

Sentencia T-432/08

ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Discrecionalidad

RETIRO DISCRECIONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA-Por recomendación del Comité de evaluación

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Recomendación debe estar precedida por examen de fondo, completo y preciso de razones que se invocan para el retiro

RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE MINDEFENSA, FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Por informe reservado

ACCION DE TUTELA CONTRA LA POLICIA NACIONAL-Deber de poner en conocimiento del actor el informe emitido por la Junta de Evaluación y Clasificación respecto al retiro del servicio

Referencia: expediente T-1750368

Acción de tutela instaurada por Fabián Eduardo Rosales de la Cruz contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil ocho (2008).

SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 30 de julio de 2007 y por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 19 de Septiembre de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, para que se protegieran sus derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo, a la estabilidad laboral, a la salud, y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados con el proceder de la entidad tutelada, al proferir la resolución No. 00928 del marzo de 2007, mediante la cual se le retira del servicio sin motivación alguna.

Señala que ingresó a la Escuela Nacional de Carabineros de la Policía Nacional, como Agente Alumno el 1 de julio de 1987 hasta el día 31 de marzo de 2007, fecha en la cual fue retirado del servicio, dice, de manera ilegal mediante la resolución No. 00928 del 29 de marzo de 2007.¹ Manifiesta que durante su actividad laboral recibió múltiples estímulos por su comportamiento, reconocimientos, menciones de honor y buenas calificaciones,² destacándose como un excelente profesional.

Agrega que le resulta inexplicable que la Policía Nacional retire del servicio a un profesional idóneo con la experiencia y preparación académica que la misma institución se encargó de proveer y que con excelente respuesta del alumno, supo reconocer sus dotes de Policía Investigador. Por ello no resulta RAZONABLE que a un servidor público, al cual se le otorga los mayores reconocimientos por su excelente condición, la cual siempre le permitió lograr los mas sorprendentes resultados (HAGO ENFASÍS EN LA VOLUMINOSA CANTIDAD DE RESULTADOS EN SU HOJA DE VIDA), se le retire del servicio sin ninguna justificación que el servicio mismo permita.³ Considera que el acto administrativo por el cual fue retirado carece de razones que indiquen los motivos legales que originaron su desvinculación.

Después de hacer un recuento sobre las calificaciones obtenidas por el tutelante durante su carrera policial, alude que el uso de la facultad discrecional por parte del ente demandado, se utilizó de manera ilegal y contraria a la constitución, en virtud de haberse omitido el concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación, el cual según su criterio, debe hacer parte del acto administrativo y contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la necesidad de retirarlo del servicio.

Concluye el accionante manifestando que tiene quebrantos de salud⁴ PROPIOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL QUE ESCOGIÓ, los cuales se han agravado como consecuencia de

su incertidumbre laboral y económica. Que al ser retirado del servicio no contará más con la asistencia médica para preservar su salud. Expone que su familia depende exclusivamente de sus ingresos, razón por la cual se le ha causado un perjuicio a su núcleo familiar con la desvinculación.

Con base en los anteriores hechos, solicita que se amparen sus derechos fundamentales y se ordene la suspensión provisional de la Resolución No. 00928 del 29 de marzo de 2007 y su consecuente reintegro al cargo mientras la jurisdicción administrativa se pronuncia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que está próximo a presentar.⁶

En su escrito de contestación, la entidad accionada manifiesta que el retiro del señor Rosales de la Cruz se produjo por voluntad del gobierno, de acuerdo con los parámetros legales establecidos en el Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 55, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, de forma discrecional y por razones del servicio, por lo que no han vulnerado ningún derecho fundamental. Destaca el carácter discrecional de la decisión y que por tal razón dichas actuaciones no requieren motivación alguna o justificación; por lo tanto se obró legalmente.

Alega que tratándose del retiro por facultad discrecional del señor FABIAN EDUARDO ROSALES DE LA CRUZ, no es posible utilizar la acción de tutela para hacer respetar derechos que tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior. Que el accionante dispone de otro medio de defensa que resulta idóneo para obtener el restablecimiento de su derecho.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera Instancia

El Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante providencia de fecha 30 de julio de 2007, luego de oír al tutelante en audiencia en la cual se ratificaron y se ampliaron los hechos de la acción de tutela interpuesta⁷, tuteló los derechos invocados por considerar que en el acta por medio de la cual la Junta Evaluadora recomendó el retiro del servicio del accionante, no tuvo en cuenta la exigencia constitucional de motivar el acto. Como consecuencia de ello, ordenó al director General de la Policía, reintegrar al señor Rosales de la Cruz, mientras la jurisdicción respectiva se pronunciaba sobre las

pretensiones que se invocaran en la demanda instaurada.

