

Sentencia T-638/12

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Casos en que Ejército y Policía Nacional desvinculan a los accionantes mediante resoluciones inmotivadas

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La Corte Constitucional ha establecido que el defecto por desconocimiento del precedente se presenta cuando se fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. No obstante, el respeto del precedente constitucional por parte del juez no es absoluto en la medida que ello evita la petrificación de ciertas posiciones y promueve la práctica saludable de la jurisprudencia. Esta postura se basa en una evolución de las posiciones judiciales sobre un tema y marco jurídico determinado a partir de la construcción democrática de la jurisprudencia y en el principio de autonomía funcional del juez. Por ello, el funcionario jurisdiccional puede separarse del precedente siempre que "(...) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte".

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Motivación del acto administrativo/RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Alcance de la facultad discrecional

Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuando utilizando la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. La referida obligación cohabita con una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a estas

instituciones que se sustenta en las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía, relativas a la seguridad del Estado y de la ciudadana, así como en el vínculo permanente de esas competencias con el interés público. 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. Los actos administrativos discrecionales, como los que desvinculan del servicio al personal de la Fuerza Pública deben contener un mínimo de motivación que permita que sean controvertidos judicialmente. Ello protege el derecho al debido proceso a través del acceso a la justicia. Cuando se trata de esta clase de actos jurídicos, la motivación no es excluida, sólo es limitada a que cuando menos sumariamente se manifieste la adecuación de los fines de la norma que autorizó la facultad con los hechos que le sirven de causa para su aplicación.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Orden de emitir un nuevo fallo en el que se aplique el precedente de la Corte Constitucional que obliga a motivar los actos de retiro del servicio de los miembros de las fuerzas armadas

Referencia: expedientes T-3422062 y T-3422079.

Acción de tutela instaurada por: Luis Alberto Ramos Pájaro contra el juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; y Armando Lozada Carmona contra el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA.

Mediante la cual se pone fin al trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia:

Expediente

Fallos de tutela

T-3422062

Primera Instancia: Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 3 de noviembre de 2011.

Segunda Instancia: Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 9 de febrero de 2012.

T-3422079

Primera Instancia: Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 3 de agosto de 2011.

Segunda Instancia: Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 2 de noviembre de 2011.

I. ANTECEDENTES.

Expediente T-3422062

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1. El 19 de Septiembre de 2011, el señor Luis Alberto Ramos Pájaro, instauró acción de tutela contra las sentencias emitidas por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por considerar que estas autoridades judiciales vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al buen nombre, al mínimo vital, a la salud, al debido proceso y a la administración de justicia al avalar un acto administrativo que de forma inmotivada lo retiro del servicio activo, con lo cual se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la directiva ministerial No 04 del 19 de febrero de 2009 emitida por el Ministerio de Defensa.

1. El 1 de abril de 1996, el señor Luis Alberto Ramos Pájaro se incorporó al Ejército Nacional como soldado regular y luego como suboficial de esta institución.

1. A través de la resolución 1009 del 16 de junio de 2008 el Ejército Nacional retiró del servicio en forma temporal al accionante, utilizando para ello su facultad discrecional, sin que el acto administrativo contara con motivación alguna¹.

1. Manifestó el solicitante que nunca fue sancionado o investigado por las autoridades competentes por el ejercicio de sus funciones. De hecho, obtuvo diferentes felicitaciones por buen desempeño laboral, tal como ocurrió un mes antes de la declaratoria de su retiro.

1. El 14 de agosto de 2008, el accionante formuló derecho de petición ante la Dirección de Personal del Ejército, en el que solicitó una copia del acta del Comité de Evaluación e información sobre los motivos que fundaron la decisión de excluirlo de las fuerzas armadas.

1. El Director de Personal del Ejército, Darío Rojas, le entregó al petente el acta administrativa emitida por el Comité de Evaluación que conceptuó su retiro. Esta decisión únicamente cuenta con las firmas de sus miembros, de modo que no contiene las razones que animaron la desvinculación del servicio del militar.

1. Como resultado de lo anterior, el señor Ramos Pájaro presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se anulara parcialmente el acto administrativo que ordenó su retiro del servicio activo, porque: i) la administración no ejerció su facultad discrecional de forma motivada exponiendo las razones de la mejora del servicio que la sustentan; y ii) no tuvo en cuenta el buen desempeño del militar.

1. Por medio de la sentencia del 28 de abril de 2010, el juez Once Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones del señor Ramos Pájaro, fundamentado en que el Ejército Nacional desplegó conforme a la ley la facultad discrecional de retirarlo del servicio activo, pues cumplió con todos los requisitos legales para ello. Además estimó que la institución basó el retiro en el mejoramiento del servicio².

1. Apelada la decisión por el actor, el 4 de agosto de 2011 la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca confirmó el fallo emitido por el a-quo al considerar que el Ejército Nacional utilizó una facultad discrecional otorgada por la ley, cumpliendo los requisitos para su ejercicio, a saber, que el militar tenga un grado de oficial o suboficial y que se cuente con la recomendación del comité evaluador³. Agregó que no se configuró desvío de poder ya que el accionante no informó ni demostró cuáles son los motivos ocultos en que se fundó la desvinculación del servicio activo.

1. Manifestó que no cuenta con ningún ingreso económico para satisfacer las necesidades

básicas propias y de su núcleo familiar compuesto por su esposa, hijo -menor de edad- y padres. Además, indicó que padece de leishmaniosis Mucocutanea Interno, enfermedad que ha sido tratada por los servicios médicos de la institución accionada.

1. Para finalizar, el demandante estimó que las autoridades judiciales incurrieron en el yerro de desconocimiento del precedente por no atender al momento de dictar sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordena a la fuerza pública motivar las razones por las cuales retira del servicio a uno de sus miembros.

2. Intervención de la parte demandada.

1. Giovanni Humberto Legro Machado, Juez Once Administrativo del Circuito de Bogotá, pidió no conceder la tutela argumentando que la conducta del despacho no constituyó ningún defecto que viciara la sentencia expedida por éste. Estimó el funcionario judicial que actuó conforme al ordenamiento jurídico, toda vez que avaló una facultad discrecional de la administración, el retiro del servicio activo de miembros del Ejército Nacional, cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, como son, tener la calidad de oficial o suboficial y que la Junta Asesora recomiende dicha decisión.

1. Intervención de tercero con interés.

1. Sonia Clemencia Uribe Rodríguez, Coordinadora del Grupo Contenciosos Constitucional de la Dirección de Asuntos legales del Ministerio de Defensa Nacional, solicitó negar el amparo advirtiendo que el acto de retiro del petente se realizó conforme al ordenamiento jurídico, comoquiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que no se requiere que las razones de la mejora del servicio que motivan una decisión de desvinculación se encuentren presentes en el acto jurídico que la materializa. En efecto, éste puede fundarse en aspectos de conveniencia y de oportunidad⁴, no solamente en las calidades laborales del servidor público. Agregó que, el peticionario pretende revivir en sede de tuta el debate que se presentó al interior del proceso ordinario.

