

T-677-15

Sentencia T-677/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

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

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, salvo que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación. El precedente constitucional asegura la coherencia del sistema jurídico, pues permite determinar de manera anticipada y con plena certeza la solución aplicada a un determinado problema jurídico, de suerte que los sujetos están llamados a ajustar su actuar a las normas y reglas que los regulan, en concordancia con la interpretación que se ha determinado acorde y compatible con el contenido de la Constitución Política. Por lo demás, la aplicación del precedente garantiza la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho.

PRECEDENTE JUDICIAL-Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión

La doctrina constitucional reivindica la motivación de los actos en los cuales se toman decisiones de retiro fundadas en una facultad discrecional autorizada legalmente 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. Así puede deducirse también que esta Corte ha amparado en casos concretos el derecho fundamental al debido proceso de agentes, suboficiales y oficiales de la Policía y del Ejército Nacional cuando quiera que aquél resulta vulnerado al proferirse actos administrativos de retiro sin la respectiva motivación. Esto

último, tomando en cuenta que se dejaría a los servidores desvinculados en una posición que les haría nugatorio o incluso, tornaría ineficaz, su derecho a contradecir y defenderse de las decisiones que les afectan, en contravía de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los principios de legalidad y publicidad que rigen el ejercicio de la función pública.

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACION DE LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL-Subreglas

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

Referencia:

Expediente T-4.994.933

Demandante:

Germán Orlando Peña Rodríguez

Demandados:

Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y Tribunal Administrativo del Cauca

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 Num. 9º de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera- que, a su turno, revocó el dictado por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, a propósito del recurso de amparo constitucional formulado por Germán Orlando Peña Rodríguez contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca.

I. ANTECEDENTES

El 26 de agosto de 2014, el señor Germán Orlando Peña Rodríguez, actuando por conducto de apoderado judicial, presentó acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad ante la ley, presuntamente vulnerados por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, al despachar desfavorablemente, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, las pretensiones de la demanda, encaminadas a que se anulara la validez del acto mediante el cual se ordenó, a partir del ejercicio de una facultad discrecional, su retiro de las Fuerzas Militares. Los hechos y consideraciones que respaldan dicha solicitud, son los que seguidamente se exponen:

1. Hechos relevantes[1]

1.1. Germán Orlando Peña Rodríguez ingresó a la Escuela Naval de Cadetes “Almirante Padilla” el 13 de enero de 1995, con el objetivo de prepararse profesionalmente como Oficial Naval del Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada Nacional.

1.2. Una vez finalizó el correspondiente curso de formación en 1998, en el que le fue reconocido su grado de Oficial en el rango de Subteniente, fue objeto de múltiples traslados a Batallones de Instrucción, de Policía Naval y Fluvial, destacándose por su profesionalismo y excelente desempeño en el comando, operación y mantenimiento de tales unidades e instalaciones al punto de registrarse en su folio de vida numerosas anotaciones de mérito, conceptos positivos y felicitaciones por parte de sus superiores, entre las que cabe resaltar el otorgamiento de la medalla militar al valor “por alcanzar logros significativos en

operaciones ofensivas contra la guerrilla de las FARC”.

Del mismo modo, fue enviado en comisión a realizar distintos cursos de capacitación y de especialización que robustecieron su nivel de instrucción para adelantar procedimientos marítimos, fluviales y terrestres[2].

1.3. En diciembre de 2004, tan pronto como aprobó el curso de ascenso a Capitán ofrecido por la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional con sede en Bogotá, se le encomendó el cargo de Jefe del Departamento de Seguridad del Buque Escuela ARC Gloria, en desempeño del cual fue promovido al grado de Teniente de Navío de Infantería de Marina. Categoría esta última que le valió para ser designado con posterioridad como Jefe de Operaciones del Batallón Fluvial No. 10 de Guapi, Cauca.

1.4. Sin embargo, encontrándose en pleno desarrollo de las funciones que le fueron asignadas, el Ministerio de Defensa, en uso de la facultad legal consagrada en el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000[3], previo concepto del Comité de Evaluación para el retiro discrecional[4] y de la respectiva Junta Asesora del Ministerio[5], resolvió retirarlo del servicio activo de las Fuerzas Militares-Armada Nacional por obra de la Resolución No. 0970 del 30 de mayo de 2006[6], de manera temporal con pase a la reserva, por razones del servicio y en forma discrecional, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 100 literal a) numeral 8 y 104 del citado Decreto[7], con novedad fiscal el 05 de junio de esa misma anualidad.

