

Sentencia T-569/08

RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales

El ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública” que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”. El retiro discrecional “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Fuerza obligatoria es autónoma/LINEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RETIRO DISCRECIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA

Según el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas y también que la doctrina fijada por la Corte Constitucional corresponde a la regla o principio que permite solucionar el caso y tiene fuerza vinculante propia e independiente de la que le corresponde a la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad, pues en esa parte resolutive el juez se limita a indicar si una determinada disposición es exequible o no lo es, sin que esa declaración condicione la fuerza del precedente que, en lo sucesivo, ha de ser aplicado a casos iguales o semejantes. Así pues, 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 accionante y que, si con base en ella se ordena motivar el acto administrativo se incurre en

un inadmisibles ejercicio analógico, no es acertado. La motivación de los actos en los cuales se toman decisiones fundadas en una facultad discrecional autorizada legalmente ha sido exigida como condición de un adecuado ejercicio de la discrecionalidad, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias proferidas en sede de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela y respecto de distintos servidores públicos, entre los que se cuentan los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, los guardianes al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y, en fin, los suboficiales y oficiales del Ejército Nacional. En este contexto importa recordar que una de las funciones del precedente constitucional es asegurar el derecho de igualdad, de tal modo que los casos similares reciban la misma respuesta y, tratándose del asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se ha señalado que la situación del soldado profesional no es equiparable a la del oficial o suboficial del Ejército o de la Policía y que en el caso de los oficiales o suboficiales la motivación está garantizada mediante la exigencia de un comité encargado de emitir un concepto previo al retiro, mientras que en relación con los soldados profesionales la ley no establece la convocación de ningún comité y, en consecuencia, no sería obligatorio motivar el retiro.

JERARQUIA EN LA ORGANIZACION DE LA FUERZA PUBLICA Y LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA EL RETIRO

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. El hecho de que el retiro fundado en una facultad discrecional legalmente establecida recaiga sobre un soldado profesional no es razón que exima a la autoridad de motivar el respectivo acto administrativo.

ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-
Concepto previo de las Juntas Asesoras o de Comités/ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA
RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Retiro por decisión del Comandante de la

Fuerza

La protección del debido proceso y del derecho a la motivación no está sujeta a la previsión de una fórmula exclusiva, pues, en atención a circunstancias de diversa índole, el legislador puede prever distintas maneras de satisfacer el derecho al debido proceso y la necesidad de motivar y, aún cuando guardara silencio respecto de fórmulas que podrían facilitar la motivación, de todas maneras se tendría que motivar, porque se trata de una exigencia constitucional, cuyo cumplimiento, por lo demás, no demanda grandes esfuerzos de comprensión y ha sido objeto de variados pronunciamientos en los cuales la Corte Constitucional ha fijado el sentido constitucional de la obligación y del correlativo derecho. 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.

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-
Razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables conforme a la Constitución

DERECHO DE DEFENSA DE PERSONA RETIRADA DEL SERVICIO PUBLICO-Caso de infante de
marina profesional

La Sala destaca que la Orden Administrativa de Personal que contiene el retiro sólo fue dada a conocer en su integridad al actor como resultado del ejercicio del derecho de petición y que en la respectiva notificación, que aparece fechada el 30 de junio de 2007 se expresa: “Hago comunicación personal al infante de marina profesional (...) que Acuerdo OAP No, 312 del 15 de junio de 2007, da de baja del servicio activo de la Armada Nacional a partir del 30 de junio de 2007 por decisión del Comandante de la Fuerza”, fuera de lo cual se le informa “que debe realizar los exámenes médicos para retiro de la institución dentro de los 15 días siguientes”. La forma como se produjo la notificación entorpece aún más las posibilidades de ejercer adecuadamente el derecho de defensa y no son de recibo las explicaciones de la parte demandante que no consideró necesario entregar una copia del acto administrativo, porque la decisión no tenía recursos en la vía gubernativa.

Referencia: expediente T-1.810.863

Accionante: Rafael Gustavo Romero Gloria

Demandado:

Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de fallos de tutela proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la acción de amparo constitucional impetrada por Rafael Gustavo Romero Gloria.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamentos fácticos

1. En el año 1998, el señor Rafael Gustavo Romero Gloria ingresó a la Fuerza de Infantería Marina de la Armada Nacional en calidad de soldado regular.