1. Sentencia de tutela de primera instancia.

1. En sentencia proferida el 3 de noviembre de 2011, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió negar el amparo por improcedente porque la acción de tutela contra providencias judiciales únicamente procede cuando se presenta en el proceso ordinario una ostensible vulneración a los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cosa que no ocurrió en el trámite adelantado por el señor Ramos Pájaro. De ahí que el demandante ejerció el derecho de acción a través de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue admitida, tramitada conforme a las reglas del Código Contencioso Administrativo, y decidida mediante la sentencia objeto de censura.

1. Impugnación del fallo de tutela de primera instancia.

1. El señor Luís Alberto Ramos impugnó el fallo de primera instancia señalando que conforme a la jurisprudencia constitucional la acción de tutela sí es procedente para atacar sentencias judiciales. De igual forma, el actor adujo que los fallos acusados vulneraron su derecho a la igualdad puesto que el argumento para no aceptar su reintegro al servicio activo “es falso, otros han sido reintegrados pese a ser retiros discrecionales”.

1. Sentencia de Tutela de Segunda Instancia.

1. El 9 de febrero de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo emitido en primera instancia, con sustento en los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, consideró que el caso sometido a su competencia cumple con todas las causales genéricas de procedibilidad de tutela contra providencia judicial.

2. Respecto de los defectos específicos concluyó que no se presenta un desconocimiento del precedente, ya que los jueces del proceso ordinario expresaron los argumentos necesarios para demostrar la inexistencia de la obligación de motivar los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública, posición defendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien es el juez natural en esta clase de eventos.

1. Finalmente conminó al Ejército Nacional a continuar con el tratamiento de la enfermedad leismaniosis Mucocutanea Interno que padece el petente.

Expediente T-3422079

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1. El 19 de julio de 2011, el señor Armando Lozada Cardona, instauró acción de tutela contra las sentencias emitidas por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, por considerar que estas autoridades judiciales vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, al avalar un acto administrativo que de forma inmotivada retiró al tutelante del servicio activo.

1. En enero de 1994, el señor Armando Lozada Cardona ingresó a la Policía Nacional como auxiliar de bachiller, labor que desempeñó hasta enero de 1995. Luego, fue incorporado a la institución en calidad de alumno, y se graduó de profesional y patrullero el 31 de mayo de

1996.

1. Mediante la resolución 1009 del 11 de septiembre de 2006, el comandante de Policía de Risaralda retiró de forma inmotivada del servicio activo al accionante, invocando su facultad discrecional.

1. Como resultado de lo anterior, el señor Lozada Cardona presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando que se anulara el acto administrativo que ordenó su retiro del servicio activo, porque la administración lo desvinculó en uso de su facultad discrecional por razones de la mejora del servicio, cuando el verdadero motivo fue una supuesta trasgresión a una norma penal y disciplinaria, la cual no se probó ni se le dio el trámite del respectivo proceso sancionatorio.

1. En la contestación de la demanda del trámite de nulidad y restablecimiento del derecho, la Policía Nacional informó que el fundamento del acto jurídico impugnado correspondió a que a través de informes de inteligencia pudo constatar que el señor Lozada Cardona recibió dineros en estipendios de bazuco y marihuana⁵. Sin embargo, al momento del inicio de la acción ordinaria la Policía no se había comenzado con los trámites disciplinarios y penales por dicho hecho⁶.

1. Por medio de la sentencia del 3 de febrero de 2010, el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Pereira negó las pretensiones del señor Armando Lozada Cardona⁷, fundamentado en que la facultad para desvincular a un miembro de la policía de forma discrecional por razones del servicio es autónoma respecto de la potestad sancionatoria, de modo que la desvinculación del actor es independiente a la falta de iniciación en su contra del respectivo proceso sancionatorio. En efecto, para el ejercicio de la primera competencia no se requiere que se haya adelantado investigación penal o disciplinaria. Incluso, arguyó que ésta última no impide que la administración utilice el poder discrecional de retiró, en el

cual no es necesario que se expliquen los motivos que animaron tal decisión. Así mismo, estimó que el accionante no demostró la desviación de poder en la actuación de la administración, esto es, no probó que el acto jurídico impugnado se expidió con fines diversos a los contenidos en la ley.

1. Apelada la decisión, el 14 de abril de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda confirmó el fallo emitido por el a-quo con base en los mismos argumentos propuestos por éste⁸. Además, agregó conforme a la sentencia T-569 de 2008, la motivación de los actos de retiro en uso de las facultades discrecionales por razones del servicio de los miembros de la policía se garantiza con la conformación del Comité de Evaluación y su correspondiente concepto.

1. El peticionario señaló que dichos proveídos infringieron sus derechos fundamentales e implicaron que las autoridades judiciales incurrieran en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional que dispone la necesidad de fundamentar los actos de desvinculación de los miembros de la Policía Nacional⁹. Adicionalmente, precisó que el desconocimiento del precedente es evidente, toda vez que los jueces demandados no presentaron argumento alguno para separarse de lo dispuesto por jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.9 Por lo anterior, el petente solicitó que se dejen sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por él en contra de la Policía Nacional, expedidas por el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y el Tribunal Administrativo de Bolívar respectivamente. De la misma forma, pidió que se le ordenara a los jueces accionados que expidieran una providencia conforme al precedente constitucional y que requirieran a la Policía Nacional para que informe cuáles fueron los motivos que animaron su desvinculación como servidor público.

1. Intervención de la parte demandada.

1. Dufay Carvajar Castañeda, Fernando Álvarez Beltran y Carlos Arturo Jaramillo Ramírez, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda solicitaron que no concediera el amparo solicitado por el señor Lozada Cardona, comoquiera que los fallos impugnados no incurrieron en ningún defecto específico de aquellos planteado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la medida que son el resultado de “un análisis ponderado e integral de los derechos invocados, de la totalidad de las pruebas allegadas al expediente y de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en relación con la facultad discrecional ejercida por los organismos armados”.

1. Sentencia de tutela de primera instancia.

1. En sentencia proferida el 3 de agosto de 2011, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió negar el amparo por improcedente aduciendo que el peticionario busca revivir en sede de tutela el debate planteado, discutido y estudiado en el proceso ordinario. En todo caso, consideró que la providencia objeto de censura fue dictada acogiendo los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado vigentes a su expedición.

1. Impugnación del fallo de tutela de primera instancia.

1. El actor impugnó el fallo de primera instancia en razón a que no tuvo en cuenta que en las sentencias atacadas se produjo un defecto por desconocimiento del precedente, dado que, contrario a la jurisprudencia de la Corte Constitucional dichos proveídos encontraron acorde al ordenamiento jurídico un acto administrativo que de forma inmotivada retiró del servicio

activo a un agente de policía.

