

Sentencia T-456-09

Referencia: expediente T-2.238.203

Acción de tutela de Jorge Eliécer Agámez Mercado contra el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, el dieciocho (18) de febrero de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. El señor Jorge Eliécer Agámez Mercado, a través de apoderada judicial, interpuso acción de tutela contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional, con el fin de recibir protección constitucional a sus derechos al debido proceso, defensa y mínimo vital que considera vulnerados por la institución accionada. A continuación se presentan los fundamentos fácticos de la acción:

1.1. El peticionario ingresó al Ejército Nacional, en calidad de soldado profesional, el primero (1º) de junio de dos mil seis (2006).

1.2. Durante el tiempo que prestó servicio activo en la Institución accionada demostró

un desempeño “intachable”, como consta en su “folio de vida”.¹

1.3. El veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008), se le notificó que fue dado de baja del Ejército Nacional mediante Orden Administrativa de Personal No. 1415 de dieciséis (16) de septiembre de dos mil ocho (2008).

1.4. Al preguntar sobre los fundamentos de la decisión, recibió como única explicación que su retiro se produjo en ejercicio de la facultad discrecional de la Dirección de Personal del Ejército Nacional “y que por ello no se daba ninguna explicación, motivación y que además eso les facultaba para hacerlo de manera súbita”. (Se mantiene la redacción del original)².

1.5. A juicio del accionante, la decisión adoptada por el Ejército Nacional es sorpresiva, unilateral e injustificada, pues nunca se inició un proceso o investigación penal o disciplinaria en su contra; por el contrario, su desempeño siempre fue valorado positivamente.

1.6. El peticionario actualmente padece de leishmaniasis y su grupo familiar enfrenta serias dificultades económicas a partir de su retiro del Ejército Nacional, pues dependía integralmente de sus ingresos. El peticionario precisa que tiene a su cargo a su esposa, actualmente en estado de embarazo, su madre y sus hermanas³.

Intervención de la Entidad demandada.

El Ejército Nacional fue notificado de la presente acción de tutela a través de la Dirección de Personal de la Entidad durante el trámite de la primera instancia, y se abstuvo de responder la demanda.

En sede de revisión, la Corte Constitucional solicitó en dos oportunidades su intervención sin recibir respuesta.

Del fallo de instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral, denegó el amparo invocado, por considerar que la demanda no fue dirigida contra la autoridad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales del peticionario. Es

decir, por falta de legitimación por pasiva.

En concepto del juez de primera instancia, la demanda debió dirigirse contra el Comandante del Ejército Nacional que es la persona “a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de a (sic) demanda”, y no contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

El fallo no fue impugnado.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número cuatro de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si la decisión del Ejército Nacional de retirar del servicio al señor Jorge Eliécer Agámez Mercado, con base en la facultad discrecional contemplada por el Decreto 1793 de 2000, y a través de una orden de personal cuyo contenido aún desconoce, vulneró sus derechos constitucionales al debido proceso, la defensa, y al acceso a la administración de justicia.

Para resolver el problema jurídico señalado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte en relación con: (i) los requisitos constitucionales para el ejercicio de la facultad de retiro discrecional en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares; y (ii) el alcance de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales en el escenario mencionado. Dentro de ese marco, (iii) estudiará el caso concreto⁴.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991 y en consideración a que el problema jurídico mencionado ya ha sido objeto de estudio en fallos anteriores por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte

Constitucional reiterará las reglas jurisprudenciales definidas para la resolución de este tipo de casos. Por tal motivo, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente⁶.

b. Solución al problema jurídico.

La facultad de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública. Reiteración de jurisprudencia⁷.

1. El artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, en el ámbito de la función pública, los empleos son “de carrera”; es decir, que el acceso a los cargos públicos está condicionado al cumplimiento de precisos requisitos, determinados por vía legal, con el fin de asegurar que el mérito y la idoneidad para el ejercicio del cargo sean los criterios de selección de los funcionarios, y que su retiro o desvinculación solo puede producirse por calificación no satisfactoria en el desempeño de las funciones, violación del régimen disciplinario, o por las causales establecidas constitucional o legalmente⁸.