2. Durante su permanencia en la Armada Nacional, el señor Romero Gloria recibió múltiples conceptos positivos y felicitaciones que fueron registradas en su Folio de Vida, dentro de las que cabe resaltar dos comunicaciones (15 de abril y 15 de mayo de 2007) del Comandante de la Compañía Bravo en las que reconoce la constancia, dedicación y alto nivel de capacidad del accionante.¹

1. Manifiesta el señor Romero Gloria que el día 30 de junio de 2007 le comunicaron que había sido dado de baja mediante Orden Administrativa de Personal (OAP) N° 312 de junio 15 de 2007 y agrega que, en esa oportunidad, no le entregaron copia del respectivo acto administrativo.

1. El actor señala que acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues a la fecha de presentación de la demanda no había podido iniciar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto no contaba con una copia de la OAP N° 312 del 15 de junio de 2007. No obstante lo anterior, y luego de haber presentado un derecho de petición en tal sentido, copia de la orden administrativa de personal solicitada le fue entregada al accionante el día 26 de julio del 2007, fecha en la que también se admitió la acción de tutela sujeta a revisión.

1. Fundamentos de la acción y pretensiones

Considera el accionante que el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, a la salud y al mínimo vital, como quiera que procedió a retirarlo del servicio sin motivación alguna y sin que mediara un concepto de la Junta de Clasificación y Evaluación de la Armada Nacional o de sus superiores.

Así mismo, alega que al momento de comunicarle que había sido retirado del servicio, no le hicieron entrega formal y material de la OAP N° 312 del 15 de junio de 2007 ni le indicaron los recursos que procedían contra tal decisión, actuación que constituye una afectación de su derecho al debido proceso y a la defensa.

De otro lado, el señor Romero Gloria informa que su retiro carece de justificación, pues durante su permanencia y servicio a la Armada Nacional observó buen comportamiento, tal como se aprecia en su Folio de Vida donde constan los conceptos positivos y las felicitaciones otorgadas por sus superiores jerárquicos.

Bajo esa perspectiva, manifiesta que su desvinculación afecta no sólo su derecho al trabajo, sino su derecho al mínimo vital, pues con los ingresos que percibía como soldado profesional sostenía a su familia integrada por sus padres, su esposa y su hija menor de edad. Así pues, resalta que con su salario cubría el costo del estudio de su hija, de los servicios públicos domiciliarios, del canon de arrendamiento (\$120.000) y de los medicamentos que necesita su señora madre como consecuencia del problema de hipertensión que padece.

3. Oposición a la Demanda de Tutela

3.1. El Ministerio de Defensa – Armada Nacional se opuso a las pretensiones del señor Romero Gloria y adujo que el acto administrativo de su retiro fue expedido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 que faculta al Comandante de la Fuerza Militar respectiva para ordenar discrecionalmente el retiro de soldados profesionales.

En tal sentido, expresa que la OAP N°312 del 15 de junio está amparada por una presunción de legalidad y que, dada la discrecionalidad de la decisión, no es necesario que el acto administrativo sea motivado. Así mismo, indica que la orden administrativa de personal no

tiene recursos en la vía gubernativa por lo que no le fue entregada una copia de ella al señor Romero Gloria.

En cuanto a falta de concepto de la Junta de Clasificación o Evaluación que acusa el actor, alega que, según el Decreto 1790 de 2000, éste solo se requiere para el retiro de oficiales o suboficiales y no para el de soldados profesionales.

Finalmente, la entidad accionada asevera que el señor Romero Gloria tiene a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para dirimir la controversia que plantea en la presente acción de tutela.

3.2. También el Comandante de la Armada Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto adujo que el actor cuenta con otros medios judiciales de defensa, que no se configura el perjuicio irremediable y que tampoco existe vulneración del debido proceso, pues según el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 no se necesita la reunión de ninguna junta asesora y el acto administrativo que ordena el retiro no debe motivarse.