1. El petente Subrayó que no pudo demostrar en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho la desviación de poder del acto administrativo impugnado, debido a que nunca conoció cuales fueron los motivos que llevaron a la administración a excluirlo del ejercicio de su cargo.

1. Para finalizar, señaló que el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda adoptó una decisión con base en una incorrecta interpretación de la jurisprudencia de esta Corte.

1. Sentencia de Tutela de Segunda Instancia.

1. El 2 de noviembre de 2011, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo emitido en primera instancia, con sustento en que las decisiones judiciales cuestionadas se encuentran debidamente motivadas, toda vez que no existe prueba alguna que demuestre que las providencias atacadas hayan vulnerado algún núcleo esencial del derecho al debido proceso, en la medida que no se tratan de proveídos caprichosos, arbitrarios o contradictorios. Igualmente, encontró que las sentencias atacadas se fundan en las normas así como en la jurisprudencia aplicable al caso concreto y no evidencian el defecto acusado por el actor.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y

241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico.

1. En el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si los Tribunales Contenciosos Administrativos y Jueces Administrativos demandados vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de Luis Alberto Ramos Pájaro y Armando Lozada Cardona porque avalaron una resolución que de forma inmotivada los desvincularon del Ejército y Policía Nacional, respectivamente, lo que implicó no atender la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

1. Para abordar los problemas descritos, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia en materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En especial, se referirá a la jurisprudencia de la Corte sobre el defecto por desconocimiento del precedente constitucional. A continuación, reiterará el deber de motivación en la facultad discrecional de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Finalmente, llevará a cabo el análisis de los casos en concretos.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

1. Esta Corporación ha señalado de forma reiterada¹⁰ que la acción de tutela es una herramienta procesal constitucional que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en determinados casos. Los jueces y toda corporación de justicia son autoridades públicas, de manera que sus decisiones son susceptibles de ser impugnadas por vía de amparo.

1. En desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. No se puede olvidar que la legitimidad del Estado Social de Derecho se concreta en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

1. La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad constitucional, que consisten en: “(i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución” 11. Si la decisión judicial cuestionada acredita con suficiencia estos presupuestos de legitimidad, el juez constitucional se encuentra impedido para modificar la decisión. Si sucede lo opuesto el juez de tutela tiene la obligación de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto.

1. Así las cosas, la tutela contra providencia judicial procede siempre que se constate la observancia de ciertos requisitos generales de procedencia y se evidencie al menos un defecto específico en los fallos objeto de amparo.

1. Los requisitos generales de procedibilidad son:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.”¹²

1. Una vez la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado este examen de forma completa, el juez constitucional tiene la facultad para analizar si en la decisión judicial se configura uno o varios de los requisitos especiales de procedibilidad, que no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el centro de los cargos elevados contra la sentencia. Estos han sido sintetizados así:

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

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

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

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

los fundamentos y la decisión.

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

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

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

i. Violación directa de la Constitución.”¹³

La Sala precisa que la obligación de los accionantes en una acción de tutela contra providencias judiciales se materializa en señalar con precisión cuáles son los hechos vulneradores de sus derechos fundamentales, y no en etiquetar o establecer qué defecto constituye. Esto último, es competencia de la Corte Constitucional quien, a partir del supuesto fáctico planteado en la demanda, tiene la competencia para determinar con precisión de qué irregularidad adolece el fallo impugnado.

Breve caracterización del defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

1. La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial sobre la posición del precedente constitucional como fuente de derecho en el ordenamiento nacional y su importancia para el ejercicio de la función judicial¹⁴. Así, ha señalado que los pronunciamientos de esta Corporación deben ser acogidos por los demás jueces, porque determinan los contenidos de los derechos e interpretan de forma autorizada la Constitución, la cual rige el ordenamiento jurídico en la producción normativa, en el proceso hermenéutico de aplicación de las leyes y a los otros elementos que componen el sistema jurídico conforme

lo prevé el artículo 4 Constitución Nacional. Bajo esta óptica, la Sala resaltará varios elementos respecto del concepto del precedente constitucional, su obligatoriedad para los jueces, y las implicaciones de su desconocimiento como causal de procedibilidad de la acción de tutela.

1. En primer lugar, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”¹⁵. Así mismo, ha explicado que no toda la sentencia es considerado como vinculante, pues todo el contenido de ésta no puede adquirir dicho carácter. Para ello ha fijado que un fallo se compone de tres elementos que consisten en: i) la decisión del caso o *decisum*, ii) las razones directamente vinculadas de forma directa y necesaria con la decisión o *ratio decidendi* y iii) los argumentos accesorios utilizados para dar forma al fallo judicial, conocidos como *obiter dicta*¹⁶. De estos, solo la *ratio decidendi* tiene valor normativo y por tanto se constituye como la proposición deóntica que deben seguir los diferentes jueces.¹⁷

Así mismo, la Corte ha señalado que una sentencia antecedente es relevante para la solución de un caso, cuando presenta alguno de los siguientes aspectos (o todos ellos):

“i. En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.

ii. La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante (a la que se estudia en el caso posterior).

i. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”¹⁸”.

1. En segundo lugar, la Sala debe precisar que la obligación de acatar el precedente constitucional no disminuye de acuerdo con el tipo de pronunciamientos de la Corte, ya sea en el marco del control abstracto o concreto. Esto es consecuencia de la garantía del carácter normativo de la Constitución y la importancia de la interpretación autorizada que hace la Corte del Texto Superior como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta.

Conforme a ello la Corte ha sostenido que la obligatoriedad del precedente puede presentarse en dos dimensiones¹⁹: i) uno vertical que se origina en aplicar las decisiones de un funcionario o Corporación judicial de superior jerarquía; y ii) otro horizontal que proviene de acatar los pronunciamientos del mismo juez o de corporación judicial de similar jerarquía. Estos dos ámbitos sujetan la actuación del juez, debido a la igualdad de trato jurídico en la aplicación de los preceptos legales, de acuerdo al artículo 13 constitucional. Es decir, la autonomía judicial encuentra restricciones en la eficacia de los derechos fundamentales²⁰.

Específicamente, en el precedente vertical “el juez está vinculado por las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional), cuya observancia no constituye una mera facultad discrecional, sino que se convierte en una obligación ineludible que se fundamenta, particularmente, en el principio de igualdad (supuestos fácticos iguales deben resolverse de forma similar), buena fe y confianza legítima, por el mantenimiento de un mínimo de seguridad jurídica y por motivos de racionalidad y de coherencia del sistema jurídico”²¹.

Cabe acotar que la función de unificación en la interpretación de la Constitución es especialmente relevante en materia de derechos fundamentales que, como se sabe, son consagrados en cláusulas especialmente abiertas e indeterminadas que se concretan a través de las normas adscritas identificadas por esta Corporación. De esta manera, desconocer una sentencia de constitucionalidad o tutela tiene efectos en la configuración del defecto que dará procedencia al correspondiente amparo.