2. Además del régimen general de carrera para los empleados públicos, el orden constitucional permite la existencia de regímenes especiales de carrera para los funcionarios de aquellas entidades o instituciones del Estado que tienen funciones o finalidades de especial relevancia constitucional⁹. Estos regímenes pueden ser de creación constitucional o legal, y su configuración corresponde al legislador.¹⁰

3. En ese orden de ideas, el Legislador consideró conveniente establecer un régimen especial de carrera para los miembros de la Fuerza Pública, en atención a las funciones que deben cumplir, relacionadas con la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional -en el caso de las Fuerzas Militares-¹¹; y con el mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales, y para el logro de la convivencia pacífica -en el caso de la Policía Nacional-¹².

4. En ejercicio de la facultad de configuración legal sobre el régimen especial de carrera de la Fuerza Pública, el Legislador ha expedido diversas regulaciones, en las que se contempla la facultad de retiro discrecional, en cabeza del Comandante de

Fuerza. La Corte Constitucional ha considerado que esa decisión no desborda los límites que la Carta impone al Legislador pues es normal que el régimen de la Fuerza Pública posea cierta flexibilidad en consideración a sus funciones.

En el tema que nos ocupa, esa flexibilidad se materializa, entre otros aspectos, en que el nominador, o los mandos militares competentes para evaluar el desempeño de los funcionarios, poseen un margen de apreciación amplio para valorar el desempeño de los funcionarios de las distintas fuerzas, potestad que se deriva de la delicada misión institucional de la Fuerza Pública.¹³

5. A pesar de lo expuesto, esta Corporación también ha establecido, de manera inequívoca, que esa flexibilidad no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública; los principios que definen la carrera administrativa (igualdad y mérito); ni el derecho fundamental al debido proceso pues, como se explicó en la sentencia C-179 de 2006, “En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables”.

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

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

En síntesis, el principio de legalidad implica que la existencia de una facultad discrecional se encuentra condicionada a que, por vía legal, se establezca “i) la

existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos sujetos determinados; y (iii) la obtención de una finalidad específica”¹⁵.

7. Afirmó la Corte que los elementos recién mencionados se presentan claramente en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000.¹⁶ Los dos primeros, por la consagración expresa de (i) la potestad legalmente otorgada al Comandante de Fuerza, previo concepto del Comité de Calificación; (ii) la posibilidad de ejercerla respecto de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; y (iii) la finalidad que, si bien no fue definida explícitamente por el Legislador, no puede ser otra, en el marco establecido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, que “garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones”.¹⁷

La Corte hizo énfasis en que el tercer elemento, es decir, la necesidad de que el retiro esté ligado a los fines constitucionales que dan sentido a la Fuerza Pública, constituye el factor determinante para evitar que la facultad discrecional se torne en un acto arbitrario.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-525 de 1995¹⁸ expresó que “un fin especial requiere de un medio especial”, y que ese medio debe ajustarse a los principios de racionalidad y razonabilidad, lo que comporta la obligación de expresar “un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”¹⁹.

8. Posteriormente, en la sentencia T-569 de 2008, que la Sala considera precedente relevante para la solución del presente caso por identidad fáctica²⁰, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte determinó que la doctrina jurisprudencial referida es aplicable también en el caso de los soldados profesionales²¹:

“... la fuerza obligatoria que corresponde al precedente constitucional es autónoma y no es dependiente de la concreta disposición que haya sido objeto del pronunciamiento de la Corte, ni del sentido del fallo que puede ser de exequibilidad o de inexecuibilidad. Aducir, entonces, que la doctrina adoptada en la Sentencia C-179 de 2006 no es aplicable al caso del señor Romero Gloria (miembro del Ejército) y que, si con base en ella se ordena motivar el acto administrativo se incurre en un inadmisibles ejercicio analógico, no es acertado”.

En el mismo fallo, la parte accionada argumentó que la situación de los soldados profesionales difiere de la de los suboficiales y oficiales de las fuerzas militares debido a la estructura jerárquica y a las funciones de cada grupo, por lo que resulta legítimo que, frente a los soldados profesionales, no sea exigible la motivación del acto administrativo que exige su retiro. Al examinar el argumento, la Corte precisó que:

(i) Si bien existen diferencias entre los sujetos a quienes se dirige cada uno de los decretos citados, estas no son de tal entidad que justifiquen una limitación al derecho fundamental al debido proceso; (ii) la doctrina contenida en sentencias de constitucionalidad y tutela de la Corte Constitucional “permite afirmar que la tendencia a reconocer la necesidad de motivar el acto administrativo dictado en uso de facultades discrecionales en lugar de ser restrictiva es expansiva”; (iii) siempre que la Corte ha estudiado casos en que distintas autoridades ejercen la facultad de retiro discrecional sin exponer una motivación mínima, la Corporación ha reivindicado la motivación como “componente insoslayable” del debido proceso y parte de un conjunto de garantías constitucionales “que no están sometidas a la libre disposición del legislador ni, por supuesto, de las autoridades encargadas de darles aplicación en los procedimientos judiciales o administrativos.” 22

