”, garantiza la efectividad del derecho fundamental al debido proceso.

Sobre este punto, esta Corporación ha sostenido que el respeto por el derecho fundamental al debido proceso se expresa en el cumplimiento de los siguientes supuestos<sup>34</sup>: (1) la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión<sup>35</sup>, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto<sup>36</sup>; (2) la recomendación en comento debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio<sup>37</sup>; y (3) el informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, deben ponerse en conocimiento del afectado<sup>38</sup>.

Así, en la sentencia C-179 de 2006, la Corte señaló:

“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.” (Negrilla fuera del texto original).

5.4.3 Con relación a la motivación del acto administrativo mediante el cual se adopta la decisión de retiro, la Corte ha estimado que en él se deben indicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de retiro, pues es con base en los argumentos expuestos en dicha decisión que el afectado podrá garantizar su derecho de defensa en esa instancia y -de no estar de acuerdo con ella-, eventualmente acudir ante la justicia contenciosa para solicitar el amparo de sus derechos.

En efecto, en la sentencia T-1168 de 2008, al estudiar el caso de cuatro policías que fueron retirados del servicio activo con base en un acto administrativo carente de motivación, este Tribunal explicó:

“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”<sup>39</sup> 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.

La motivación permite dilucidar el límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera

así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que contraviene los postulados esenciales de un Estado de Derecho en donde lo que impera no es el poder puramente personal<sup>40</sup>, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley.” (Negrilla fuera del texto original).

5.4.4 Ahora bien, en el evento en que el retiro del servicio tenga fundamento en pruebas e informes de carácter reservado, a fin de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso del uniformado, esa documentación debe ponerse en su conocimiento, pues “El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado.<sup>41</sup>”

Al respecto, en la sentencia C-1173 de 2005, esta Corporación concluyó:

“5.1. La jurisprudencia de la Corte ha convalidado la existencia de información de carácter reservado en contextos diferentes: (i) dentro de procesos administrativos, disciplinarios o penales, donde la información reservada es invocada en contra del interesado,<sup>42</sup> (ii) como elemento de juicio para determinar la procedencia de la declaratoria o prórroga de un estado de excepción,<sup>43</sup> o (iii) para determinar la responsabilidad de las autoridades en la provisión de protección especial a personas amenazadas.<sup>44</sup>

Para el caso de las normas bajo estudio, resulta pertinente examinar la forma como la información reservada es empleada en procesos administrativos. En este contexto, la Corte ha (i) declarado exequibles disposiciones legales que autorizan retirar discrecionalmente del servicio a ciertos funcionarios con base en información reservada,<sup>45</sup> pero también (ii) ha condicionado la exequibilidad del empleo de estos informes a que se garantice el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario afectado, y ha declarado su inexecuibilidad cuando ello no ha sido así.<sup>46</sup>” (Negrilla fuera del texto original).

5.5 En consideración de las reglas jurisprudenciales señaladas, en varias oportunidades<sup>48</sup>, la Corte ha tutelado el derecho fundamental al debido proceso de los uniformados de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, en los eventos en que han sido retirados del servicio activo con base en la facultad discrecional del Gobierno Nacional

o de la dirección de dichas instituciones, sin que para el efecto en el acto administrativo de retiro se encuentren las razones que fundamentan esa decisión.

En estas oportunidades, con el propósito de amparar los derechos fundamentales de defensa y acceso a la administración de justicia, la Corporación ha ordenado que se proceda a realizar la motivación del acto administrativo respectivo, de tal manera que, de estimarlo necesario, el actor pueda acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener el amparo de sus derechos.

5.6 En conclusión, la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tiene pleno respaldo constitucional. Sin embargo, dicha discrecionalidad no es absoluta. En este sentido, un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución, cuando es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; el acto administrativo de retiro se encuentra debida y suficientemente motivado, de conformidad con el concepto previo emitido por la junta asesora o comité de evaluación, según el caso; y existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la fuerza pública.