1. Frente a los fallos de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada que emana de esta clase de providencia, la cual prohíbe la reproducción de normas declaradas inexecutable por el Tribunal Constitucional. Una decisión judicial que desconozca la ratio decidendi de

estos proveídos incurre en un defecto sustantivo, porque desconoce el derecho vigente y existente en el ordenamiento jurídico, así como concede a las normas de rango legal una interpretación o aplicación contraevidente respecto de la Carta Política.

Mientras tanto la vinculatoriedad de la ratio decidendi de las sentencias de tutela se sustenta en la salvaguarda de los principios de igualdad en la aplicación de la ley, de la confianza legítima, y de la unidad además de la coherencia del ordenamiento²². En los eventos que una decisión judicial desconoce la jurisprudencia constitucional expedida en el ejercicio de control concreto conlleva a que ésta adolezca de un defecto por desconocimiento del precedente.

Así, la Corte Constitucional ha establecido que el defecto por desconocimiento del precedente se presenta cuando se fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance²³. Sobre su aplicación, basta con referirse a lo explicado por la Corte en las sentencias T- 1112 de 2008²⁴ y T-028 de 2012. En dichas ocasiones se dijo que para decidir sobre la procedencia de la acción de tutela por la causal estudiada es preciso:

“(i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes;

(iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine.”

No obstante, el respeto del precedente constitucional por parte del juez no es absoluto en la medida que ello evita la petrificación de ciertas posiciones y promueve la práctica saludable de la jurisprudencia. Esta postura se basa en una evolución de las posiciones judiciales sobre un tema y marco jurídico determinado a partir de la construcción democrática de la jurisprudencia y en el principio de autonomía funcional del juez. Por ello, el funcionario jurisdiccional puede separarse del precedente siempre que “(...) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en

todo o en parte”.²⁵

El deber de motivación en la facultad discrecional en los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Reiteración Jurisprudencial.

1. Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuando utilizando la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. La referida obligación cohabita con una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a estas instituciones que se sustenta en las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía, relativas a la seguridad del Estado y de la ciudadana, así como en el vínculo permanente de esas competencias con el interés público.

En las sentencias C-525 de 1995 y C- 179 de 2006 la Corte estimó que la utilización de la facultad discrecional de desvinculación de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse de forma inconsulta o arbitraria, puesto que dicha potestad 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”²⁶.

Por ello, el legislador y la jurisprudencia han construido unos límites al ejercicio de dicha competencia representados en la legalidad y la salvaguarda del debido proceso, toda vez que la discrecionalidad se ejerce en el marco de la ley, y no fuera de ésta.

Igualmente, advirtió el Tribunal Constitucional que el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”²⁷ 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”²⁸. En efecto, “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”²⁹.

Bajo las anteriores consideraciones en sede de control concreto de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha exigido la motivación de los actos de desvinculación de los miembros de la fuerza pública. Aunque, debe indicarse que este precedente se constituyó a partir de tutelas interpuestas directamente contra la -Nación- el Ejército o Policía Nacional, cuando el personal de las referidas institucional era retirado del servicio sin motivación por razones de la mejora del servicio. Por eso, todas las providencias de esta línea jurisprudencial ordenaron a la fuerza pública motivar dichos actos jurídicos.

En este sentido, la sentencia T-995 de 2007 censuró por primera vez en sede de revisión, el retiro inmotivado del servicio activo de un oficial de la Policía Nacional, al afirmar que “esta Corte no se cansará de repetir que es imposible, a la luz de la Constitución Política actual de la Republica de Colombia, confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad antojadiza. Este es el caso que se estudia en la presente sentencia; el caso de quien opta por la profesión del policía, con todo el sacrificio que ellos implica, para, a la larga, verse separado de la carrera que ha elegido, sin recibir explicación alguna”.

Posteriormente, en fallo T-568 de 2008 estudió un caso de un soldado regular que fue excluido de la armada nacional a través de un acto administrativo carente de argumentación. En esta providencia, la Sala Cuarta de Revisión de Tutela, reiteró lo expuesto en sede control abstracto respecto de los límites y alcances de la facultad discrecional de retiro. Además advirtió que la obligación de motivar dichos actos puede extraerse de la jurisprudencia sobre el despido 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.³⁰

Incluso, la Corporación manifestó que la motivación de los actos jurídicos de desvinculación del Ejército debe presentarse en el caso de los soldados regulares o profesionales. Por ende, “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.”

Luego, el proveído T-1168 de 2008 analizó un acumulado de cuatro expedientes en los cuales la Policía Nacional desvinculó del servicio activo sin motivación alguna a varios de sus miembros.

En esta oportunidad el juez constitucional resaltó que la justificación o argumentación de los actos administrativos es esencial para la garantía del derecho al debido proceso, en la medida que permite ejercer de forma adecuada su control ante los estrados judiciales. Específicamente, adujo que “la motivación, aunque sea mínima, es un elemento indispensable en la realización de este acto discrecional, motivación que es producto de un debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la respectiva junta del supuesto de hecho que permita concluir que la recomendación de retiro y el acto de retiro propiamente dicho contribuye al cumplimiento de la finalidad de la Policía Nacional, requisito que no se satisface con la mención de la norma que le atribuyó la competencia discrecional, sino que debe obedecer a la adecuación de que trata el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, es decir, a un mínimo de motivación que permite la garantía del derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos constitucionales que el Estado tiene el deber de garantizar”.

Más adelante, en el asunto de una desvinculación de un suboficial del Ejército Nacional, la Corte consideró en la sentencia T-1173 de 2008 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”³¹. Además, estableció que la discrecionalidad 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 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”³².

Estos elementos implican que los actos administrativos discrecionales, como los que desvinculan del servicio al personal de la Fuerza Pública deben contener un mínimo de

motivación que permita que sean controvertidos judicialmente. Ello protege el derecho al debido proceso a través del acceso a la justicia. Cuando se trata de esta clase de actos jurídicos, “la motivación no es excluida, sólo es limitada a que cuando menos sumariamente se manifieste la adecuación de los fines de la norma que autorizó la facultad con los hechos que le sirven de causa para su aplicación”³³.

1. En suma, la Corte ha reiterado en diversas oportunidades que la Fuerza Pública –Fuerzas Armadas y Policía Nacional- tiene el deber de motivar los actos de retiro del servicio de sus miembros. Para la Sala es evidente que en el precedente no ha existido un trato diferente al personal de estas instituciones respecto de la justificación de dichos actos administrativos. Empero, es importante identificar las reglas jurisprudenciales específicas para cada uno de estos servidores públicos, como se mostrará a continuación:

1. El legislador le confirió al Presidente, los ministros, y los comandantes de cada fuerza a través de la delegación, la competencia para ejercer la potestad de retiro discrecional³⁴ del personal de las fuerzas armadas –que se componen de ejército, armada y fuerza aérea-. A su vez, el Decreto 1790 de 2000 precisó que la facultad puede ejercerse frente a oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En relación con el fin perseguido con esta facultad, la Corte Constitucional ha expresado que este “...no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones” relacionadas con la seguridad del Estado y de la ciudadanía³⁵. La importancia de este último elemento radica en que es el factor determinante para evitar que la facultad discrecional se torne en un potestad arbitraria, porque implica ajustarse a la razonabilidad y racionalidad, lo cual solo puede demostrarse por medio de la motivación³⁶.