9. Por último, debe señalarse que, de acuerdo con las normas legales el ejercicio de la potestad de retiro discrecional en el caso de los suboficiales de las fuerzas militares está condicionada al concepto previo de un Comité (de Evaluación para la Aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000), lo que no sucede en el caso de los soldados profesionales, regulado por el Decreto Ley 1793 del mismo año.

En la citada sentencia T-569 de 2008, la Corte precisó que la facultad de retiro discrecional en este caso se encuentra en el artículo 8.2 del Decreto 1793 de 2000 (literal b. “Retiro absoluto”, numeral 2 “Por decisión del Comandante de Fuerza”), disposición que no prevé, en efecto, la intervención de un comité; sin embargo, en el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, se establece que “en cualquier momento y por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva”, así que existe también un procedimiento previo que permite determinar la causa de retiro: la solicitud del Comandante Operativo de Unidad que, en

concordancia con lo expuesto, debe tener como fundamento razones que se relacionen inequívocamente con la prestación adecuada del servicio²³.

10. En conclusión, para que la aplicación de la facultad de retiro discrecional ejercida frente oficiales del Ejército Nacional respete el debido proceso y, por ende 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, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectiva, o en la solicitud del Comandante Operativo de Unidad, para el caso que nos ocupa; (iii) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído; y (iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.

11. En cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en los casos reiterados en esta oportunidad, ha otorgado el amparo definitivo al derecho fundamental al debido proceso, en razón a la situación de indefensión en que se encuentra el peticionario que es desvinculado por un acto carente de motivación. En algunas oportunidades, en atención a la circunstancias del caso concreto, la Corte ha determinado que, de no producirse la motivación dentro del término señalado, se hace evidente que la decisión fue injustificada, por lo que la entidad demandada debe proceder al reintegro del actor.²⁴

Del caso concreto.

La solución del caso, se adelantará a partir del siguiente esquema argumentativo: en primer lugar, la Sala se referirá a la legitimación por pasiva, fundamento del fallo de instancia; en segundo lugar, efectuará algunas consideraciones fácticas, relativas a la presunción de veracidad en tutela, y su alcance frente al caso concreto; (iii) por último, realizará el análisis material de procedencia y alcance del amparo.

1. De la legitimación por pasiva en el presente proceso.

1.1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral, denegó el amparo solicitado por el peticionario por considerar que la demanda no se dirigió contra la autoridad indicada. A su la falta de legitimación

por pasiva en el caso objeto de examen, impone una decisión desestimatoria de las pretensiones del accionante.

En tal sentido, expresó el Tribunal que en el asunto de la referencia debió demandarse al Comandante del Ejército quien es el llamado a controvertir las afirmaciones del accionante y no a la Dirección de Personal, dependencia a la que el Legislador no otorgó la facultad de retiro discrecional.

1.2. A juicio de esta Sala de Revisión, la decisión del juez de primera instancia no se ajusta a la Constitución, la Ley y la jurisprudencia de esta Corporación, como a continuación se explica mediante una breve exposición de los aspectos fáctico-procesales relevantes y la jurisprudencia de la Corporación en la materia.

1.2.1. Hechos procesales relevantes:

* La acción de tutela de la referencia fue interpuesta contra la Dirección de Personal del Ejército Nacional;

* El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, notificó de la acción a la dependencia referida, y no recibió respuesta alguna.

* Antes de proferirse el fallo de primera instancia, la abogada del peticionario envió un memorial al Tribunal, con la finalidad de corregir la demanda, señalando que esta debió dirigirse contra el Comandante del Ejército y no contra la Dirección de Personal de la Institución, por lo que solicitó tener por legitimamente pasivos al Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa.

1.2.2 Jurisprudencia de la Corte en la materia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que la designación correcta del demandado, si bien es un requisito de la acción de tutela, debe ser apreciada a la luz de los principios que informan la acción, concretamente, la informalidad en el trámite, y la prevalencia del derecho sustancial.