Al respecto manifestó: "(...) Acto que conforme a lo ordenado por la Corte Constitucional resulta arbitrario, pues carece de cualquier sustento, y no está precedida, ni sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de los miembros de esa institución, en las pruebas que se allegan, y en todos los elementos de objetivos y razonables que permita sugerir el retiro del servicio del Intendente ROSALES DE LA CRUZ; lo que se constituye en una clara violación al derecho al debido proceso y a la defensa del accionante".

Considera el a quo, que "En el presente caso, al señor FABIAN EDUARDO ROSALES DE LA CRUZ, no solamente se le conculcaron los derechos al debido proceso, a la defensa, sino que resultaron afectados los derechos al trabajo, salud, seguridad social y mínimo vital, porque está demostrado que su esposa y 5 de sus hijos dependen económicamente de él, pues solamente una de ellas, madre soltera, trabaja en una empresa de vigilancia, con lo que vela por su pequeño hijo, y su única labor era la de ser miembro de la Policía Nacional, con cuyo salario además estaba pagando un crédito de vivienda. "

2. Segunda Instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia del 19 de septiembre de 2007 revocó la decisión del a quo y declaró improcedente la tutela, dejando sin efectos los actos administrativos expedidos para dar cumplimiento al fallo de primera instancia.

Consideró el juez constitucional que el accionante pese a haber acudido a la tutela como mecanismo transitorio, no interpuso la acción contenciosa correspondiente ante la justicia ordinaria para dilucidar allí su problemática. Al respecto expuso "En definitiva, el actor desatendió u omitió ejercer la acción contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, por manera que si quien ha tenido la oportunidad de utilizar los medios de defensa judicial previstos de antemano por el ordenamiento jurídico, no hace uso oportuno de ellos, se abandona a su suerte, omisión que no puede ser suplida por vía de tutela.

Así las cosas, adviértase que la presente acción de tutela es claramente improcedente, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarara la

improcedencia de la misma, ante la incuria del actor.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial reseñada, 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.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Segunda de Revisión analizar el siguiente problema jurídico.

¿Vulnera los derechos al debido proceso, a la defensa, a la salud y al mínimo vital del accionante Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, la decisión adoptada por la Policía Nacional de retirarlo por razones del servicio, mediante un acto administrativo en el cual no se expresan las razones por las cuales se produce la desvinculación, con base la facultad discrecional que tiene la citada Institución?

Para dar solución al problema jurídico planteado, esta Corporación analizará en primer lugar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio; posteriormente, reiterará la jurisprudencia relacionada con la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para luego abordar el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la tutela como mecanismo transitorio. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.⁸

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer y valorar la

efectividad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos han de acudir a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.⁹ Es por ello que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto.¹⁰ Sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela,¹¹ porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.¹²

Ahora, en los casos en que la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.¹³

Así las cosas, frente a la protección invocada, especialmente, del derecho al mínimo vital, debe tenerse en cuenta, además de la jurisprudencia citada, las circunstancias particulares que rodean al accionante, las cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

El señor Fabián Rosales, se desempeñó como agente de la Policía, actividad para la cual se preparó a lo largo de sus años como miembro activo, limitando su posibilidad laboral a esta Institución. Su núcleo familiar está conformado por su esposa, 4 hijos menores de edad y que se encuentran cursando estudios a nivel universitario y de enseñanza media,¹⁴ dos hijas, que aunque mayores de edad, dependen exclusivamente de él. Presenta problemas de salud, de acuerdo con la historia clínica anexada al expediente,¹⁵ sin que estos aspectos hayan sido desvirtuados por la entidad accionada.

Estas particularidades, le permiten a esta Sala establecer que aunque el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela resulta procedente como mecanismo transitorio ante las circunstancias específicas mencionadas que podrían comprometer su

derecho fundamental al mínimo vital.

4. De la discrecionalidad en los actos de retiro del servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Reiteración de jurisprudencia.

Como en todas las instituciones del Estado, la permanencia en el cargo debe estar sujeta a los principios de eficiencia y de moralidad, especialmente en la Policía Nacional, encargada de respetar y proteger los derechos y libertades, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica. Por esta razón resulta acertado que en una entidad de esta naturaleza sus directivas tengan las más amplias facultades para remover a sus miembros, cualquiera que sea su rango o condición, cuando estos falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar. No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad sino que ella es un instrumento necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones.

Al respecto, esta Corporación en diversos fallos,¹⁶ ha subrayado las diferencias entre los procesos disciplinarios y la desvinculación discrecional y ha analizado la exequibilidad de la facultad discrecional de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional o por razones del servicio de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Ha señalado que la misma no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro, ya que, en la mayoría de los casos tal disposición se encuentra supeditada a un concepto o pronunciamiento de un órgano colegiado, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, según la institución y el grado del funcionario, recomendación que, a su vez, debe estar precedida y sustentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro de los miembros de dichas instituciones, en los informes que se alleguen y en todos los elementos objetivos que permitan proponer el retiro o no del servicio del funcionario.