4. Pruebas que obran en el expediente

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de amparo constitucional, se encuentran como pruebas, las siguientes:

4.1. Comunicación personal del OAP N° 312 de junio 15 de 2007, expedida el 30 de junio del mismo año.

4.2. Copia del Folio de Vida del señor Rafael Gustavo Romero Gloria.

4.3. Copia de escritos de Felicitación dirigidos al señor Rafael Gustavo Romero Gloria por el Comandante de la Compañía Bravo Subteniente C.I.M. Julián D. Pastrana Cortés, de fechas 15 de abril y 15 de mayo de 2007.

4.4. Certificado de la Comisaría de Familia de San Juan Nepomuceno en el que se acredita que la menor Camila de Jesús Romero Rivero está a cargo del señor Rafael Gustavo Romero.

4.5. Declaración extraproceso de los señores Alicia Gloria Castillo y Apolinar Ambrosio

Romero Sierra padres del señor Rafael Gustavo Romero Gloria Castillo en la que afirman depender económicamente de su hijo.

4.6. Contrato de arrendamiento celebrado por la señora Miladis María Arrieta Hernández, cónyuge del señor Rafael Gustavo Romero Gloria, en el que se fija como canon la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000) y se fija como término de duración tres años 3 años contados a partir del día 5 de enero de 2007.

4.7. Recibos de los servicios públicos domiciliarios de luz (junio/07), agua (marzo/07 y abril/07) y gas (junio/07).

4.8. Copia de Orden Administrativa de Personal (OAP) N°312 del 15 de junio de 2007.

II. DECISIONES DE INSTANCIA

1. Sentencia de Primera Instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar mediante providencia del 9 de agosto de 2007 concedió el amparo invocado por el señor Rafael Gustavo Romero Gloria, pues consideró que aunque para el retiro de soldados profesionales no se requiere concepto previo de la junta de Clasificación y Evaluación, si es necesaria la solicitud de retiro de los Comandantes de la Unidad Operativa a la que pertenece el soldado, solicitud que no fue allegada por la entidad demandada ni dada a conocer al señor Rafael Gustavo Romero Gloria, actuación que constituye una afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la defensa del actor.

Adujo el juez de primera instancia que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, el retiro de personal de la Fuerza Pública debe estar sujeto a razones objetivas, razonables y proporcionales al fin que perseguido cual es el interés general, de modo que no puede confundirse discrecionalidad con arbitrariedad.

Igualmente, a juicio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, existe un perjuicio irremediable para el señor Rafael Gustavo Romero Gloria, toda vez que dentro del expediente se probó que su única ocupación era la de soldado profesional y que a través de ella obtenía los ingresos necesarios para sostener a su familia conformada por su esposa, su menor hija y sus padres. En tal sentido, el amparo fue concedido como mecanismo transitorio y se ordenó el

reintegro del accionante.

2. Segunda Instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del 26 de septiembre de 2007, revocó la decisión adoptada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, argumentando que no existe un perjuicio irremediable para el actor, como quiera que éste puede solicitar la suspensión del acto administrativo que acusa de ser vulnerador de sus derechos fundamentales dentro del proceso contencioso administrativo que corresponda.

Así mismo, manifestó que a pesar de que la Corte Constitucional mediante providencia C-179 de 2006 se pronunció acerca de la discrecionalidad en asuntos de retiro de miembros de la Fuerza Pública indicando que éste debe estar sustentado en un examen o concepto previo, tal sentencia únicamente se refirió a la constitucionalidad del Decreto 1790 de 2000 que regula el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, luego no es posible aplicar analógicamente esa decisión a lo reglado por el Decreto 1793 de 2000 acerca del retiro de soldados profesionales.

Por último, arguyó que el retiro de la Armada Nacional del señor Rafael Gustavo Romero Gloria se realizó conforme a lo dispuesto en las normas que reglamentan la materia, luego debía presumirse legal hasta tanto la autoridad competente emitiera un pronunciamiento contrario.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Presentación del asunto y cuestiones jurídicas a resolver

Mediante apoderado judicial, el señor Rafael Gustavo Romero Gloria impetró acción de tutela

como mecanismo transitorio y en contra del Ministerio de Defensa Nacional, por considerar que su retiro de la Armada Nacional vulnera, de una parte, sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa y, de otro lado, sus derechos al trabajo y al mínimo vital que también son de índole constitucional.