## 6. Estudio del caso concreto.

6.1 Con base en las consideraciones y fundamentos expuestos anteriormente, esta Sala de Revisión determinará si la presente acción de tutela es procedente para amparar los derechos fundamentales del actor, presuntamente vulnerados como consecuencia de su retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, según decisión adoptada por el Ministro de Defensa Nacional mediante el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008.

En este sentido, la Corte deberá establecer si a la luz de las especificidades del caso concreto, los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos al alcance del actor son idóneos para proteger sus derechos fundamentales.

6.2 En caso afirmativo, esta Sala abordará el problema jurídico de fondo, es decir, determinar si dicha decisión vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Pedro Antonio López Muñoz, toda vez que en el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 no se expresaron las razones por las cuales se produjo su desvinculación del servicio activo de la

Policía Nacional. Al respecto, deberá establecer si existen informes o documentos previos que sustenten la recomendación de retiro efectuada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional el 18 de septiembre de 2008, y si los mismos fueron dados a conocer oportunamente al actor.

6.3 En concordancia los fundamentos normativos de esta sentencia, como pasará a demostrarse, la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, se debe revocar la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró su improcedencia.

Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta Sentencia, esta Sala concluyó que en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, la acción de tutela sólo será procedente si dichos mecanismos de protección ya se encuentran agotados. En este sentido, de manera excepcional, dijo la Sala, la acción de tutela será procedente si dichos mecanismos no son idóneos; la solicitud de amparo debe ser concedida para evitar un perjuicio irremediable y el accionante es un sujeto de especial protección constitucional.

Dado lo anterior, a juicio de esta Sala la presente acción de tutela es procedente, toda vez que a pesar de que en el presente caso existen otros medios de defensa judicial para atacar la decisión adoptada por el Ministro de Defensa Nacional mediante el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008, estos no son idóneos para proteger los derechos invocados.

En efecto, de conformidad con los hechos que fundamentan el caso sub iudice, la pretensión de tutela se circunscribe a garantizar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, particularmente del derecho de defensa, y de acceso a la administración de justicia. En este orden, en sede de tutela la protección constitucional implica determinar si se debe ordenar o no la motivación del acto administrativo mediante el cual se adoptó la decisión de retiro. De este modo, a juicio de esta Sala es claro que la discusión sobre la legalidad de dicho acto y el eventual restablecimiento del derecho, es un asunto que sólo puede ser resuelto mediante el ejercicio de los medios ordinarios de defensa judicial.

En este punto, se debe precisar que a luz de las especificidades del caso concreto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo de protección, si se tiene en cuenta que de no considerarse la necesidad de motivación del acto administrativo que ordenó el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, el accionante carecería de elementos de defensa suficientes para atacar su legalidad y, por tanto, solicitar el amparo de sus pretensiones ante la justicia contenciosa.

Así las cosas, se concluye que en el presente caso la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para conceder la protección constitucional solicitada.

6.4 Ahora bien, esta Sala pasará a determinar si la decisión de retiro del servicio activo de la Policía Nacional de Pedro Antonio López Muñoz vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

En primer lugar, esta Sala encuentra probado que en reunión celebrada el 18 de septiembre de 2008, el Ministro de Defensa Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, determinaron:

(...)

b) Por llamamiento a calificar servicios. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1,2 numeral 4 y artículo 3 de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, se propone retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios al siguiente personal de oficiales:

(...)

TC PEDRO ANTONIO LÓPEZ MUÑOZ

(...)

Se somete a consideración de la Junta Asesora y al no haber objeción alguna se recomienda y aprueba por unanimidad.<sup>49</sup>”

Igualmente, se encuentra probado que mediante el Decreto 3871 del 3 de octubre de

2008, “previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional”, se retiró del servicio activo de esa institución al accionante “POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS (...), de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2 numeral 4° y 3° de la Ley 857 de 2003, a partir del 23 de octubre de 2008.50”

En segundo lugar, esta Sala encuentra que en el Acta No. 008 del 18 de septiembre de 2008 suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, así como en el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, no se expresaron las razones por las cuales se produjo la desvinculación del Teniente Coronel Pedro Antonio López Muñoz.