En la sentencia C-525 de 1995, esta Corporación declaró exequible la causal de retiro por voluntad del gobierno y la Dirección General de la Policía prevista por los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995, respecto de la cual indicó lo siguiente:

“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.

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.

Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre lo cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia; en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado que ella “hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.

(...)

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

3. Las razones del servicio

En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias par el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, suboficiales o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno o la Dirección General de la Policía, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo del respectivo Comité con lo cual se evita la arbitrariedad. Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función.

En el caso concreto de la Policía Nacional, en el cual los valores de la disciplina, la moralidad y la eficiencia adquieren características relevantes, considerando la naturaleza de la misión a ella encomendada, el instrumento de la discrecionalidad en cabeza de sus directivas, en lo que toca al mantenimiento o remoción del personal subalterno -tanto de oficiales y suboficiales como de agentes-, cobra especial importancia. Más si se tiene en cuenta la imposibilidad de que toda su actividad como cuerpo esté totalmente reglada, ya que el acto humano tiene un espacio indeterminado de proyección ante las contingencias impredecibles, que la norma jurídica no alcanza a tipificar por imposibilidad material y, sobre todo, que una

institución de esta naturaleza exige que, en aras de su correcto funcionamiento, se permitan procedimientos ágiles que se adecúen a los casos concretos y específicos.”

Igualmente, en sentencia C-179 de 2006, al analizar el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 que contemplan el retiro por razones del servicio en forma discrecional tanto de los miembros de la Policía como de las Fuerzas Militares, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales; o, del Comité de Evaluación, cuando se trata de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares, esta Corte precisó que esta facultad discrecional no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro. Aclaró en este sentido que:

“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.” (Subrayas fuera del texto original).

En ese sentido, como la decisión de retiro de un miembro de la Policía Nacional debe estar precedida del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, en el caso indicado por la ley, la Corte ha entendido que esta recomendación, se insiste, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución. Al respecto ha dicho esta Corte que:

“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.17”

Esta interpretación es igualmente aplicable a las causales de retiro contempladas en los artículos 5518 y 6219 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.

Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta.²⁰ El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado. Sobre este punto ha manifestado la Corte lo siguiente:

“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,²¹ (ii) como elemento de juicio para determinar la procedencia de la declaratoria o prórroga de un estado de excepción,²² o (iii) para determinar la responsabilidad de las autoridades en la provisión de protección especial a personas amenazadas.²³

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,²⁴ 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.²⁵ ”²⁶

Así las cosas, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, esta Sala dará aplicación del mismo al caso sujeto a consideración y determinará, si con la decisión de retirar por razones del servicio al señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz de la Policía Nacional, se vulneró el debido proceso administrativo del accionante.

5. Caso concreto

Como se expuso en el acápite de hechos, el señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz instauró acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional por considerar que estas entidades violaron, entre otros, su derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, al expedir la resolución No. 00928 del 29 de marzo de 2007, mediante la cual lo desvinculan de la Institución sin motivación alguna.

En este caso, se presenta una situación que parece, prima facie, sorprendente. Se observa - y la Institución no desvirtúa que haya sido así - que el actor a lo largo de su carrera como policía, obtuvo numerosos reconocimientos y buenas calificaciones, así como diversos ascensos hasta llegar al grado de Intendente.²⁸ Igualmente advierte esta Sala que no obtuvo sanciones de carácter disciplinario. Todos estos aspectos permiten inferir su buen desempeño dentro de la Institución.

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. En ese sentido, si bien el acto no debe ser motivado en el sentido de relatar los motivos y hechos que justifican la desvinculación -lo cual le quitaría carácter reservado ante terceros al informe reservado- la norma²⁹ es clara al establecer que la decisión debe estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta. En caso de optar por el retiro se debe aludir en el acto de desvinculación al informe respectivo, el cual no puede ser reservado para el afectado, en aras de garantizarle el debido proceso y permitirle conocer dicho informe para defenderse controvirtiéndolo. Ello no significa que la Institución no pueda proteger a informantes o a otras fuentes de información, así como preservar procesos de control al interior de la propia Institución.

Atendiendo lo anterior, la decisión tomada por la Dirección General de la Policía, debió basarse en el informe previo de la respectiva junta, aludir a la existencia de dicho informe y permitir que el afectado lo conociera y controvirtiera. Al no hacerlo, desconoció el debido proceso administrativo, derecho que será amparado.

Así las cosas, esta Sala concederá de manera transitoria la tutela de los derechos

fundamentales invocados por el señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, mientras la jurisdicción administrativa³⁰ decide lo relacionado sobre la legalidad de la resolución demandada por él de manera oportuna, puesto que no dejó vencer el término de caducidad.