1.5. Al no contar la decisión con justificación alguna, el oficial Germán Orlando Peña Rodríguez procedió de inmediato a radicar ante sus superiores jerárquicos diversos derechos de petición en los que solicitaba le fueran reveladas las causas concretas de su desvinculación, particularmente, aquellas que habían sido consignadas en las Actas del Comité de Evaluación para el retiro discrecional y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, sin que llegara por esa vía a tener conocimiento sobre las mismas, en tanto las autoridades destinatarias de los requerimientos alegaron que sus órbitas competenciales no les permitía formular calificaciones sobre desempeño laboral, divulgar información de inteligencia ni de contrainteligencia, ni mucho menos tramitar o gestionar el retiro del personal de la Armada Nacional[8].

Entre los argumentos jurídicos que sirvieron de puntal a las aludidas pretensiones se invocó

la configuración de una falta de motivación y una desviación de poder bajo dos concretas hipótesis: una primera, vinculada directamente con la presunta expedición irregular “de las Actas No. 005 del 8 de mayo de 2006 y No. 293 del 5 del mismo mes y año”, dado que el Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional de la Armada Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa convinieron en recomendar la salida del oficial “sin adelantar ningún tipo de procedimiento previo, referirse necesariamente a cargos o razones del servicio que indujeran su separación del cargo ni efectuar un examen exhaustivo de su hoja de vida”, en abierta contradicción con los logros y objetivos alcanzados en el transcurso de su trayectoria profesional. La segunda, por su parte, obedece a la existencia de una actuación arbitraria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa consistente en retirar al Teniente de Navío encubriendo, en realidad, una velada finalidad de prescindir de sus servicios por haber sostenido una “estrecha relación de amistad, mientras prestaba sus servicios en el Buque ARC Gloria, con la Teniente de Corbeta Liliana Ortiz Reina, quien es hija del señor Almirante de la Armada Nacional”.

1.7. El proceso fue tramitado, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005-.

1.7.1. En Sentencia del 10 de mayo de 2012, el juzgado de conocimiento denegó las súplicas vertidas en la demanda tras considerar que no había podido desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba la declaratoria de retiro del servicio activo contenida en la Resolución No. 0970 de 2006. En primer lugar, porque tanto el acta del Comité de Evaluación como el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa eran meros actos de trámite sin vocación decisoria alguna, lo que tornaba improcedente su controversia ante la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo término, habida cuenta que el acto de retiro del servicio por facultad discrecional propiamente dicho no requería ser expresamente motivado, pues al decir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las razones que generalmente lo acompañan, en atención a la especial facultad que se ejerce, han de presumirse en aras del buen servicio[10].

En tercer y último lugar, debido a que los documentos allegados al proceso para demostrar el buen desempeño militar y profesional del demandante no resultaban suficientes para configurar la existencia de una desviación de poder, ya que “si bien algunas de éstas

demuestran su idoneidad para ejercer el cargo como las buenas calificaciones, lo cierto es que ello es producto del devenir rutinario de su labor, tal como le corresponde a todo servidor público en el ejercicio de sus funciones; circunstancia que por sí sola no se constituye en una limitante para que la entidad demandada hiciera uso de la facultad discrecional". En otras palabras, no se encontraron anotaciones de carácter excepcional o extraordinario que hubieran permitido inferir que el motivo implícito de la resolución de retiro fuera por entero extraño al buen servicio. De hecho, ni siquiera la relación cercana de amistad con la Teniente Ortiz Reina fue debidamente acreditada en el plenario, corolario de lo cual no puede abrigarse en una simple especulación la causa de la separación de un cargo que, por lo demás, no goza de una garantía de inamovilidad o estabilidad alguna.