El motivo de la vulneración alegada radica en que el 30 de junio de 2007 le fue comunicado que mediante una orden de personal, fechada el día 15 de junio, había sido dado de baja como soldado profesional y, aún cuando en esa oportunidad no le entregaron copia del respectivo acto administrativo, el 26 de julio de 2007 la obtuvo en virtud del previo ejercicio del derecho de petición.

Tanto el Ministerio de Defensa Nacional como la Armada Nacional aducen que el acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del señor Romero Gloria fue expedido con base en el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, según el cual el comandante de la Fuerza Militar respectiva puede ordenar el retiro de soldados profesionales en forma discrecional y que, en casos como este, la discrecionalidad autoriza la expedición de actos administrativos sin motivación e igualmente señalan que no era necesario entregar una copia del acto administrativo al ahora actor, por cuanto la orden impartida carece de recursos en la vía gubernativa y, finalmente, apuntan que el demandante tiene a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En la sentencia de primera instancia, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar estimó que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, pues el retiro del personal de la Fuerza Pública debe obedecer a criterios objetivos, razonables y proporcionales al fin perseguido. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no compartió este parecer y consideró que, aún cuando en Sentencia C-179 de 2006, la Corte Constitucional precisó que el retiro deber estar sustentado en un examen o concepto previo, la citada providencia sólo se refirió a la constitucionalidad del Decreto 1790 de 2000, mas no al Decreto 1793 del mismo año, motivo por el cual no resultaba aplicable al caso la jurisprudencia entonces sentada por el máximo juez de la constitucionalidad.

Como se observa, la discrepancia entre el actor y la parte demandada y entre los jueces de instancia gira alrededor del alcance de la facultad discrecional para ordenar el retiro, pues del alcance que tenga la aludida facultad depende si se han vulnerado o no los derechos al

debido proceso y a la defensa. Así las cosas, en primer término la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte sobre el ejercicio de facultades discrecionales para decidir retiros de personal, luego determinará si los criterios vertidos en la jurisprudencia son aplicables al caso analizado y, por último, decidirá si procede o no la tutela solicitada.

3. El retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública

Según lo que se acaba de apuntar, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha ocupado del retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública. Lo primero que se destaca en la jurisprudencia sobre la materia es la afirmación de la constitucionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que obedece a una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a las instituciones militares o a la Policía Nacional y esa flexibilidad está fundada, a su vez, en la importancia de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía y en el vínculo permanente de esas funciones, relativas a la seguridad del Estado y a la seguridad ciudadana, con el interés público.

Empero, la Corporación ha sostenido enfáticamente que aún cuando la discrecionalidad para disponer el retiro de los miembros la fuerza pública tiene fundamento constitucional, ello no significa que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público de manera inconsulta o arbitraria, puesto que la comentada flexibilidad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales y “en un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin”².

Bajo las anteriores consideraciones la Corte ha estimado que “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” y que no se confunde con la arbitrariedad, ya que, tratándose del retiro de miembros de la Fuerza Pública, la ley es la llamada a establecer las condiciones para el ejercicio de esa facultad discrecional y por ello debe contemplar “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”³.

En este orden de ideas, el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación

justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”⁴ que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”⁵.

El retiro discrecional “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”⁶.

4. El retiro discrecional en el caso examinado

En el caso del soldado profesional Rafael Gustavo Romero Gloria, aún cuando se procedió a su retiro de la Armada Nacional en ejercicio de una facultad discrecional que expresamente fue invocada, es palmario que en la Orden Administrativa de Personal No. 312 del 15 de junio de 2007, “Por la cual se retira del servicio activo a un personal de Infantes de Marina Profesionales de la Armada Nacional”, sólo se ordena retirarlo “del servicio activo de la Armada Nacional en forma absoluta, de conformidad con lo estipulado en el numeral 2º del literal b del artículo 8 y artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, retiro por Decisión del Comandante de la Fuerza”.

Un contraste entre la doctrina constitucional que brevemente se ha expuesto y lo acontecido en el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala es suficiente para sostener que todo el fundamento del retiro decidido es la facultad establecida en el decreto 1793 de 2000 y que nada hay en el acto administrativo que permita inferir el acatamiento al marco constitucional que impone observar el debido proceso, motivar siquiera en forma mínima la decisión, expresar las razones de interés público que en la situación específica justificaban la adopción de una medida tan severa y asegurar el derecho de defensa del afectado.