Además, en el caso de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, de acuerdo con las previsiones legales, la decisión de retiro discrecional requiere del aval previo del Comité de Evaluación para la Aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000.

Más adelante, en el proveído T-655 de 2009 la Corte Constitucional estimó que cuando el retiro discrecional del servicio de un soldado se basa en un informe reservado, el secreto se

mantendrá frente a terceros, pero será oponible al soldado desvinculado, quien tiene derecho a conocer dicho informe. Así mismo concluyó que lo expuesto es una consecuencia de garantizar el debido proceso.

Luego, la sentencia T-459 de 2009 reiteró que la obligación de motivar los actos de desvinculación de los miembros de las fuerzas armadas cubre tanto a soldados regulares, como suboficiales y oficiales. Así mismo, indicó los requisitos que debe utilizar el Ejército Nacional para dar aplicación a la facultad de retiro discrecional consagrada en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 con el fin de que dicha potestad sea ejercida de forma respetuosa del debido proceso y de la Constitución, que consiste en³⁷:

(i) la existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión;

(ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas;

(iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000;

(iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité;

(iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado; y

v) que cuando el retiro discrecional del servicio se base en un informe reservado, tal secreto se mantendrá frente a terceros, pero no respecto al soldado objeto del retiro, quien tiene derecho a conocer dicho informe. Entonces, en aras de garantizar el debido proceso, debe permitírsele al soldado conocer el informe reservado para controvertir la decisión de su retiro.

1. Por su parte³⁸, la facultad discrecional para disponer por razones del servicio del retiro de los miembros de la Policía Nacional está regulada por la Ley 857 del 2003³⁹. Así, al Director General de la Policía le fue conferida la facultad del retiro discrecional por razones del

servicio en los oficiales. Para el caso de los suboficiales, existe la posibilidad de delegar la función a los Directores de la Dirección General, Comandantes, al igual que para el retiro del personal nivel ejecutivo y agentes. En estos eventos, siempre debe presentarse una previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación, cuando se trate de suboficiales, personal nivel ejecutivo y agente.

Así mismo, en la sentencia T-111 de 2009 la Corte determinó que en los eventos en que un miembro de la Policía Nacional es retirado del servicio con fundamento en documentos reservados, no debe motivarse este acto administrativo en el sentido de relatar los motivos y hechos que justifican la desvinculación, porque ello quitaría al informe su carácter reservado ante terceros. Sin embargo, la decisión tiene que estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta de Evaluación y Clasificación, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado, así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta. En efecto, “en caso de optar por el retiro se debe aludir en el acta de desvinculación al informe respectivo, el cual no puede ser reservado para el afectado, salvo en casos excepcionalísimos y de manera temporal, en aras de garantizarle el debido proceso y permitirle conocer dicho informe para defenderse controvirtiéndolo”.

Más adelante, en los fallos 297 y T-824 de 2009 la Corte indicó que el uso por parte de la Policía Nacional de la facultad discrecional de retiro tiene pleno respaldo constitucional. No obstante, ésta no es absoluta. En este sentido, un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución cuando:

(1) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁴⁰;

(2) establece la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo⁴¹;

(3) tiene la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional⁴²; y

(4) se muestra el informe reservado al afectado, en los eventos en que dicho documento es

el sustento del retiro discrecional del servicio, toda vez que el secreto operara frente a terceros, pero no ante el servidor público.

1. Ahora bien, por ser pertinente a los casos que hoy tiene la oportunidad de resolver la Sala, se procederá a realizar algunas indicaciones específicamente respecto del alcance a la obligación de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

1. En primer orden, esta Corporación nuevamente insistió en la sentencia T-723 de 2010 que los actos administrativos que se emitan en uso de una facultad discrecional deben ser motivados, obligación que se deriva de la protección del derecho al debido proceso⁴³. En estos eventos, la argumentación de un acto administrativo, según ha señalado la Corporación⁴⁴, debe ser “suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”. Lo antepuesto, “es lo que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, pues ante su ausencia el apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien lo adopta, postulado que contradice la filosofía del Estado Social de Derecho que enseña que no hay poder personal y que el ciudadano tiene la garantía de que el actuar de la administración se ajusta a lo regulado por la ley”⁴⁵.

Por eso, la motivación de los actos de retiro no se agota en examen objetivo y razonable por parte de la respectiva junta o comité del supuesto de hecho que permita concluir que la recomendación de la desvinculación es acorde a los fines que persigue la ley. Los referidos motivos deben quedar plasmados en el acto administrativo de retiro, pues es éste el que será notificado al servidor público, el que contiene la manifestación de voluntad de la administración y el que es objeto de control judicial.

1. En segundo lugar, la Corte encuentra pertinente subrayar que el deber de motivar las actuaciones discrecionales es de tal relevancia, que incluso en el evento en que expresamente la ley autoriza no motivar un acto, esta Corporación ha señalado que las razones han de quedar expuestas en la hoja de vida del afectado⁴⁶.

1. En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos discrecionales como los expedidos para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública permiten verificar que se cumpla el objetivo de la norma con ocasión de un supuesto de hecho determinado, dado que las razones contenidas en el acto administrativo o las que le sirvieron de base, son las que identifican si la facultad discrecional está acorde con la Constitución y que es ajena a la noción de arbitrariedad.

1. Conforme al precedente constitucional, la Sala sintetiza que la motivación de los actos discrecionales del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esto es tanto de las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional es obligatoria. Este deber es consecuencia de la salvaguarda al debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la administración de la utilización de esta facultad, de modo que el acto de retiro propiamente dicho contribuya al cumplimiento de la finalidad de la respectiva institución. Al mismo tiempo, la obligación de motivación promueve la realización de valores del Estado Social de Derecho como es evitar la concentración de poderes ilimitados y la arbitrariedad las conductas de las autoridades.

Caso Concreto.

1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se discute si los Tribunales Contencioso Administrativos y Jueces Administrativos demandados vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de Luis Alberto Ramos Pájaro y Armando Lozada Cardona porque avalaron unas resoluciones que de forma inmotivada los desvincularon del Ejército y la Policía Nacional respectivamente, lo que implicó no atender la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el deber de justificar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

El análisis de los casos puestos a disposición de la Sala se realizará de forma conjunta, toda vez que existen supuestos de hecho similares que ameritan tal decisión metodológica. Así se

empezará con un estudio de los diferentes requisitos generales y específicos de la tutela contra providencias judiciales expuestas en los numerales precedentes, partiendo del análisis sobre el defecto alegado respecto del desconocimiento del precedente sobre la motivación de los actos de retiro de los miembros de las Fuerzas Públicas.

Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial impugnada.

1. En primer lugar, con base en las circunstancias fácticas obrantes en el plenario, la Sala considera que la cuestión que se discute indudablemente es de relevancia constitucional, comoquiera que se encuentran en discusión los derechos fundamentales de Luis Alberto Ramos Pájaro y Armando Lozada Cardona como son el debido proceso y la igualdad, en el marco del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se negaron las pretensiones propuestas.

1. En segundo orden, con relación al agotamiento de los recursos la Corte ha establecido que no es suficiente que exista otro mecanismo de defensa judicial para descartar la procedencia de la acción de tutela. Es preciso que el medio ordinario o extraordinario existente sea idóneo y eficaz, de modo que a través de él sea posible alcanzar la protección integral del derecho fundamental conculcado.

Ahora bien, respecto de los recursos extraordinarios el único que procedería para atacar las sentencias de los Tribunales demandados y salvaguardar los derechos fundamentales de los tutelantes, es el de revisión. No obstante, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales que permiten analizar si este medio de defensa judicial es idóneo y eficaz en el caso concreto, al punto que sea improcedente el recurso de amparo. Esto ocurre cuando: “a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran

de forma suficiente y oportuna el derecho”47.

Conforme a la regla jurisprudencial fijada, el medio de defensa judicial extraordinario no es adecuado ya que en estos asuntos no se alega únicamente la vulneración al derecho al debido proceso. De hecho, los tutelantes solicitan la protección de los derechos al debido proceso y la igualdad, siendo esta última garantía no susceptible de ser protegida a través del recurso de revisión en la medida que dentro de sus causales no se halla la omisión en la aplicación de jurisprudencia de una alta Corte. Por ende, dicho medio judicial extraordinario no tiene la finalidad para solucionar los diversos problemas que surjan de la interpretación de las fuentes de derecho, como sucede en estas hipótesis.

Por lo tanto, para la Sala es evidente que solo con la intervención del juez de tutela en el presente caso se evitaría la configuración de un perjuicio a los derechos de los hoy demandantes, dado que no cuentan con ningún medio judicial para ampararlos.

1. En el expediente T-3422062 la tutela se presentó el 19 de septiembre de 2011, esto es, 1 mes contado a partir de la expedición de la sentencia de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Luis Alberto Ramos Pájaro, el 4 de agosto de 2011 (Folio 25 Cuaderno 3). Por su parte, en el plenario T-3422079 la demanda de amparo se presentó el 19 de julio de 2011, esto es, 2 meses contados a partir de la expedición de la sentencia de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por Armando Lozada Cardona, el 14 de abril de 2011 (Folio 76 Cuaderno 2). Por ende, en las dos hipótesis estudiadas la Sala entiende cumplido el requisito de inmediatez.

1. Frente al cuarto requisito, debe precisarse que en ninguno de los casos en concreto se comprobó la existencia de una irregularidad procesal, por lo que este requisito no se estudiará en esta oportunidad.

1. Así mismo, la Sala encuentra que los peticionarios identificaron claramente la violación a

sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad al señalar que: 1) los jueces accionados no atendieron la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la motivación de los actos de retiro del servicio activo de los miembros de las Fuerzas Militares y 2) en el caso del señor Lozada Cardona, las autoridades judiciales atacadas le concedieron una errónea interpretación al precedente constitucional. Para finalizar, la Sala confirma que las presentes acciones no se elevan para enervar una sentencia de tutela.

1. De acuerdo con lo anterior, la Sala verifica que en los casos en concreto se cumple con las reglas generales de tutela contra sentencias. Por esta razón, se procederá a estudiar las causales en sentido estricto, esto es, los defectos de relevancia constitucional que permiten dejar sin efecto una decisión judicial, en razón a que vulneran derechos fundamentales (Supra 4.1.2).

Configuración del defecto por desconocimiento del precedente constitucional.

1. Conforme a lo constatado en el expediente T-3422062, la Sala encuentra que el argumento central para que tanto el Juzgado Once Administrativo de Bogotá como la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca negaran las pretensiones de la demanda responde a que el Ejército Nacional utilizó conforme a la ley la facultad de retiro del servidor público, contando con el concepto previo de la junta asesora.

El juez de primera instancia del proceso ordinario afirmó “que el procedimiento dispuesto por el decreto 1890 de 2000 se cumplió según las formalidades establecidas para el efecto, esto es, que el comandante del Ejército Nacional, tuvo en cuenta la recomendación de la Junta Asesora de las Fuerzas Militares, consagrada en la resolución 1009 del 16 de junio de 2008, para ordenar la separación del actor por razones del servicio y en forma discrecional. Así las cosas, se tiene que no le asiste la razón a la parte demandante al considerar que el acto acusado adolece de expedición irregular y falta motivación”⁴⁸.

Por su parte el Tribunal accionado manifestó que: “no se discute que conforme a la ley, que

el comandante del Ejército Nacional, tiene la facultad discrecional de retirar del servicio a los miembros de esa institución, previo el cumplimiento del trámite de la evaluación recomendación que para el caso bajo estudio estuvo satisfecho”⁴⁹. Por tanto, la corporación acusada consideró que dicha potestad requería únicamente la evaluación del comité y no de la motivación del acto jurídico del retiro del servicio.

1. En el expediente T-3422079, la Sala encuentra que los argumentos para que tanto el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira como el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda negara las pretensiones de la demanda responden a que: i) la facultad para desvincular a un miembro de la policía de forma discrecional por razones del servicio es autónoma e independiente a la potestad sancionatoria, de modo que para el ejercicio de la primera no se requiera que se haya adelantado investigación penal o disciplinaria; ii) el accionante no demostró la desviación de poder en la actuación de la administración, esto es, no probó que el acto jurídico impugnado se expidió con fines diversos a los contenidos en la ley; iii) el uso de una facultad discrecional no requiere explicar los motivos que la justifican; y iv) conforme a la sentencia T-569 de 2008 la motivación de los actos administrativos de retiro en uso de las facultades discrecionales por razones del servicio de los miembros de la Policía Nacional se garantiza con la conformación del Comité de Evaluación y su correspondiente concepto.

El juez de primera instancia del proceso ordinario con referencia a la motivación de los actos de retiro señaló que “el retiro por voluntad del director es una facultad discrecional que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que materializa, figura que guarda analogía con los actos de libre nombramiento y remoción donde también se encuentra la expresión de la voluntad del nominador”⁵⁰ (Subrayado por fuera del original).