En desarrollo de esa posición, la Corte ha expresado que la demanda puede dirigirse en contra de un miembro de la institución accionada, aunque no sea el representante legal, siempre que se permita a la entidad manifestarse sobre los hechos de la demanda; de la misma forma, ha considerado la Corporación que la demanda puede ser contestada por el Representante Legal, o por cualquier funcionario de la autoridad accionada que tenga relación con el asunto tratado por la Corte, siempre que se garantice a la parte demandada el derecho a ser oída, así como el derecho de defensa y contradicción. De forma sucinta, puede concluirse que un defecto en la designación del demandado es subsanable si no afecta su derecho fundamental al debido proceso²⁵

Si bien, como se ha expresado, los principios de informalidad y prevalencia del derecho sustancial, así como los precedentes recién citados son fundamento suficiente para considerar que sí se acreditó la legitimidad por pasiva en el presente caso, resulta conveniente efectuar dos observaciones que, en el marco del asunto estudiado, refuerzan la conclusión señalada:

a. Al peticionario se le informó que su retiro se decretó mediante una Orden Administrativa de Personal; al indagar posteriormente por la razón de su desvinculación “obtuvo como única respuesta que fue por FACULTAD DISCRECIONAL DE LA Dirección de Personal del Ejército Nacional”. De lo anterior se concluye que, desde su punto de vista, y dado que nunca conoció el contenido del acto administrativo que generó su retiro del Ejército, resulta natural que haya dirigido la demanda a la Dirección de Personal de la Institución.

b. A pesar de lo expuesto, con el propósito de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, consustanciales al debido proceso, esta Sala, en dos oportunidades, solicitó al Comandante del Ejército Nacional ofrecer su versión sobre los hechos, coordinando lo necesario con la Dirección de Personal de la Institución, sin recibir respuesta alguna.

1.3. Conclusión: por las razones expuestas, esta Sala considera que la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, ignoró los principios de informalidad y prevalencia del derecho sustancial que rigen la acción de tutela, y no

cumplió adecuadamente con su objetivo primordial, que es el de propender por la eficacia de los derechos fundamentales.

2. La ausencia de pruebas y la presunción de veracidad en la tutela.

2.1 En el presente caso se alega que el peticionario fue desvinculado mediante un acto administrativo sin motivación y, de acuerdo con la demanda, en ejercicio de la facultad discrecional contemplada en el decreto 1793 de 2000; el juez de primera instancia solicitó información sobre los hechos a la Dirección de Personal del Ejército, dependencia que guardó silencio al respecto; en sede de revisión, esta Sala, a través del magistrado ponente, solicitó al Comandante del Ejército que, en coordinación con la Dirección de Personal, expusiera su versión sobre los hechos y ejerciera los derechos de defensa y contradicción, así como la remisión del acto administrativo que originó la controversia que se estudia, sin obtener respuesta alguna²⁶; posteriormente, vía telefónica, se contactó a la apoderada del peticionario con el fin de solicitarle la remisión del documento mencionado. La abogada señaló que al peticionario no se le entregó copia de la decisión, y que la Institución accionada le informó que solo le sería entregada copia del acto administrativo, mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición.

En consecuencia, el caso sub exámine presenta un problema de carácter probatorio, pues el acto administrativo que, en concepto del accionante, vulneró su derecho al debido proceso por carecer de motivación, no obra en el expediente.

2.2 Para resolver el problema, considera la Sala:

El juez de tutela, en ocasiones debe fallar sin contar con todos los elementos de juicio relevantes, pues en el ejercicio de la protección de derechos fundamentales, la celeridad tiene una especial relevancia, y no existe la posibilidad de establecer un debate probatorio tan amplio como puede hacerlo el juez natural en los procesos ordinarios. A cambio de estas limitaciones, el juez constitucional posee amplias facultades oficiosas para el recaudo de las pruebas; un margen de apreciación de los hechos igualmente amplio; la facultad de presumir la veracidad de los hechos de la demanda no controvertidos por el accionado²⁷; y la posibilidad de adoptar una decisión de fondo una vez alcance la convicción sobre la existencia o no de una violación a los derechos fundamentales²⁸,

facultades que deben ejercerse en armonía con los principios de la sana crítica, y la libertad probatoria.

2.3 En el presente caso, la Sala solicitó dos pruebas: (i) la declaración de parte del accionado, que entraría a controvertir las afirmaciones del accionante; y (ii), el acto administrativo por el que se decidió su desvinculación, con el fin de comprobar si, en efecto, carece de motivación.