Al respecto, se debe reiterar que la falta de motivación anotada constituye una vulneración de los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, pues como se indicó en las consideraciones generales de esta sentencia, la debida motivación de la decisión dota al accionante de argumentos para garantizar su derecho de defensa y, eventualmente, acudir ante la administración de justicia para obtener el amparo de sus pretensiones.

En este punto se debe recordar que la recomendación de la Junta que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce en el caso concreto. Motivación que, se reitera, debe corresponder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y al cumplimiento del fin primordial que debe satisfacer la Policía Nacional en virtud de la Constitución.

En tercer lugar, esta Sala encuentra que no existe prueba de que la recomendación de la Junta respecto del retiro del servicio activo del actor haya estado precedida de informes y pruebas que permitan justificar esa decisión, así como tampoco en la valoración objetiva de su hoja de vida y de su carrera en la institución. Igualmente, no existe prueba de que, de existir, dichos informes se hayan puesto en conocimiento del accionante para garantizar su derecho de defensa en esa instancia.

En todo caso, se debe advertir que a pesar de que el llamamiento a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del

personal uniformado de la Policía Nacional, esta modalidad de desvinculación no puede ser ejercida como una sanción encubierta para soslayar las exigencias del debido proceso y del derecho de defensa. En este sentido, es claro que el llamamiento a calificar servicios debe ejercerse de conformidad con esas exigencias y en correspondencia con su diseño legal y fundamento constitucional, dentro del marco de una decisión que, aunque discrecional, no puede ser arbitraria.

6.5 En virtud de lo anterior, dado que quedó demostrado que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Pedro Antonio López Muñoz, al omitir su deber de motivar en debida forma el acto administrativo mediante el cual decidió retirarlo del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, esta Corporación revocará la decisión adoptada el 4 febrero de 2009 por la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dentro del presente trámite y, en su lugar, concederá el amparo invocado.

6.6 Para el efecto, en atención a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 857 de 200351, ordenará al Ministerio de Defensa Nacional que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga en conocimiento del accionante el informe con fundamento en el cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó y aprobó su retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios. En el mismo término, el Ministerio deberá motivar el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

Por último, no amparará el derecho fundamental de petición, toda vez que durante el trámite de la presente acción, las autoridades demandadas dieron respuesta a las solicitudes presentadas por el actor<sup>52</sup>.

#### IV. DECISIÓN

##### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el día cuatro (4) de febrero de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Pedro Antonio López Muñoz contra la Dirección de

la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena, con vinculación oficiosa del Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, el Ministro de Defensa Nacional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y el Presidente de la República.

Segundo.- CONCEDER la tutela del derecho fundamental de Pedro Antonio López Muñoz al debido proceso.

Tercero.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga en conocimiento de Pedro Antonio López Muñoz el informe con fundamento en el cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó y aprobó su retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.

En el mismo término, el Ministerio de Defensa Nacional procederá a motivar en debida forma el Decreto 3871 del 3 de octubre de 2008, mediante el cual ordenó el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios de Pedro Antonio López Muñoz, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con Excusa

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-297 de 2009

Referencia: expediente T-2.204.349

Acción de tutela instaurada por Pedro Antonio López Muñoz contra la Dirección General de la Policía Nacional y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, en la presente oportunidad me permito aclarar mi voto en relación con la acción de tutela de la referencia que en sede de revisión prosperó, motivo por el cual la Sala le ordenó al Ministerio de Defensa Nacional poner en conocimiento del demandante “el informe con fundamento en el cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó y aprobó su retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios”.

Además, se le ordenó al Ministerio “motivar en debida forma el decreto 3871 del 3 de octubre de 2008, mediante el cual ordenó el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios de Pedro Antonio López Muñoz, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia”.