1.7.2. Recurrido el fallo por el mandatario judicial, sobre la base de que aún se desconocían las razones del buen servicio que condujeron al retiro de su poderdante, el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005- procedió a confirmarlo en su integridad, en Sentencia del 05 de junio de 2014, acogiendo para el efecto la argumentación esbozada por el a-quo en el sentido de que no devenía imperativo, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la entidad administrativa que empleaba la facultad discrecional de retiro del servicio manifestara los criterios y razonamientos -ni en las actas de recomendación ni en el propio acto de retiro- que tenía en cuenta para ello, sin lugar a que tal actuación se estimara arbitraria o abusiva.

De igual forma, insistió en que no se había podido demostrar en el expediente contentivo del proceso que el retiro hubiere implicado la afectación del servicio en razón a las calidades profesionales del oficial, en la medida en que éste no "satisfizo el gravamen de probar un comportamiento excepcional durante el tiempo inmediatamente anterior a la decisión que permitiera poner en tela de juicio su legalidad desde el punto de vista de las razones del servicio". Esto último, quiere decir que el hecho de que el servidor público cumpla con sus deberes, observe buena conducta, registre condecoraciones y felicitaciones, no genera, per se, un fuero de permanencia en el empleo, quedando indemne el poder de libre remoción para el retiro dentro de los parámetros legales.

Tampoco se allegaron medios de prueba que, en su sentir, lograran establecer, efectivamente, que el actor tuviera una estrecha relación de amistad con la teniente Liliana Ortiz Reina, ni mucho menos que esa eventual coyuntura se convirtiera en el factor

desencadenante de su desvinculación[11].

2. Fundamentos de la acción de tutela y pretensiones

2.1. Contra la anterior decisión el demandante promovió la presente acción de tutela, por considerar que aquella es violatoria de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad ante la ley, no ya solamente por haber incurrido en un defecto fáctico al haberse valorado indebidamente el material probatorio aportado al proceso, sino también por adolecer de la falta de una motivación objetiva que, dicho sea de paso, desconoce el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en cuanto hace relación al tema del deber de motivación del ejecutivo frente a la facultad discrecional de retirar del servicio activo a miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En efecto, por un lado, sugiere que la providencia que reprocha se profirió sin que se hubiese realizado el correspondiente examen de su hoja de vida, en la que pueden evidenciarse múltiples condecoraciones, felicitaciones y anotaciones positivas que recibió por su alto grado de compromiso con el servicio militar, cuya prestación se llevó a cabo con prescindencia de investigaciones disciplinarias y de sanciones de cualquier otra índole, pese a lo cual el Tribunal “se limitó a restarle su correspondiente valor bajo la consideración de que la eficiencia en el servicio en sí misma considerada no otorgaba inamovilidad”.

Por otro lado, asevera que se pasó por alto el carácter obligatorio y vinculante de varias sentencias de constitucionalidad abstracta e, incluso, de un conjunto significativo de decisiones de tutela dictadas por el máximo órgano de guarda y supremacía de la Carta Política que han establecido el alcance de los derechos fundamentales usualmente involucrados en controversias relacionadas con actos complejos de retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública y que, sin soslayar la trascendencia de dicha facultad, han ordenado, desde la realización de un análisis crítico y objetivo de los elementos de juicio que llevan a recomendar la desvinculación del servidor -que ha de constar en las actas y conceptos previos-, hasta la motivación misma del acto administrativo que contiene esa determinación. Baste mencionar, para confirmar dicho aserto, la hermenéutica contenida en la Sentencia de tutela T-638 de 2012[12].

Finalmente, advierte que la autoridad judicial accionada en ningún momento verificó que el

acto discrecional se fundara en razones del servicio ni que las actas de recomendación previas amparasen determinaciones razonables producto del seguimiento de parámetros de neutralidad u objetividad.

2.2. En consecuencia, solicita que se ordene al Tribunal Administrativo del Cauca dictar un nuevo fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que suscitó contra la Resolución No. 0970 del 30 de mayo de 2006, en el que se cumpla con el deber de motivación reconocido en el precedente reiterado por la jurisprudencia constitucional.

3. Oposición a la demanda de tutela

El Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, por medio de Auto del 1º de septiembre de 2014, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado de la misma a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca integrantes de la Sala de Decisión demandada y al Juez Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán, al tiempo que al Ministerio de Defensa y a la Dirección de la Armada Nacional en calidad de terceros con interés legítimo en las resultas del proceso, para que se pronunciaran acerca de los supuestos fácticos y de la problemática planteada en ella[13].