4.1. La motivación del acto administrativo que ordena el retiro

En lo atinente a la motivación, la parte demandada admite que no motivó el acto

administrativo, pues en criterio del apoderado del Ministerio de Defensa la discrecionalidad consiste, precisamente, en que la decisión no requiere motivación y, por consiguiente, quien la adopta “no tiene que explicar las razones de la misma”. Otro tanto estimó el juez de segunda instancia al señalar que los antecedentes jurisprudenciales que han insistido en la necesidad de motivar no resultan aplicables al presente caso, porque en los fallos de constitucionalidad proferidos, y particularmente en la Sentencia C-179 de 2006, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad el Decreto 1793 de 2000.

Acerca de esta argumentación cabe recordar que, según el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas y también que la doctrina fijada por la Corte Constitucional corresponde a la regla o principio que permite solucionar el caso y tiene fuerza vinculante propia e independiente de la que le corresponde a la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad, pues en esa parte resolutive el juez se limita a indicar si una determinada disposición es exequible o no lo es, sin que esa declaración condicione la fuerza del precedente que, en lo sucesivo, ha de ser aplicado a casos iguales o semejantes⁷.

Así pues, 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 y que, si con base en ella se ordena motivar el acto administrativo se incurre en un inadmisibles ejercicio analógico, no es acertado.

La motivación de los actos en los cuales se toman decisiones fundadas en una facultad discrecional autorizada legalmente ha sido exigida como condición de un adecuado ejercicio de la discrecionalidad, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias proferidas en sede de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela y respecto de distintos servidores públicos, entre los que se cuentan los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, los guardianes al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y, en fin, los suboficiales y oficiales del Ejército Nacional⁸.

En este contexto importa recordar que una de las funciones del precedente constitucional es

asegurar el derecho de igualdad, de tal modo que los casos similares reciban la misma respuesta y, tratándose del asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se ha señalado que la situación del soldado profesional no es equiparable a la del oficial o suboficial del Ejército o de la Policía y que en el caso de los oficiales o suboficiales la motivación está garantizada mediante la exigencia de un comité encargado de emitir un concepto previo al retiro, mientras que en relación con los soldados profesionales la ley no establece la convocación de ningún comité y, en consecuencia, no sería obligatorio motivar el retiro.

4.1.1. La jerarquía en la organización de la fuerza pública y la motivación del acto administrativo que ordena el retiro

En lo referente a la distinta situación del soldado profesional y de los oficiales y suboficiales, es cierto que, aunque pueden pertenecer a un mismo cuerpo, la misma graduación jerárquica evidencia una diferencia entre los distintos miembros de una institución, así como la existencia de regímenes distintos. Sin embargo, cabe preguntar si la anotada diferencia es de tal índole que justifique limitar el derecho al debido proceso de los soldados profesionales en la medida en que se les exceptuaría de garantías que, de acuerdo con la Constitución se reconocen a toda persona y tienen aplicación en “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La tendencia que se advierte en el tratamiento jurisprudencial de la materia no avala la excepción que afectaría a los soldados profesionales. En efecto, un repaso general de las sentencias dictadas en sede de control de constitucionalidad y en sede de tutela 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 y, conforme se ha visto, se predica de agentes, oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, de personal del Departamento Administrativo de Seguridad o del Instituto Nacional Penitenciario o Carcelario y, claro está, de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional.

Muchos de los problemas que ha resuelto la Corte al revisar decisiones judiciales relativas a la acción de tutela se han suscitado, precisamente, en la renuencia a motivar, común en las autoridades que ejercen la facultad discrecional de retirar del servicio a ciertas personas y, en cada una de las oportunidades, la Corporación ha reivindicado la motivación como componente insoslayable del debido proceso y en cuanto parte de un conjunto de garantías

de estirpe constitucional 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.

Se requeriría, entonces, de una razón de gran peso para justificar que los soldados profesionales no tengan el derecho a que se les motive el acto administrativo por el cual son retirados del servicio y esa razón justificativa no está dada por el lugar que ocupan en la jerarquía propia de la fuerza pública, pues, aunque la organización jerárquica comporta diferenciación, las diferencias en ella sustentadas no tienen relevancia suficiente como para establecer un distinto grado de protección de los derechos fundamentales, ni para excluir del ámbito protector de los derechos algunas garantías ligadas al debido proceso cuando se predicen de las personas ubicadas en la base de la comentada jerarquía.