Como bien lo señala la Sentencia, existe una clara distinción entre el retiro que se produce en razón de faltas disciplinarias y aquel que tiene su origen en el llamamiento a calificar servicios. Buena parte de la jurisprudencia de la Corporación referente a la motivación de actos administrativos mediante los cuales se dispone el retiro se refiere a la primera de las hipótesis que, ciertamente, ha dado lugar a que se conceda

el amparo solicitado y se ordene motivar, siempre y cuando se compruebe que el respectivo acto carece de la expresión de las razones que condujeron al retiro, con lo cual se deja al afectado sin la posibilidad de controvertir adecuadamente la decisión.

Según la jurisprudencia constitucional, que incluso se cita en la Sentencia, el llamamiento a calificar servicios es una modalidad válida de culminar la carrera de oficial y de facilitar el relevo dentro de la línea jerárquica, lo que lo distingue de otras clases de retiro con efectos puramente laborales o sancionatorios. En esas condiciones, el margen de apreciación de la autoridad llamada a decidir acerca del retiro es más amplio que en circunstancias diferentes, pues los propósitos institucionales del llamamiento a calificar servicios se encuentran establecidos y son de sobra conocidos.

Así las cosas, la trascendencia de la motivación del acto de retiro no es idéntica en uno y otro caso. Es cierto que la jurisprudencia ha advertido que el llamamiento a calificar servicios debe obedecer a sus genuinos propósitos institucionales y producirse dentro de las condiciones que jurídicamente lo autorizan, condiciones que, de paso sea consignado, constituyen una garantía para el oficial que de tal modo culmina su carrera.

Cabe, entonces, que el llamamiento a calificar servicios en alguna eventualidad pueda encubrir una velada finalidad de aplicar una sanción o de prescindir de alguien que, por ejemplo, ha perdido la confianza de la institución. En tales supuestos es evidente que se desvirtúa el auténtico objetivo de la figura y que, en esa medida, la garantía de los derechos del afectado abriría un margen más amplio a la indagación de los motivos reales del retiro.

Sin embargo, en una situación como la descrita, cobra especial relevancia la prueba conducente a demostrar que, tras el llamamiento a calificar servicios, hay circunstancias diferentes a las que, en condiciones normales, lo generan y no basta la simple afirmación de que ello es así o expresar una simple sospecha fundada en algún rumor. Sólo cuando se acredite que, por ejemplo, el llamamiento a calificar servicios encubre la imposición de una sanción, podría ordenarse mediante tutela la motivación del acto respectivo, pues si tal acreditación no existe, lo apropiado sería procurar la discusión del asunto en su sede natural, con todas las garantías y con mayores oportunidades probatorias y de otra índole.

Es mi opinión que en el caso resuelto mediante la sentencia objeto de esta aclaración no se logra establecer que, efectivamente, se haya utilizado el llamamiento a calificar servicios como un medio expedito para imponer una especie de sanción o para evadir el proceso orientado a definir la correspondiente responsabilidad.

No obstante, se le ha ordenado al Ministerio de Defensa Nacional que motive el acto y para ello se ha proyectado al ámbito del llamamiento a calificar servicios la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha sentado respecto de la motivación de los actos administrativos que disponen el retiro por motivos estrictamente disciplinarios, de los cuales no se hace mención en el respectivo acto.

En otros términos, creo que la Sentencia distingue acertadamente entre las dos modalidades de retiro, pero no le asigna a cada una de ellas la consecuencia que le atañe en atención a las diferencias que median entre una y otra. A mi juicio, habría bastado con la orden de poner en conocimiento del actor el informe con base en el cual la Junta Asesora, de conformidad con lo legalmente previsto, recomendó y aprobó el retiro por llamamiento a calificar servicios, a fin de que el actor tenga la oportunidad de comprobar que dicho trámite efectivamente se surtió y, en ese sentido, aclaro mi voto.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-049 de 2009, T-015 de 2009, T-913 de 2008, T-884 de 2008, T-983 de 2007, T-942 de 2007, T-843 de 2006, T-753 de 2006, T-1321 de 2005, T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003 y T-1121 de 2003.