No obstante lo anterior, es necesario señalar que si bien la tutela es concedida habida cuenta de las especificidades del caso, dicho resultado en ningún momento puede ser interpretado como un desconocimiento o una disminución de las facultades discrecionales para desvincular miembros de la Policía Nacional.

Por las razones expuestas, esta Sala revocará la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2007, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en su defecto, ordenará a la Dirección General de la Policía Nacional, poner en conocimiento del actor el informe emitido por la Junta de Evaluación y Clasificación respecto del tutelante, para recomendar el retiro del servicio entre otros, del señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2007, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. MODIFICAR la sentencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico -Sala Disciplinaria- el 30 de julio de 2007 y en su defecto, ORDENAR a la Dirección General de la Policía Nacional, poner en conocimiento del actor el informe emitido por la Junta de Evaluación y Clasificación respecto del afectado, para recomendar el retiro del servicio entre otros, del señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, para que éste pueda ejercer su derecho de defensa frente a tal decisión.

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

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Manifiesta que estuvo prestando el servicio policial durante 19 años y 19 días y que le hacían falta sólo 346 días para hacerse acreedor a la pensión.

2 En los hechos “SEGUNDO al VIGECIMOPRIMERO” hace un extenso recuento de su trayectoria en la Policía Nacional y de las anotaciones positivas y diferentes reconocimientos y ascensos que obtuvo.

3 Ver folio 6 del cuaderno 1.

4 Ver folios 169 al 173 del cuaderno 1, copias de la historia clínica.

5 Esta resolución expresa que “EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA en uso de las facultades legales, que le confiere el artículo 5 numeral 3º de la Resolución Ministerial 0162 del 27 de febrero de 2002, RESUELVE: ARTÍCULO 1º. Retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 6º y 62 del Decreto Ley 1761 de 2000, al siguiente personal, adscrito a las unidades que en cada caso se indica, así: IT FABIAN EDUARDO ROSALES DE LA CRUZ 72155466 DEMAM (...) // ARTICULO 2º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.”

6 Ver folio Ver folios 16 y 17 del Cuaderno 5, copia del auto admisorio de la demanda de Nulidad y Restablecimiento instaurada por el aquí accionante ante el Juzgado Único Administrativo de Barrancabermeja.

7 Ver folios 255 al 258 del cuaderno 1.

8 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10 Corte Constitucional. Ver Sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

12 Corte Constitucional. Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

13 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

14 Ver folios 160 al 167 del cuaderno 1, copias de certificados y constancias educativas.

15 Ver folios 169 al 173 del cuaderno 1, historia clínica en la cual se observa que presenta síntomas de reflujo gastroesofágico, náuseas y dolor torácico.

16 Ver las sentencias C-525 de 1995 MP Vladimiro Naranjo Mesa, C-368 de 1999 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, C-942 de 2003 MP Alfredo Beltrán sierra, C-1173 de 2005 MP Manuel José

Cepeda y C-179 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra.

17 Sentencia C-179 de 2006.

18 Artículo 55: CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales: (...) 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.

19 Artículo 62: RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

20 Sobre este tema, en sentencia C-1173 de 2005 la Corte manifestó: “Ahora bien, sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario de carrera afectado cuando se invoca en su contra información reservada, la Corte, atendiendo las particularidades de los diferentes regímenes de carrera estudiados, ha señalado que: (i) se debe permitir al afectado conocer y controvertir el informe reservado;20 (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables;20 (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario debe ser objetiva a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público ;20 (iv) se debe informar al funcionario las razones de la exclusión, - que deben ser por demás expresas-, en la medida en que el carácter de información reservada sólo puede alegarse frente a terceros.20 Lo anterior, como se verá posteriormente, no obsta para que, de ser necesario mantener la reserva de la información para asegurar los fines de la investigación o para prevenir la comisión de delitos, ésta sea preservada aún frente al afectado, mientras las circunstancias indiquen la necesidad de mantener la reserva; pero superadas tales circunstancias, o concluida la etapa procesal que obliga a la reserva, se deberá garantizar al afectado que lo solicite el acceso a dicha información para que pueda controvertirla.”

21 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.

22 Ver las sentencias C-004 de 1992 y C-031 de 1993 MP: 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.

23 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.

25 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 inexequibles 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 inexequibles 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 exequibilidad del parágrafo 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.”).

26 Sentencia C-1173 de 2005 MP. Manuel José Cepeda.

27 Razones que no son otras diferentes de las que señala el artículo 218 de la Constitución

Nacional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias par el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

28 Ver folios 37 al 158 del cuaderno 1, copias de la hoja de vida e historia laboral del accionante.

29 Artículo 62 del Decreto 1791 de 2000: RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

30 Se observa a folios 16 y 17 del Cuaderno 5 de tutela, copia del auto admisorio de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurada por el señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, proferido por el Juzgado Único Administrativo de Barrancabermeja.