A juicio de la Sala, la presunción de veracidad puede aplicarse plenamente para suplir la primera prueba. No es posible, empero, aplicar la presunción frente a la segunda, pues no es plausible determinar el contenido de documento público a partir de las declaraciones del peticionario, que parten de un conocimiento precario del acto administrativo, dado que no ha tenido acceso físico al documento.

2.4 De acuerdo con esa precisión metodológica, se tienen como ciertos los siguientes hechos:

- * El accionante fue desvinculado del Ejército Nacional de forma sorpresiva, pues su desempeño profesional siempre fue valorado positivamente;
- * Cuando le fue notificada la decisión mencionada, no se le entregó copia del acto administrativo mediante el que se adoptó la decisión;
- * Al pretender indagar las razones de la desvinculación, el señor Agámez Mercado fue informado de que la decisión obedeció al ejercicio de la potestad discrecional del Comandante del Ejército, o de la Dirección de Personal de la entidad, y que por ello no debía ser motivada;
- * El peticionario tiene a cargo a su grupo familiar, compuesto por su madre, sus hermanas y su esposa, quien se encuentra en estado de embarazo;
- * Las dificultades económicas mencionadas se intensifican debido a que el actor padece de leishmaniasis.

3. A partir de los hechos expuestos, procede a la Sala a estudiar la procedencia material del amparo, de acuerdo con las subreglas reiteradas en los fundamentos de este fallo:

3.1. De los hechos brevemente reseñados se concluye que la decisión del Ejército Nacional de retirar discrecionalmente al peticionario fue sorpresiva y carece de una justificación razonable, pues no encuentra sustento en la calificación de su desempeño efectuada por sus superiores y consignada en su hoja o folio de vida. En consecuencia, su retiro no puede imputarse a razones del servicio, pues es evidente que la desvinculación de un funcionario que ejerce adecuadamente sus funciones repercute negativamente en la prestación del mismo.

3.2. El peticionario no fue notificado de la Orden Administrativa No. 1415 de 2008 -en apariencia el acto por el que se dispuso su retiro- en la forma prevista en la ley: no se puso en su conocimiento el contenido del acto administrativo en cuestión, ni se le otorgó copia del mismo. Más aún, de acuerdo con la información contenida en el expediente, el actor aún no conoce la Orden Administrativa por la que se produjo su retiro.

3.3. La situación descrita, como ha expresado la Corte en repetidas oportunidades, y como fue reiterado en los fundamentos del fallo, no permite el ejercicio del derecho de defensa, ni de las acciones judiciales que podrían interponerse para controvertir la decisión. La negativa del Ejército Nacional de entregarle al peticionario una copia del acto administrativo por el que se decidió su retiro, vulnera de forma grave e injustificada sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la defensa del peticionario.²⁹

3.4. Resulta por completo injustificado que, de acuerdo con la información conocida por la Sala, la Institución accionada haya exigido a la abogada del señor Agámez Mercado la presentación de un derecho de petición para conocer el acto administrativo mencionado. El derecho de petición, fundamental desde el punto de vista constitucional es, además, desde la perspectiva legal, uno de las formas de iniciar una actuación administrativa. En este caso, la actuación se inició oficiosamente, al parecer, mediante la expedición de la Orden Administrativa de Personal 1415 de 2008, pero no terminó de la forma que prevé la ley, pues el Ejército Nacional no cumplió con su obligación de notificar debidamente la decisión.

En ese orden de ideas, carece de sentido que la accionada exija la interposición de un derecho de petición como condición para cumplir con un deber legal, derivado de una actuación iniciada por la propia institución, y cuya omisión, como se ha visto, constituye una violación a los derechos al debido proceso, la defensa, y el acceso a la administración de justicia.

3.5. Por último, no consta en el expediente que haya existido la solicitud de los “Comandantes de la Unidad Operativa respectiva” prevista por el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, previa la desvinculación del accionante. Esa solicitud, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, es un requisito mínimo para que el ejercicio de la potestad de retiro discrecional de las fuerzas militares, en el caso de los soldados profesionales. En ausencia de esa solicitud, se insiste, no procede el retiro de estos funcionarios.

Tales consideraciones permiten concluir que el fallo de instancia deberá ser revocado para, en su lugar, otorgar protección a los derechos constitucionales del señor Jorge Eliécer Agámez Mercado que, de acuerdo con lo expuesto, fueron vulnerados por el Ejército Nacional.