3.1. Tribunal Administrativo del Cauca

3.1.1. El Tribunal Administrativo del Cauca intervino en el trámite de la presente demanda, por intermedio de la magistrada que actuó como ponente en la sentencia contra la cual se deprecó la protección constitucional. Dicha servidora, en memorial dirigido al juez de primera instancia, propuso la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

3.1.2. Declaró al respecto, que el Tribunal no incurrió en una causal específica de procedibilidad, puesto que el proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho fue gestionado con estricta sujeción al ordenamiento jurídico aplicable y a los elementos materiales probatorios incorporados al expediente, de los cuales, por cierto, se desprendía claramente que la decisión de retiro del servicio había obedecido, en estricto sentido, “a la facultad discrecional del Ministro de Defensa, con base en el concepto y recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y el Comité de Evaluación para el retiro discrecional conforme los artículos 100

literal a) numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, (...) sin que se haya logrado acreditar que dicha decisión se adoptó con desviación de poder extralimitando la facultad discrecional conferida legalmente al nominador o que la falta de motivación la viciara de nulidad”.

3.1.3. Y es que, en su parecer, al respaldarse el acto de retiro en una causal de tipo discrecional, no era necesario que la entidad explicara de manera concreta y específica las razones que fundamentaban su decisión, “pues una exigencia tal desconocería la naturaleza jurídica de la potestad ejercida por el nominador”, nota distintiva que, subraya, se extiende equivalentemente a la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación, en la que si bien debe realizarse un examen exhaustivo de la hoja de vida del servidor, en los términos de la Sentencia C-179 de 2006, que condicionó la exequibilidad de la facultad discrecional, “el hecho de que no aparezca constancia en ese sentido no significa que dicho ejercicio no hubiere acontecido, conclusión a la que tampoco se puede arribar por la circunstancia de que se recomiende la desvinculación del servidor”.

3.1.4. En todo caso, de llegar a emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, insinuó que en aquel debían denegarse las pretensiones planteadas por la parte actora, toda vez que no se evidenciaba vulneración alguna de sus derechos fundamentales, ya que la sentencia de segunda instancia, que finiquitó el trámite objeto de censura, apreció en su integridad las piezas probatorias aportadas al expediente relacionadas con las calificaciones, evaluaciones y anotaciones del oficial Peña Rodríguez, coligiéndose que “no cumplió con la carga de probar un comportamiento excepcional durante el tiempo inmediatamente anterior a la decisión de retiro que permitiera discutir la legalidad de éste desde el punto de vista de las razones del servicio”.

3.2. Fuerzas Militares de Colombia – Oficina Jurídica de la Armada Nacional

3.2.1. Al dar respuesta oportuna al requerimiento judicial, el Asesor de la Oficina Jurídica del Comando de la Armada Nacional, pidió que se declarara improcedente la acción de amparo constitucional en razón a que las decisiones judiciales controvertidas “fueron producto de un estudio juicioso de las pruebas enmarcadas dentro de la ley y la jurisprudencia vigente”, en el entendido de que “la discrecionalidad le permite a la administración decidir el retiro de algunos de sus miembros dentro de los parámetros de oportunidad y conveniencia que

rodean la toma de decisiones y dentro de los principios que rigen la función administrativa, encaminada al servicio de los intereses generales dentro de un marco de respeto a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”, máxime si se trata de la Fuerza Pública y su poder de mando y conducción para sustituir al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía.

3.2.2. Fuera de lo anterior, para el momento en que aconteció la desvinculación del servicio activo del actor, esto es, el año 2006, el derrotero jurisprudencial que hasta entonces había orientado la doctrina de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto del retiro por facultad discrecional, “establecía que su ejercicio no requería formalmente una motivación, sin que esto implicara que la contenida respecto del acto administrativo careciera de motivos, sino que los mismos se debían establecer dentro de los lineamientos de razonabilidad y racionalidad, ajenos a la arbitrariedad”. De ahí que la Resolución No. 0970 que se reprueba se observe ajustada a la normatividad y jurisprudencia en aquel tiempo vigentes sobre la materia, sin que quepa aducir que para esa fecha le era vinculante “el precedente jurisprudencial relacionado con la necesidad de motivar formalmente los actos administrativos que deciden el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública”, puesto que las sentencias de la Corte Constitucional sobre actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro, salvo que se resuelva lo contrario.