Por su parte el Tribunal accionado en el mismo punto manifestó que: “no puede decirse entonces, que el acto demandado fue expedido con desviación de poder ya que la decisión de retiro, obedece a razones o circunstancias de las cuales no existe obligación legal de expresar, ya que como se dijo antes, es una facultad sustentada en un Acta de la Junta Asesora del Ministerio de defensa (...) a juicio de la Sala, no basta hacer afirmaciones en el sentido que la autoridad incurrió en falsa motivación por omisión y por ello en desviación de poder, por el hecho de no haber consignado en el acto de retiro los motivos de la desvinculación, para la Sala, tal como no precisa motivación alguna, no obstante en el, se

deja clara constancia de haberse cumplido, la recomendación previa de la junta de asesora del Ministerio sin que necesariamente en el acta debe consignarse las razones que llevan a la autoridad al ejercicio del poder discrecional, pues resulta imperativo presumir, lo es el buen servicio "51. (Subrayado por fuera del original)

1. De la lectura de los argumentos planteados en las sentencias en ambos casos, encuentra la Sala que los fallos de los juzgados y Tribunales demandados incurrieron en la causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, por desconocimiento del precedente judicial, tal como se verá a continuación.

1. En primer lugar la Sala concluye que sobre el tema que se estudia existe un precedente constitucional reiterado en sentencias como T-720 de 2010, T-824 de 2009, T-655 de 2009, T-456 de 2009, T-296 de 2009, T-111 de 2009, T-1173 de 2008, T-1168 de 2008, T-432 de 2008, T-816 de 2002 entre otros. En estos proveídos se ha subrayado que el ejercicio de la facultad discrecional de retiro de los miembros de las Fuerzas Publicas por razones del servicio debe contar motivación adecuada y suficiente.

En específico, las Fuerzas Armadas deben cumplir con las siguientes condiciones:

(i) la existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión;

(ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas;

(iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000;

(iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité;

(iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado y

v) que cuando el retiro discrecional del servicio se base en un informe reservado, la reserva se mantendrá frente a terceros, pero no respecto al soldado objeto del retiro, quien tiene derecho a conocer dicho informe. En aras de garantizar el debido proceso, se le permite al soldado conocer el informe reservado para controvertir la decisión de su retiro.

Por su parte, para el personal de la Policía Nacional se establece que:

- (1) El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad;
- (2) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo;
- (3) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional; y
- (4) en las hipótesis en las cuales el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado, la reserva de éste operara frente a terceros, pero no ante el eventual afectado.

Cabe acotar que, la ratio decidendi de la jurisprudencia referida hubiese servido de base para solucionar el problema jurídico que tuvieron que resolver los funcionarios judiciales demandados. Incluso, en varias de ellas los hechos del caso o las normas juzgadas en las sentencias anteriores eran semejantes, comoquiera que se estaba en presencia del retiro de militares de forma inmotivada por razones del servicio en uso de una facultad discrecional, en el que las Salas de esta Corporación se han pronunciado en repetidas ocasiones. Así mismo, eran supuestos fácticos que ya habían sido estudiadas por esta Corte derivado del comportamiento repetitivo de la policía de no motivar los actos administrativos de retiro argumentando el uso de una facultad discrecional.

Entonces existe un precedente constitucional sobre la materia objeto de estudio que debía ser acatado y aplicado por las autoridades accionadas, pues este se construyó a partir de hechos similares a los planteados por los actores.

1. En segundo lugar, la Sala considera que los jueces accionados conculcaron los derechos fundamentales de los actores al debido proceso y a la igualdad, al omitir la aplicación del precedente trazado por la Corte Constitucional, una fuente de derecho obligatoria para el asunto que fue sometido a su competencia.

En este punto, resulta pertinente recordar que la Corte ha establecido que la motivación de los actos de desvinculación de personal de las fuerzas públicas implica el examen objetivo y razonable por parte de la administración en el empleo de una facultad discrecional, de modo que el acto de retiro propiamente dicho contribuye al cumplimiento de la finalidad de la ley y de la respectiva institución. Al mismo tiempo, promueve la realización de valores del Estado Social de Derecho como es evitar la concentración de poderes ilimitados y la arbitrariedad en la actuación de las autoridades.

En los expedientes sub-examine los hoy petentes solicitaron a través de una demanda ordinaria la nulidad de los actos administrativos que los retiró del servicio activo, por la ausencia de motivación en ellos. Así, la resolución 1009 de 2008 expedida por el Comandante del Ejército Nacional y el acto administrativo No. 121 de 2006 proferido por el Comandante de la Policía del Departamento de Risaralda desvincularon por razones exclusivas del servicio al suboficial Luís Alberto Ramos Pájaro y el agente Armando Lozada Cardona (Folios 262 -263 Cuaderno 3 y 208 Cuaderno 2). Estos actos jurídicos se emitieron en uso de la facultad discrecional concedida por la ley y con la previa recomendación del Comité de Evaluación del Ejército Nacional, así como la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía de Risaralda a través de las actas No 393 de 2008 y No 009 de 2006, respectivamente (Folios 265 -264 Cuaderno 3 y 208 Cuaderno 2).

Los jueces debían examinar si los actos jurídicos de retiro eran ilegales al no contar con las razones que los originaron. Sobre el particular en las sentencias T-655 y T-456 de 2009 la Corte consideró que el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales al debido proceso de un soldado profesional al no motivar la resolución que lo desvinculó de la institución. Lo propio sucedió, en el fallo T-1168 de 2008 en el cual se ordenó al Ejército Nacional motivar un acto administrativo que de forma inmotivada retiró del servicio a un suboficial. Incluso en estos eventos se indicó que si el comandante de la institución no expedía dentro del plazo establecido por la Sala el acto jurídico señalando las razones que justificaron su decisión, en tutelante sería reintegrado a sus labores.

Por su parte, en las proveídos T-297 y 11152 de 2009 las Salas de la Corte tomaron las mismas determinaciones en hipótesis en las que agentes, suboficiales y oficiales fueron retirados del servicio activo, a través de actos carentes de justificación alguna. De hecho en el primero de los fallos se recalcó que el deber de motivación de los actos de desvinculación subsiste incluso, sí la Policía Nacional tiene indicios de que el afectado puede estar cometiendo una falta disciplinaria o un delito. En el caso concreto, a pesar de las presuntas constataciones de que el agente Lozada Cardona recibía dineros en estipendios de estupefacientes, la Policía Nacional tenía la obligación de motivar las razones que llevaron a retirar al accionante, o iniciar el respectivo proceso disciplinario o penal.

Por tanto, existe una regla jurisprudencial que ordena a las entidades accionadas a motivar los actos de retiro, pues no hacerlo vulnera el derecho al debido proceso. De ahí que, los jueces contenciosos debieron advertir dicha afectación, por consiguiente aplicar el precedente y decretar la nulidad de las resoluciones impugnadas por quebrantar derechos fundamentales, tal como lo precisaron las sentencias reseñadas. Los hechos que tuvieron a su disposición las autoridades judiciales demandadas ya habían sido analizadas en otras sentencias, por lo que las consideraciones adoptadas en éstos tenían que ser acogidas en sus providencias por la identidad fáctica entre los casos resueltos y los pendientes a resolución sometidos a su competencia.