Debido al límite probatorio establecido en párrafos precedentes, la Sala considera pertinente efectuar una consideración adicional: en caso de que el acto haya sido motivado, deberá ser notificado en debida forma al peticionario para que pueda ejercer sus derechos de defensa y acceso a la administración de justicia. En consecuencia, el término para la interposición de recursos en la vía gubernativa y el término de caducidad de las acciones judiciales pertinentes comenzará a contar una vez se efectúe la notificación en los términos legales.

3.6. Alcance del amparo:

Como previamente lo hizo la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación en la sentencia T-569 de 2008, que es el precedente más relevante para la solución de este caso, la Sala concederá la tutela y ordenará al Ejército Nacional que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del soldado profesional Jorge Eliécer Agámez Mercado de la Fuerza, siempre y

cuando haya habido solicitud formulada por el Comandante de la respectiva Unidad Operativa que también deberá constar en la motivación del acto. Una vez cumplida la orden, el acto administrativo deberá notificarse de conformidad con las disposiciones legales pertinentes.

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

En caso de que el acto administrativo sí haya sido motivado al momento de su expedición, su contenido deberá ponerse en conocimiento del peticionario, y efectuarse la notificación legal en el mismo término.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, el dieciocho (18) de febrero de dos mil nueve (2009).

SEGUNDO.- CONCEDER al señor Jorge Eliécer Agámez Mercado la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia y, en consecuencia ORDENAR al Comandante del Ejército Nacional que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo que dispuso el retiro del demandante, y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar su retiro del Ejército Nacional. En el acto administrativo deberá constar que previo el retiro existió solicitud del Comandante de Unidad Operativa en los términos del artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, y las razones aludidas por el respectivo Comandante.

TERCERO.- Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto

administrativo en las condiciones señaladas en el ordinal anterior no se hubiere producido la motivación, el señor Jorge Eliécer Agámez Mercado deberá ser reintegrado de inmediato al Ejército Nacional.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-456 DE 2009.

Ref: Expediente T-2.238.203

Acción de tutela de Jorge Eliécer Agámez Mercado contra el ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva.

Con el acostumbrado respeto, dejo constancia que mi aclaración de voto persigue enfatizar, que cuando la Administración actúa con base en la facultad discrecional, no siempre está obligada a expresar y exteriorizar los criterios que tuvo en cuenta para emitir el acto, pues éste se supone, en principio, expedido en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado. Por esta razón, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omita consignar tales motivos.

Es claro que la facultad discrecional, no implica el ejercicio de poderes punitivos sino de apreciación de conveniencia o utilidad y por ello, es diferente de la potestad disciplinaria, evento en el cual debe respetarse el debido proceso y el inculpado debe ser oído en descargos.

En el primer caso, aún cuando dicha actuación no está ligada a procedimiento contradictorio alguno, por lo que no puede aducirse per se violatoria al debido proceso y del derecho de defensa, sí puede resultar afectado el acto discrecional por las demás causales de nulidad previstas en el ordenamiento, tales como, la incompetencia, la expedición irregular, la violación de la norma superior, la desviación de poder y la falsa motivación³⁰.

A mi juicio, sólo cuando se acredite que el ejercicio de la facultad de retiro discrecional por parte de las autoridades, encubre la imposición de una sanción, podría concederse el amparo solicitado y ordenarse motivar el acto respectivo, de lo contrario, es decir, cuando no existe tal comprobación, lo apropiado sería plantear el asunto en su sede natural, con todas las garantías y con mayores oportunidades probatorias.

Considero que en el caso resuelto mediante la Sentencia objeto de esta aclaración, no se logra determinar que, efectivamente, se haya utilizado la facultad de retiro discrecional como un medio expedito para aplicar una especie de sanción o para eludir el proceso orientado a definir la correspondiente responsabilidad del accionante.

No obstante, no sólo se le ha ordenado al Ejército nacional que motive el acto que dispuso el retiro del demandante, sino que además en el mismo debe constar que previa a dicha determinación existió la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa para retirar del servicio al actor y las razones aludidas por el mencionado funcionario.

En mi criterio, era suficiente poner en conocimiento del actor la orden administrativa N° 1415 de 2008 -acto que dispuso el retiro-, y el contenido de la solicitud del Comandante de la Unidad Operativa que recomendó al Comandante de la Fuerza su retiro del servicio, con el propósito de que tenga la oportunidad de demostrar que dicho trámite se surtió y, en ese sentido, aclaro mi voto.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado.