3.2.3. De cualquier modo, los defectos que fueron esgrimidos con miras a justificar una presunta vía de hecho no cuentan con la virtualidad suficiente para acreditar un específico supuesto de procedibilidad vinculado ya sea a una burda transgresión de la Constitución Política o a la adopción de una decisión ilegítima en detrimento de la garantía de derechos fundamentales.

4. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, conformadas por las principales piezas del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por el señor Germán Orlando Peña Rodríguez contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, son las que a continuación se relacionan:

- Copias simples de las principales actuaciones y pruebas allegadas en el marco del

proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, tales como la Resolución No. 0970 de 2006, el Acta No. 005 de 2006 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, el Acta No. 293 de 2006 del Comité de Evaluación para el retiro discrecional, extractos de la hoja de vida del Teniente de Navío Germán Orlando Peña Rodríguez, distintas evaluaciones, calificaciones y anotaciones de felicitación realizadas durante el desempeño de su servicio, y derechos de petición elevados a la Armada Nacional en los que se solicitan explicaciones relacionadas con los móviles de su retiro (Folios 44 a 653 del Cuaderno No. 02 del Expediente).

- Copia simple de la Sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la demanda, encaminadas, principalmente, a que se declarara nula la Resolución No. 0970 del 30 de mayo de 2006, a través de la cual se dispuso el retiro del servicio activo de la Armada Nacional del Teniente de Navío Germán Orlando Peña Rodríguez (Folios 23 a 37 del Cuaderno No. 02 del Expediente).

- Copia simple de la Sentencia del 05 de junio de 2014, dictada, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005-, en la que se resolvió confirmar el pronunciamiento del a-quo (Folios 1 a 18 del Cuaderno No. 02 del Expediente).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Primera Instancia

1.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en providencia dictada el 6 de noviembre de 2014, decidió declarar improcedente la protección iusfundamental impetrada por el actor bajo las siguientes consideraciones:

1.2. Luego de admitir la noción acerca de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y de verificar el cumplimiento en el caso concreto de los presupuestos generales de procedibilidad, empezó por manifestar que el cargo por defecto fáctico que aludía a una indebida valoración de la hoja de vida del demandante no pretendía otra cosa distinta a reabrir un debate probatorio ya zanjado en su escenario natural que no podía admitirse como una vía de hecho judicial.

Aun así, precisó que al revisar las sentencias cuestionadas pudo comprobar que dicho elemento sí fue objeto de estudio y análisis, no obstante lo cual “se evidenció que la evaluación durante el periodo anterior a su retiro fue de nivel “BUENO” y “EXCELENTE” de acuerdo con la escala reglada en el artículo 35 del Decreto 1799 de 2000. Por tal razón, no se satisfizo la carga de probar un comportamiento excepcional durante el tiempo anterior a la decisión que lo retiró del servicio”.

1.3. Junto con ello, apuntó, frente al reproche relativo a que los fallos contenciosos habían ignorado el precedente establecido en varias sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que tratan sobre la obligatoria motivación, por mínima que sea, de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, que era tan precaria la argumentación en términos jurídicos de la petitoria de amparo, “que no existía una explicación concreta del por qué las sentencias que citó resultaban aplicables a su caso o eran similares a los presupuestos fácticos y normativos aquí analizados”, lo que dejaba entrever, en realidad, una mera inconformidad del actor con el sentido de las decisiones judiciales por haber refutado la vocación de prosperidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que había promovido en un principio.