2 Sobre la necesidad de agotamiento de los recursos extraordinarios de defensa judicial, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: “En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de

tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (...) Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).” (Negrilla fuera del texto original).

3 Sin embargo, esta Corporación ha considerado que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela se entiende satisfecho en aquellos eventos en que de conformidad con las particularidades del caso concreto, los mecanismos ordinarios o extraordinarios de defensa judicial carecen de objeto porque de antemano se estima que no están llamados a prosperar. En efecto, en la sentencia T-997 de 2007, la Corte señaló: “Así, si se tiene que mediante auto del día 13 de febrero de 2007, la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio decidió negar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación, al considerar que la cuantía de las pretensiones de la demanda ordinaria laboral instaurada por los actores contra Caprecom no excede de 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esta Sala concluye que si bien los accionantes se encontraban en la posibilidad de intentar el recurso de queja contra la decisión que denegó el recurso de casación, se puede inferir que de acuerdo con los argumentos expuestos por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, dicho recurso carecía de objeto pues el recurso de casación resultaba improcedente por incumplimiento del requisito de la cuantía previsto para el efecto. Por consiguiente, esta Sala considera que si en el presente caso el recurso de casación resultaba improcedente, no es admisible el argumento expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de tutela del día 11 de abril de 2007, según el cual la presente acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues los accionantes no interpusieron el recurso de queja contra la decisión adoptada por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, que negó la procedencia del recurso de casación por incumplimiento del requisito de la cuantía exigido por la ley para ello. Es decir, para esta Sala no es posible sostener que la acción de tutela interpuesta es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, por no hacer uso de un recurso ordinario que carece de objeto y que de acuerdo con lo expuesto por el juez competente para su

conocimiento, está condenado a fracasar. Así pues, dado que el caso sub judice cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, para esta Sala, ésta es procedente para efectos del presente fallo.” (Negrilla fuera del texto original).

4 En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-441 de 2003 y T-742 de 2002, entre otras.

5 Sentencia T-606 de 2004.

6 Al respecto, se puede consultar las sentencias T-080 de 2009, T-565 de 2008, T-372 de 2007 y T-275 de 2004.

7 Ver, entre otras, las sentencias T-1029 de 2008, T-937 de 2008 y T-421 de 2008.

8 Sobre el particular, se puede consultar las sentencias T-015 de 2009, T-344 de 2008 y T-184 de 2007.

9 Sobre este punto, por ejemplo, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela cuando se afectan derechos fundamentales directamente relacionados con la vulneración de derechos colectivos (ver sentencias T-1259 de 2008, T-410 de 2003, T-325 de 2002, T-364 de 1999, T-046 de 1999 y T-244 de 2008). Igualmente, sobre la procedencia de la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa judicial es la acción de cumplimiento (ver sentencia T-113 de 2009, T-496 de 2008, T-784 de 2006 y T-113 de 2001).

10 Ver, por ejemplo, la sentencia T-765 de 2008.

11 Con relación a los requisitos para que se configure un perjuicio irremediable, en la sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte señaló: “Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela,

como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”

(Negrilla fuera del texto original).

12 Ver, por ejemplo, la sentencia T-874 de 2007.

13 En la sentencia C-421 de 2002 la Corte identificó las diferencias institucionales, jurídicas, de estructura y organización que existen en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “o arresto” contenida en el artículo 66 del 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”.

14 Al respecto, en la sentencia C-179 de 2006, la Corte indicó: “Tanto para la Policía Nacional como para las Fuerzas Militares, el Constituyente de 1991, dispuso un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario. Con fundamento en dicho régimen, han sido expedidas por el legislador ordinario y extraordinario múltiples disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, los ascensos, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de dichas instituciones, todo ello dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta su naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades constitucionales, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.”

15 Artículo 54, Decreto 1791 de 2000. Mediante la sentencia C-253 de 2003, la Corte declaró la inexequibilidad del inciso final de este artículo y de las expresiones: de los oficiales; por el decreto del Gobierno; y el; y suboficiales, del inciso segundo. Esto al estimar que el presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000.