1 Anexa el “folio de vida” (Fls. 12 a 15, cuaderno de tutela); en el documento aparecen doce conceptos positivos, ninguno negativo, y una felicitación por buen desempeño en misión táctica.

2 Cfr. Demanda, hecho 2 (Fl. 2 del cuaderno de tutela).

3 Cfr. Demanda, hecho 4 (Fl. 3 del cuaderno de tutela).

4 La discusión sobre una posible vulneración al derecho fundamental a la honra del peticionario se abordará como un elemento del problema jurídico planteado, y no de forma independiente pues, como se desprende de la pretensión material de amparo, lo que se pretende controvertir y, en consecuencia, proteger por vía de la acción de tutela es si existió una violación al debido proceso y de la estabilidad laboral del peticionario, mas no la protección del buen nombre de éste.

5 El artículo 35 del decreto 2591 de 1991, estipula: “Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas (...)”[Énfasis fuera de texto].

6 En aplicación del artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Ver, entre otras, las sentencias: T-465A de 2006, T-959 de 2004, T-392 de 2004, T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002,

T-392 de 2004 y T-959 de 2004. Los fallos que la Sala considera tienen fuerza de precedente en este caso son las sentencias C-179 de 2006, T-569 de 2008 y T-1173 de 2008. Casos similares en cuanto a los hechos, pues se refieren a la desvinculación de miembros de las fuerzas militares mediante actos sin motivación, y que comparten la ratio decidendi que sirve de solución al problema jurídico planteado, se pueden consultar en las sentencias T-297 de 2009, T-1168 de 2008, T-871 de 2008, T-432 de 2008, T-199 de 2008 y T-995 de 2007.

7 La Corte se ha pronunciado sobre la relación entre la facultad de retiro discrecional de los miembros de la fuerza pública y el respeto por el derecho al debido proceso, entre otras, en las sentencias C-525 de 1995, C-193 de 1996, C-072 de 1996, C-398 de 1999, T-827 de 2007 y T-569 de 2008, T-1173 de 2008. Para la solución del presente caso, resulta especialmente relevante la sentencia C-179 de 2006, en la que la Corte estudió la constitucionalidad condicionada del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, en el entendido de que el ejercicio de esta facultad debe respetar el derecho al debido proceso.

8 La exposición del marco general del régimen, o los regímenes especiales de la Fuerza Pública sigue, en líneas generales, lo expresado en la Sentencia T-1173 de 2008, de esta misma Sala.

9 La configuración de las carreras especiales corresponde al legislador o al gobierno mediante facultades extraordinarias. Ver sentencias C-401 de 2001.

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

11 Constitución Política, artículo 217.

12 Constitución Política, artículo 218.

13 Ver, entre otras, las sentencias C-179 de 2006, C-368 de 1999 y T-569 de 2008, T-1173 de 2008. En el primero de los fallos referidos, dijo la Corte: “... dada la trascendencia y relevancia que para un Estado democrático representan las funciones que desempeñan las Fuerzas Militares así como la Policía Nacional, el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución, como son: la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario, o por las demás causales previstas por la Carta Política o por la ley”¹³.

15 *Ibidem*. Ver, también, T-569 de 2008.

16 Se hace referencia a esta disposición normativa pues fue la que la Corte examinó frente a la Constitución Política en el fallo de constitucionalidad C-179 de 2006.

17 *Ibidem*.

18 Se analizó la exequibilidad del artículo 12 del Decreto 573 de 1995, referente a la facultad de retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

19 Cfr. Sentencia C-525 de 1995 reiterada por la T-569 de 2008.

20 El peticionario, en ese proceso, fue retirado de la Armada Nacional, mediante una orden administrativa de personal, cuyo contenido no se le dio a conocer, y con sustento normativo en el Decreto Ley 1793 de 2000, tal como ocurre en el caso que actualmente se estudia.

21 Cfr. Sentencia T-569 de 2008.

22 “Como se ha visto, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia del mismo derecho a la motivación del acto administrativo que ordena el retiro y, con independencia del nivel que ocupen las personas en estructuras jerárquicamente organizadas y del grado que tengan, la Corporación ha llamado la atención acerca de su observancia y, en situaciones concretas, lo ha protegido a oficiales y suboficiales de la fuerza pública, así como a agentes de la policía sin reducir o ampliar el ámbito protegido

por el derecho en función de la categoría de la persona afectada”. Sentencia T-569 de 2008.