1. En tercer lugar, en el caso concreto del señor Ramos Pájaro las autoridades judiciales demandadas no presentaron ningún argumento para fundamentar la separación del precedente constitucional, pues ni siquiera hicieron mención a éste.

Por su parte, en el asunto iniciado por Armando Lozada Cardona el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda no le concedieron una interpretación sistemática al precedente constitucional al señalar que la motivación de la facultad discrecional de retiro se agota con el concepto de las Juntas Asesoras o Comités de Evaluación. Así mismo, no presentaron una justificación para apartarse del precedente establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que fundamentaron su decisión y su defensa en el presente proceso de amparo en que se ciñeron a la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de que el actor solicitó expresamente a los

despachos judiciales que le pidieran a la Policía Nacional que informara de las razones que tuvo para desvincularlo de la institución. Así, no señaló por qué su decisión resulta más apropiada que la estipulada por la Corte, en lo que tiene que ver con el respecto al principio de publicidad en la función pública y, el derecho fundamental al debido proceso del accionante.

Además, el precedente desvirtúa la consideración del Tribunal de Risaralda - en el expediente T-3422079- que estimó que la motivación se entiende agotada con el concepto previo de la Junta de Evaluación y Calificación del Departamento de Policía de Risaralda, la cual a través del acta 009 de 2006 recomendó el retiro del servicio del agente Lozada Cardona. En contraste la jurisprudencia indica que la motivación debe quedar plasmada tanto en el concepto previo de la junta o comité como en el acto administrativo de retiro, pues es éste el que será notificado al servidor público, el que contiene la manifestación de voluntad de la administración y el que es susceptible de control judicial. Por consiguiente, debe contar con los argumentos que animaron tal decisión con el unico objeto de permitir un verdadero control a los actos de las autoridades.

1. Como resultado de las consideraciones precedentes, esta Sala revocará las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado en los expedientes T-3422062 y T-3422079 que denegaron el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho al debido proceso y la igualdad de los señores Luis Alberto Ramos Pájaro y Armando Lozada Cardona, se dejarán sin efecto las sentencias proferidas por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá, la Subsección B, de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda. En consecuencia se le ordenará a los jueces de segunda instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho emitir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la motivación de los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida, el 9 de febrero de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 3 de noviembre de 2011, emitido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad, del señor Luis Alberto Ramos Pájaro.

Segundo. DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección B, de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca del 28 de abril de 2010 y el 4 de agosto de 2011 respectivamente. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil se le ordenará al juez de segunda instancia que dentro de los 40 días siguientes a la notificación de esta providencia emita un nuevo fallo en el que aplique el precedente de la Corte Constitucional que obliga a motivar los actos de retiro del servicio de los miembros de las fuerzas armadas.

Tercero. REVOCAR la sentencia proferida, el 2 de noviembre de 2011 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 3 de agosto de 2011, emitido por la Subsección A de la Sección Segunda de la misma Corporación que negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad, del señor Armando Lozada Cardona.

Cuarto. DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda del 3 de febrero de 2010 y del 14 de abril de 2011, respectivamente. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil se le ordenará al juez de segunda instancia que dentro de los 40 días siguientes a la notificación de esta providencia emita un nuevo fallo en el que aplique el precedente de la Corte Constitucional que obliga a motivar los actos de retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional.

Quinto. LÍBRESE 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,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Impedimento aceptado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1Folio 262 y 263 Cuaderno 3. del expediente de tutela.

2Folios 267 - 477 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

3 Folios 25 - 30 Cuaderno 3 del expediente de tutela

4 Sentencias T-254 de 2006 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-085 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-751ª de 1999 M.P. Fabio Moron Díaz y SU-429 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

5Folio 50 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

6 Ibídem.

7Folios 57 - 84 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

8 Folios 25 - 30 Cuaderno 3 del expediente de tutela

9 Para demostrar el precedente consolidado de esta Corporación el accionante cito in-extenso las sentencias: T-693 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-297 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araujo Renteria, T-1173 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-829 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

10 Sentencias T-179 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-037, MP: Hernando Herrera; entre otras.

11 Sentencia T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

12 Sentencias T-808 de 2007 MP: Catalina Botero Marino, T-821 de 2010 M.P Nilson Pinilla Pinilla y T-513 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

13Ibídem.

14Sentencia T-028 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

16Sentencias SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-120 de 2003 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis y T-292 de 2006 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

17 Sentencias SU-047 de 1999, y las sentencias C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En los primeros pronunciamientos, la Corte se refirió a la ratio decidendi como cosa juzgada implícita.

18 Sentencia T- 1317 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes.

19Sentencia T-112 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

20Sentencias SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis , T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-441 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

21 Sentencia T-112 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

22 Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y SU -1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

23 Sentencia T-206 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Sentencia C-179 de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Sentencia C-525 de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

28 Sentencia C-564 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

29 Sentencia C-179 de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

30 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.

31 Sentencia T-1173 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

32 Ibídem.

33 Sentencia T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería

34 Decreto 1790 de 2000. Artículo 99. RETIRO. “Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza”..

35 Sentencia C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-569 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

36 Esta Corporación en la sentencia C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, al decidir sobre la exequibilidad de una disposición normativa con un contenido similar al del artículo 104 del decreto 1790 de 2000, 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.

37 Sentencias T-655 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-456 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-1173 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-569 de 1998 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-816 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

38 Sentencias T-824 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-297 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-111 de 2009 M.P. (e) Clara Helena Reales, T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-432 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

39 ARTÍCULO 4º. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los suboficiales. El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior. PARAGRAFO 1º. La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamento de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro

del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000”

40 Sentencias C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-871 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

41 Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-432 de 2008 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

42 Sentencia T-1168 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.

43 Artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio (...)”.

44 Sentencia T-576 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero reiterado en T-116808 M.P. Jaime Araujo Rentería.

45 Sentencia T-723 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

46 C-734-00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-120-07 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

47 Sentencia T-649 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

48 Folio 273 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

49 Folio 601 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

50 Folio 70 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

52 En este fallo la Corte estudio varios expedientes acumulados T-2029364, T-2030904 y T-2030906, en los cuales la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional estimó que la Policía Nacional vulneró el derecho al debido proceso de varios capitanes que fueron desvinculados de la institución por un acto administrativo carente de motivación. En consecuencia, ordenó a la Policía expedir el acto administrativo con la respectiva argumentación. Situaciones similares acontecieron en la sentencia T-1168 de 2008, en la que

se estudio los expedientes: T-2.025.942, T-2.025.943, T-2.025.948, T-2.025.949,
T-2.025.966.

{p}