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.

Más bien lo que se advierte es que personas situadas en diversos niveles de la estructura jerárquica tienen un legítimo interés en seguir vinculadas a la fuerza pública, en contar con ascensos y con similares medios y garantías para controvertir un retiro que consideren reñido con el derecho. De nada de esto está exento el soldado profesional que, como lo indica el decreto 1793 de 2000, en determinadas condiciones puede ser “ascendido a dragoneante profesional”, debe superar unos requisitos de incorporación y está sujeto a un período de prueba, por citar sólo algunos ejemplos.

En conclusión, el hecho de que el retiro fundado en una facultad discrecional legalmente establecida recaiga sobre un soldado profesional no es razón que exima a la autoridad de motivar el respectivo acto administrativo y, en consecuencia, conviene pasar a examinar el otro motivo que se ha aducido como justificación para la ausencia de motivación, cual es la circunstancia de que, tratándose del retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y

de las Fuerzas Militares, está previsto el previo concepto de juntas asesoras o de evaluación que, en cambio, no se prevé en el caso de los soldados profesionales.

4.1.2. El concepto previo de juntas asesoras o de comités y la motivación del acto administrativo que ordena el retiro

Este último argumento asimila la motivación a la existencia de un concepto anterior al retiro, rendido por un comité o junta y quienes lo sostienen consideran que en razón de esa asimilación, si no está prevista la convocación del comité o de la junta no puede existir concepto previo, ni tampoco obligación de motivar el acto administrativo que ordena el retiro con fundamento en una facultad discrecional legalmente establecida.

Sobre el particular resulta de interés anotar que la protección del debido proceso y del derecho a la motivación no está sujeta a la previsión de una fórmula exclusiva, pues, en atención a circunstancias de diversa índole, el legislador puede prever distintas maneras de satisfacer el derecho al debido proceso y la necesidad de motivar y, aún cuando guardara silencio respecto de fórmulas que podrían facilitar la motivación, de todas maneras se tendría que motivar, porque se trata de una exigencia constitucional, cuyo cumplimiento, por lo demás, no demanda grandes esfuerzos de comprensión y ha sido objeto de variados pronunciamientos en los cuales la Corte Constitucional ha fijado el sentido constitucional de la obligación y del correlativo derecho.

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.

En el asunto del cual se ocupa la Sala se da a entender que la decisión de retirar al soldado Romero Gloria fue tomada por el Comandante de la Fuerza, no se informa sobre el eventual contenido de alguna solicitud formulada por el Comandante de la respectiva unidad operativa y sólo al impugnar el fallo de primera instancia el Comandante de la Armada Nacional manifiesta que aún cuando, en su criterio, la solicitud previa del Comandante de Batallón podía darse o no, porque se trataba de un simple acto de trámite o preparatorio, tal "solicitud de retiro existió, pues tan es así que el comandante del batallón al cual se encontraba adscrito el demandante, solicitó su retiro de forma verbal ante el Comando respectivo".

Nada se dice, entonces, sobre los motivos que condujeron a ordenar el retiro y, a juicio de la Sala, esa situación desconoce el derecho a que la decisión sea motivada, máxime si el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000 establece un procedimiento mínimo que involucra la solicitud del Comandante de la respectiva unidad operativa, lo cual lleva a documentar, así sea en forma mínima, la situación que da origen al retiro.

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

Según la jurisprudencia destacada en la primera parte de estas consideraciones, la discrecionalidad no puede ser asimilada a actuación secreta o inconsulta y la motivación, justamente, contribuye a que la persona directamente concernida se entere de aquello que

le resulta de particular interés.

4.2. El derecho de defensa de la persona retirada del servicio

Ahora bien, de lo expuesto se deduce que debido a la manera como se produjo el retiro del señor Romero Gloria, su derecho a la defensa no está adecuadamente garantizado. La parte demandada aduce que el actor en tutela cuenta con acciones que puede ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero la eficacia de esas acciones está condicionada por la falta de motivación que coloca en situación de desventaja al administrado frente a la administración que, además, ha hecho uso de una facultad discrecional que le otorga poderes más amplios que los normales.