2. Impugnación

2.1. La impugnación fue presentada oportunamente por el apoderado del accionante, quien se ratificó en todo lo esbozado en el escrito demandatorio e insistió, como respuesta a los razonamientos desvelados por el a-quo para desestimar la protección alegada, que los fallos recurridos se limitaron a evocar la facultad discrecional del Presidente de la República para retirar del servicio a los miembros de la Fuerza Pública sin tener en cuenta que su prohijado, hasta el momento, no ha accedido a las actas por medio de las cuales se dispuso su retiro del servicio activo, ya que aquellas ni siquiera fueron anexadas al procedimiento contencioso administrativo, “desconociéndose todavía si se llevó a cabo un estudio serio, objetivo y real de su desempeño como oficial y de los verdaderos motivos de la expedición de la resolución que censura por violación del debido proceso, los cuales permitirían adelantar una mejor y verdadera defensa técnica”.

2.2. Por eso, a manera de corolario, incluyó como petición principal la revocatoria de la Sentencia proferida por parte del fallador de primera instancia, para que, en su lugar, se

conceda la protección tutelar solicitada, de suerte que sean protegidos los derechos constitucionales fundamentales de su mandante.

3. Segunda Instancia

3.1. Del asunto avocó conocimiento el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, que, en Sentencia del 19 de febrero de 2015, revocó la decisión judicial inicialmente adoptada en la que se había declarado la improcedencia de la acción de tutela para, en su lugar, negarla por no encontrar configuradas las causales específicas de procedibilidad invocadas por el demandante.

3.3. Respecto del desconocimiento del precedente jurisprudencial, encontró que las sentencias del Consejo de Estado que fueron citadas por el apoderado del actor, o bien hacían alusión a casos por completo distintos, verbigracia, en los que el afectado era retirado de su cargo bajo la figura del llamamiento a calificar servicios, o bien se referían a presupuestos de hecho parecidos que fueron resueltos en similar sentido en que lo hizo en su oportunidad el Tribunal Administrativo del Cauca.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en acatamiento del Auto del 16 de julio de 2015, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de esta Corporación.

2. Formulación del problema jurídico y esquema de resolución

2.1. Esclarecido el contexto en el que esta Corporación debe intervenir, la problemática de índole jurídica por resolver, en sede de revisión, se contrae a la necesidad de establecer si, efectivamente, el Tribunal Administrativo del Cauca transgredió los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad ante la ley del señor Germán Orlando Peña Rodríguez, al dejar en firme el acto administrativo a través del cual fue retirado discrecionalmente del servicio activo de la Armada Nacional. En

concreto, habrá de puntualizarse si la aludida transgresión encuentra asidero en la inobservancia del precedente constitucional que ha sido trazado en relación con el deber de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública.

2.2. Para tal propósito, interesa destacar que la cuestión así planteada, desde la perspectiva constitucional, ha sido objeto de un profuso desarrollo jurisprudencial por parte de esta Corporación, merced a la revisión de acciones de tutela que incluyen supuestos fácticos sustancialmente análogos. Por manera que, en esta oportunidad, la Sala reiterará las subreglas previstas para este tipo de casos en cuanto incumbe a (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (ii) el desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y (iii) la línea jurisprudencial de la Corte en torno al deber de motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de la facultad discrecional para, finalmente, una vez examinados estos aspectos teóricos generales, dar respuesta al interrogante formulado en precedencia[14].

3. Reglas jurisprudenciales que se reiteran

3.1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

3.1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela es un mecanismo sumario, preferente y subsidiario de defensa judicial cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y en la Ley.

3.1.2. Tal y como se estableció en la Sentencia C-543 de 1992, por regla general, la tutela es improcedente cuando mediante ella se pretende cuestionar providencias judiciales, dada la prevalencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y a la garantía procesal de la cosa juzgada. Sobre el particular, en esa providencia se dejó en claro que:

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último

recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho.”[15]

3.1.3. Con todo, en dicha oportunidad también se estableció que “de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales (...)”[16]. De modo que, si bien se entendió que, en principio, la acción de amparo constitucional no procedía contra providencias judiciales, excepcionalmente, su ejercicio era viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se vislumbrara la violación o amenaza de un derecho fundamental.