23 “No obstante lo anterior, es de gran importancia señalar que en relación con el retiro por decisión del comandante de la fuerza, el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, indica que “en cualquier momento y por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva”.|| Nótese que, pese a no estar prevista la convocación de una junta o comité, existe un procedimiento mínimo que conduce a la determinación de la causa del retiro, puesto que incorpora la solicitud del Comandante de la respectiva unidad operativa, quien no puede ni debe aducir motivos caprichosos o arbitrarios, sino causas que tengan la entidad suficiente para justificar una medida drástica como lo es el retiro del servicio.|| Como bien lo entendió el juez de primera instancia, la redacción del precepto citado no deja dudas acerca de que el Comandante de la Fuerza no puede decidir el retiro sin contar con la previa solicitud del Comandante de la Unidad Operativa, solicitud que, por lo tanto, no es facultativa en el sentido de que pueda exigirse o dejar de exigirse, pues siempre debe ser presentada y siempre debe dar lugar a una diligencia de verificación en guarda de los derechos de la persona potencialmente afectada”. Ibídem.

24 Ver, especialmente, las sentencias T-569 de 2008 y T-1173 de 2008.

25 En la sentencia T-155 de 2000, se demandó al Seguro Social por la negativa de prestar un servicio de salud requerido con necesidad por el peticionario; el juez de instancia puso en conocimiento de la acción a un funcionario de la institución del municipio en que se presentó la violación al derecho, y no al representante legal de la Seccional Antioquia. Al estudiar si se encontraba acreditada adecuadamente la legitimación por pasiva, estimó la Corte: “Por otra parte, la Corte estima que sí existió legitimidad por parte pasiva, pues el juez de instancia puso en conocimiento la instauración de la acción en referencia a un funcionario del Seguro Social de Donmatías, y no era necesario que vinculara al representante legal de la Seccional de Antioquia de dicho ente, toda vez que la acción de tutela es un mecanismo informal que busca la efectiva

protección de los derechos fundamentales (artículos 2 y 86 C.P.). Así, la Corte encuentra que la entidad demandada fue enterada debidamente acerca de la iniciación del proceso de amparo -mediante vinculación de uno de sus empleados-, y que tuvo la oportunidad de defenderse debidamente, con independencia de que el funcionario o empleado hubiese o no tenido la representación legal de la institución”. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia T-471 de 2001, aunque en este caso, en favor de la accionada, pues el peticionario pretendía que el juez rechazara la impugnación presentada por un funcionario de la entidad accionada que no tenía la condición de representante legal (La impugnación presentada por la Secretaría de Educación del Distrito, fue suscrita por el jefe de la oficina jurídica de dicha entidad y no por el representante legal). En esa oportunidad, la Corte precisó que la intervención en el proceso puede ser llevada a cabo por cualquier funcionario de la entidad que tenga conocimiento de los hechos que originan la acción; de igual manera, en la sentencia T-120 de 2000, la Corte conoció un caso en el que se demandó a Cajanal por incumplimiento en la prestación de servicios médico asistenciales. Tras reunir las pruebas necesarias para dictar el fallo, la Corte determinó que el empleador de la peticionaria, un hospital público, había incumplido sistemáticamente con el pago de los aportes de seguridad social a la caja demandada, así que la responsabilidad por la prestación del servicio recaía sobre el empleador. A pesar de que la demanda no se dirigió contra el hospital, la Corte constató que dicha institución sí tuvo la oportunidad de intervenir en el proceso, por lo que consideró que sí se configuró la legitimación por pasiva. La Sala constata, sin embargo, que en el Auto 156 de 2006, tras reiterar la jurisprudencia referida, la Corte decidió declarar la nulidad de lo actuado, por considerar que se pretermitió una etapa procesal. Esta decisión no se opone a la jurisprudencia mencionada pues lo que ordenan los principios de informalidad y prevalencia del derecho sustancial, es que si se garantiza el derecho de defensa de la parte accionada, es posible superar defectos en la designación de la autoridad.

26 En una actuación posterior, la Sala volvió a decretar las pruebas mencionadas mediante requerimiento al Comandante del Ejército y la Dirección de Personal del Ejército Nacional. Autos de once (11) de junio de dos mil nueve (2009), y veintiséis (26) de junio del mismo año.

27 Decreto 2591 de 1991. Artículo 20: Artículo 20. “Presunción de veracidad. Si

el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

28 Decreto 2591 de 1991. Artículo 22: Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

29 Cfr. Sentencia T-569 de 2008, Citada.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación N° 47001-23-31-000-2001-00871-01 (0048-04).