A propósito de lo anterior, es de interés señalar que en casos de retiro basado en el uso de facultades discrecionales, distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han ordenado a Tribunales Administrativos y aún al Consejo de Estado proceder a emitir de nuevo el correspondiente fallo dentro de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho para dar cabal aplicación al derecho de defensa de funcionarios o servidores retirados por inconveniencia o por razones del servicio, porque, en contra de lo expuesto en esta providencia, dieron por cumplido el derecho al debido proceso y por satisfecho el derecho de defensa con la sola invocación de la facultad de carácter discrecional y entendieron que las entidades demandadas no debían señalar en el correspondiente acto administrativo las razones de inconveniencia o de interés público justificativas del retiro⁹.

Otras solicitudes de tutela se dirigen en contra de las autoridades que han dispuesto el retiro y no han motivado el acto administrativo y la Corte les ha ordenado que procedan a motivar, como lo hará en este caso a fin de garantizar el derecho a la defensa del señor Romero Gloria y su debido proceso, habida cuenta de que, fuera de todo lo expuesto, al momento de ser retirado el demandante había prestado durante un buen tiempo sus servicios en la Armada Nacional y había sido felicitado en varias oportunidades, particularmente el 15 de Abril y el 15 de mayo de 2007, es decir, dos veces en los meses anteriores al retiro que fue decidido el 15 de junio de ese año, lo cual hace menos explicable la adopción de una medida que, como el retiro, es drástica y compromete derechos fundamentales del afectado.

Finalmente, la Sala destaca que la Orden Administrativa de Personal que contiene el retiro sólo fue dada a conocer en su integridad al actor como resultado del ejercicio del derecho de

petición y que en la respectiva notificación, que aparece fechada el 30 de junio de 2007 se expresa: "Hago comunicación personal al infante de marina profesional Romero Gloria Rafael Gustavo (...) que Acuerdo OAP No, 312 del 15 de junio de 2007, da de baja del servicio activo de la Armada Nacional a partir del 30 de junio de 2007 por decisión del Comandante de la Fuerza", fuera de lo cual se le informa "que debe realizar los exámenes médicos para retiro de la institución dentro de los 15 días siguientes".

La forma como se produjo la notificación entorpece aún más las posibilidades de ejercer adecuadamente el derecho de defensa y no son de recibo las explicaciones de la parte demandante que no consideró necesario entregar una copia del acto administrativo, porque la decisión no tenía recursos en la vía gubernativa.

5. Las decisiones a adoptar

Por todo lo anterior, la Sala concederá la tutela pedida y ordenará a la parte demandada que en el improrrogable 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 Rafael Gustavo Romero Gloria, siempre y cuando haya habido solicitud formulada por el Comandante de la respectiva unidad operativa que también se hará constar. El acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.

Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto administrativo no se hubiere producido la motivación, el señor Romero Gloria deberá ser reintegrado de inmediato a la Armada Nacional. Se revocará, entonces, la sentencia de segunda instancia y recibirá confirmación la de primera, pero sólo en cuanto concedió el amparo deprecado.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007) y **CONFIRMAR** la sentencia proferida, en primera instancia, por el Consejo

Seccional de la Judicatura de Bolívar el nueve (9) de agosto de dos mil siete (2007), pero sólo en cuanto concedió el amparo deprecado y revocarla en lo demás.

SEGUNDO.- CONCEDER al señor Rafael Gustavo Romero Gloria la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa y, en consecuencia ORDENAR al Ministerio de Defensa - Armada Nacional, que dentro del improrrogable término de 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 el retiro del soldado profesional Rafael Gustavo Romero Gloria, siempre y cuando haya habido solicitud formulada por el Comandante de la respectiva unidad operativa que también se hará constar. El acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.

TERCERO.- Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto administrativo no se hubiere producido la motivación, el señor Romero Gloria deberá ser reintegrado de inmediato a la Armada Nacional.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Cuaderno 1, Folios 22 y 23.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Ibídem.

4 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz.

8 Sobre este aspecto se pueden consultar las Sentencias C-179 de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra, C-5256 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-193 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-072 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo., C-398 de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-827 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre muchas otras.