En el mismo sentido, se puede consultar el artículo 1° de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional (...).”

16 En concordancia con el artículo 2° de la Ley 857 de 2003, el retiro por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Gobierno Nacional -en el caso de los Oficiales-, o del Director General de la Policía Nacional -en el caso de los Suboficiales- y por incapacidad académica, son causales aplicables a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

17 Mediante la sentencia C-253 de 2003, la Corte declaró la inexecutable de las expresiones: del gobierno para oficiales y; y los suboficiales, contenidas en el numeral 6 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

De otro lado, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1562 de 2003, el Presidente de la República delegó en el Director General de la Policía Nacional la facultad de definir el retiro de los Suboficiales de la Policía Nacional, en los eventos señalados en el artículo 55 del Decreto 1791 de 2000.

18 En el mismo sentido, se puede consultar el artículo 115 del Decreto 1212 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional” y el artículo 8 del Decreto 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.”

19 Artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.”

20 Sobre el particular, se puede consultar, entre otros, el Decreto 2070 de 2003 “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las fuerzas militares y de la policía nacional”. Así mismo, las sentencias C-432 y C-1143 de 2004.

21 Cfr. Parágrafo del artículo 111 del Decreto 1212 de 1990.

22 Al respecto, también se puede consultar los Decretos 573 y 574 de 1993.

23 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”.

24 En esta oportunidad, se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 56, 58 y 67 del Decreto 132 de 1995; 6, 7 y 11 del Decreto 574 de 1995; y 8 y 12 del Decreto 573 de 1995.

25 Entre otras, las sentencias C-179 de 2006, C-368 de 1999, C-564 de 1998, C-193 de 1996, C-072 de 1996 y C-525 de 1995.

26 Sentencia C-179 de 2006.

27 Sentencia C-525 de 1995.

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

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

30 Cfr. Fundamento jurídico 4.1 de esta sentencia. Sobre el particular, se puede consultar la sentencia T-1168 de 2008.

31 Al respecto, se puede consultar la sentencia C-1173 de 2005.

32 Sentencia C-072 de 1996.

33 Numeral 3, artículo 30 del Decreto 1932 de 1999 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”.

34 Sobre este conjunto de previsiones, en la sentencia T-1173 de 2005, la Corte señaló: “En conclusión, para que la aplicación de la facultad de retiro discrecional consagrada en el artículo 104 del decreto 1790 de 2000 sea respetuosa del debido proceso y de la Constitución, debe garantizarse: (i) la existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas; (iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000; (iv) que se garantice al peticionario

el derecho a ser oído por el Comité; (iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.”

35 Artículo 1° de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional (...).”

36 Sentencia C-179 de 2006.

37 En igual sentido, en la sentencia C-525 de 1995, la Corte precisó: “Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del “Grupo anticorrupción” que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio.” (Negrilla fuera del texto original).

38 En la sentencia T-432 de 2008, la Corte tuteló el derecho fundamental de un uniformado, al estimar: “Del mismo modo, no se advierte en el escrito de contestación que la entidad accionada haya especificado las razones que dieron lugar al retiro del actor de la Policía Nacional ni que haya puesto en conocimiento del accionante el informe emitido por la Junta para que de esa forma pudiera controvertir el acto ante la jurisdicción competente.” (Negrilla fuera del texto original).

39 T-576-98.

40 Ibídem.

42 Sobre la existencia de informes reservados como causal de retiro de dentro de los regímenes de carrera y disciplinario de servidores públicos que desarrollan labores directamente relacionadas con la seguridad del Estado ver las sentencias C-048 de 1997,

MP: Hernando Herrera Vergara, SV: Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, y C-368 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, SPV: Eduardo Cifuentes Muñoz. En material penal, la restricción al acceso a información reservada se examinó, entre otras, en las sentencias T-444 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

43 Ver las sentencias C-004 de 1992 y C-031 de 1993MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde el informe de inteligencia de carácter reservado se utiliza como prueba para sustentar la declaratoria de un estado de excepción; y C-266 de 1993, MP: Hernando Herrera Vergara, donde el informe de inteligencia de carácter reservado sirve para sustentar la necesidad de prorrogar la vigencia de un estado de excepción.