3.1.4. A partir de lo allí decidido, la jurisprudencia constitucional desarrolló el criterio conforme al cual el supuesto de hecho que daba lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configuraba cuando la actuación judicial incurría en una desviación de tal magnitud que el acto proferido no merecía la denominación de providencia judicial, pues había sido despojada de dicha calidad. En desarrollo de lo expuesto, se determinó que el ordenamiento jurídico no podía amparar situaciones que, cobijadas, en principio, por el manto del ejercicio autónomo de la función judicial, comportaban una violación protuberante de la Constitución y, en especial, de los bienes jurídicos más preciados para el hombre (derechos fundamentales). Esta figura se dio en denominar una “vía de hecho” y su posterior desarrollo llevó a determinar la existencia de varios tipos de vicios o defectos, entre los cuales se encuentran el sustantivo, el orgánico, el

fáctico o el procedimental.

3.1.5. Con posterioridad, la Corte, en la Sentencia C-590 de 2005[17], si bien afirmó, como regla general, la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, con el fin de resguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, también aceptó, en concordancia con la jurisprudencia proferida hasta ese momento, que en circunstancias excepcionales sí era procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se verificaba la vulneración de derechos fundamentales y se acreditaba el cumplimiento de ciertos requisitos que demarcaban el límite entre la protección de los citados bienes jurídicos y los principios y valores constitucionales que resguardan el ejercicio legítimo de la función judicial. Dichos requisitos fueron divididos en dos categorías, siendo unos generales, alusivos a la procedibilidad de la acción de tutela y los otros específicos, ligados a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso.

3.1.5.1. En cuanto a los requisitos generales, la Corte ha identificado que son aquellos cuyo cumplimiento se debe verificar antes de que se pueda estudiar el tema de fondo, pues habilitan la procedencia de la acción de amparo constitucional: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible y, (vi) que el fallo impugnado no se trate de una acción de tutela.

3.1.5.2. Por lo que hace a los requisitos específicos, éstos fueron unificados en las denominadas causales específicas de procedibilidad y se centran, substancialmente, en los defectos o vicios de las actuaciones jurisdiccionales en sí mismos considerados[18], como puede ser: orgánico[19], sustantivo[20], procedimental[21], fáctico[22], error inducido[23], decisión sin motivación[24], desconocimiento del precedente constitucional[25] y violación directa a la Constitución.

3.1.6. En resumidas cuentas, por regla general, debido a la necesidad de salvaguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales. Empero, excepcionalmente, se ha admitido esa posibilidad cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, se observa que la decisión cuestionada haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos y, finalmente, se determina que el defecto sea de tal magnitud que implique una amenaza o vulneración de derechos fundamentales[26].

3.2. El desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

3.2.1. Al emprender un estudio sobre el precedente, los primeros elementos que se tienen ante sí son dos ideas básicas que, acopladas, conforman este concepto, a saber: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y exigir a los “jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”[27].

3.2.2. Pues bien, en el sistema jurídico colombiano, aun cuando los artículos 228 y 230 de la Carta Política disponen que la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía, la propia Corte ha definido el carácter vinculante del precedente constitucional en virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema normativo, la protección del derecho a la igualdad, la salvaguarda de la buena fe y la materialización de la confianza legítima[28]. Por esta razón, los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, salvo que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación[29].

3.2.3. Desde esa perspectiva, es claro que el precedente constitucional asegura la coherencia del sistema jurídico, pues permite determinar de manera anticipada y con plena certeza la solución aplicada a un determinado problema jurídico, de suerte que los sujetos están llamados a ajustar su actuar a las normas y reglas que los regulan, en concordancia con la interpretación que se ha determinado acorde y compatible con el contenido de la

Constitución Política. Por lo demás, la aplicación del precedente garantiza la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho[30].

3.2.4. Precisamente, esta Corporación ha establecido que: “[e]l artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a ‘acceder’ igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”[31].

3.2.5. Ahora bien, resulta importante resaltar que en la jurisprudencia también se ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente en general y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en sus providencias[32]. De acuerdo con lo anotado, pues mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez -individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias, el precedente vertical, en cambio, implica que, como regla general, los jueces no se pueden apartar de la regla de derecho establecida por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente las altas cortes[33].

En punto de la exigibilidad de la doctrina constitucional como precedente vertical de obligatorio cumplimiento, se ha dicho que:

“(…) la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos

fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual.

De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento"[34].

3.2.5.1. Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha señalado que es preciso hacer efectivo los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto de que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y de asumir los desafíos propios de la evolución del derecho.