44 Ver entre otras las sentencias T-590 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, T-1619 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz, T-1656, MP: Alfredo Beltrán Sierra, T-1206 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Sierra, T-683 de 2005, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

45 Ver las sentencias C-108 de 1995 y C-525 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara; SV: José Gregorio Hernández Galindo, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, C-112 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, AV: José Gregorio Hernández Galindo, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, C-368 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, SV parcial de Eduardo Cifuentes Muñoz y C-942 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

46 Ver las sentencias C-108 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (condicionó la exequibilidad del artículo 65 del Decreto 407 de 1994 a que se garantizara el debido proceso al funcionario afectado); C-368 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, SV parcial de Eduardo Cifuentes Muñoz (condicionó la exequibilidad del literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, a que la flexibilización de la carrera fuera aplicable “a funcionarios no uniformados de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional - distintos a los empleados en sus entidades descentralizadas -, cuyas labores puedan afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado.”); C-725 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo (declaró inexecutable los numerales 1º y 2º del artículo 26 de la Ley 443 de 1998); C-872 de 2003 MP: Clara Inés Vargas Hernández (declaró la expresión “las sesiones decisorias de la junta clasificadora tienen carácter reservado” del artículo 42

del decreto 1799 de 2000 e inexecutable las expresiones “y las decisiones tomadas” y “así como los documentos en que ellas consten” del mismo artículo) y C-942 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra (Condicionó la executable del párrafo del artículo 22 de la Ley 443 de 1998, “en la medida en que se le informen al interesado las razones y los motivos de la exclusión de la lista de elegibles. El carácter reservado se impone para terceros, pero no para el propio elegible.”). En sede de tutela la Corte también ha señalado que viola el debido proceso y el derecho de defensa cuando en el proceso de selección priman factores subjetivos u ocultos. Así en la sentencia SU-086 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo, dijo lo siguiente: “Por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación. Ello significaría no sólo un inadmissible quebranto del artículo 125 de la Constitución y el abuso de las atribuciones de nominación sino la evidente vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por motivos ajenos a la consideración y evaluación de sus méritos, resultan vetados o descalificados para ejercer los cargos que se ganaron mediante concurso. (...) Por eso, la Corte Constitucional afirma que las corporaciones nominadoras gozan de un margen razonable en la selección, una vez elaborada -con base en los resultados del concurso- la lista de elegibles o candidatos. Tal margen lo tienen, no para nombrar o elegir de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo el concurso o ignorando el orden de las calificaciones obtenidas, sino para excluir motivadamente y con apoyo en argumentos específicos y expresos, a quien no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira. ¡ Tales razones -se insiste- deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos.(...)”

47 Al respecto, en la sentencia T-432 de 2008, se concluyó: “Esta interpretación es igualmente aplicable a las causales de retiro contempladas en los artículos 55 y 62 del Decreto ley 1791 de 2000, decreto invocado por la accionada en su contestación y que hace relación específicamente a los miembros de la Policía Nacional. Las normas

anteriormente citadas, hasta la fecha no han sido objeto de demandas de constitucionalidad, frente a las causales en ellas contempladas.” (Negrilla fuera del texto original).

Sobre la aplicación de este precedente jurisprudencial al caso del llamamiento a calificar servicios, se puede consultar la sentencia C-072 de 1996.

48 Entre otras, las sentencias T-1173 de 2008, T-1168 de 2008, T-871 de 2008, T-569 de 2008, T-432 de 2008, T-199 de 2008 y T-995 de 2007.

49 Cfr. Folios 159 a 165, cuaderno 2.

50 Cfr. Folio 74, cuaderno 2.

51 Ver el fundamento 4.5 de esta sentencia.

52 Cfr. Folios 49, 59, 60 y 67, cuaderno 2.