3.2.5.2. Bajo esa óptica, las cargas para apartarse de un precedente varían según la autoridad que lo profirió. En efecto, cuando se trata de un precedente horizontal, más allá de que se presente una diversidad en las circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez que le permitan otorgar un trato desigual, dicha autoridad en su providencia debe hacer referencia expresa al precedente con el que ha resuelto casos análogos -requisito de transparencia- y, a partir de allí, exponer las razones suficientes que, a la luz de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico o de la transformación del contexto social dominante, justifiquen un cambio jurisprudencial -requisito de suficiencia-. No basta, entonces, con ofrecer simplemente argumentos en otro sentido, sino que resulta forzoso demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver un nuevo caso sometido a decisión. Una vez satisfechas estas exigencias, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales[35].

3.2.5.3. Por su parte, en lo que respecta al precedente vertical, además de cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, la Corte ha sido particularmente restrictiva en la

posibilidad que tienen los jueces de inferior jerarquía de apartarse de las subreglas expuestas por las altas cortes, en atención al papel constitucional y legal que cumplen los órganos de cierre, a partir del reconocimiento de su potestad de unificar o revisar la jurisprudencia, en los asuntos sometidos previamente a su conocimiento.

3.2.5.4. En las anotadas circunstancias, adquiere especial resonancia el precedente constitucional expuesto por la Corte, como intérprete autorizado de la Carta Política, ya que supone la aplicación directa del Texto Superior a la resolución de casos concretos, lo que conduce a que los jueces sólo excepcionalmente se puedan apartar de su carácter vinculante, pues responden al carácter prevalente de la Constitución, en un contexto acorde con la necesidad de preservar la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica[36].

Y es que cuando el precedente emana de un alto tribunal de justicia, éste adquiere un carácter ordenador y unificador que propugna por materializar los principios de primacía de la Carta Política, la igualdad, la certeza en el derecho y el debido proceso, además de su caracterización como técnica judicial elemental para mantener la coherencia de todo el ordenamiento[37].

3.2.5.5. De tal modo que cuando un juez pretenda apartarse de un precedente constitucional, (i) no sólo debe hacer explícitas las razones por las cuales se abstiene de seguir la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial, (ii) sino que también debe demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección. Siendo así las cosas, prima facie, resultan totalmente contrarias al debido proceso, (a) el incumplimiento de una carga mínima de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique apartarse del precedente; así como (b) la simple omisión o negativa del juez en su aplicación, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía que les reconoce el Texto Superior.

3.2.6. Inclusive, para efectos de delimitar el verdadero alcance del desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad, se han identificado cuatro escenarios en los que cabe señalar que se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional: (i) Cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas

inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) Cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) Cuando se contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) Cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela[38].

3.2.6.1. En cuanto concierne a la tercera de las situaciones descritas, debe advertirse que se trata del desconocimiento del precedente constitucional proveniente de la omisión o la negativa a tener en cuenta los argumentos básicos y determinantes que llevaron a esta Corporación a adoptar una decisión en sede de control abstracto[39]. El fundamento del carácter vinculante de la ratio decidendi en este tipo de sentencias, se encuentra en la fuerza de autoridad que tienen los argumentos de constitucionalidad expuestos por este Tribunal, los cuales inciden de manera directa en las decisiones adoptadas por la Corte, como intérprete autorizado de la Carta Política[40].

3.2.6.2. Frente al último de los escenarios referidos, es de señalar que abarca aquellos casos en los que esta Corporación ha definido el alcance de un derecho fundamental a través de decisiones anteriores de tutela, con el propósito de determinar sus elementos esenciales derivados de la interpretación de una norma constitucional, circunstancia de la cual se deriva una clara limitación al ámbito de autonomía en el ejercicio de la función judicial. Para tal efecto, es pertinente recordar que la ratio decidendi corresponde básicamente a la subregla que aplica el juez para la definición del caso concreto[41], cuya exigibilidad se extiende a todos los casos que se subsuman en similar hipótesis, en virtud de la salvaguarda del carácter prevalente de la Constitución y de los principios de buena fe, igualdad y confianza legítima.

3.2.7. De ahí que, en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, los principios de confianza legítima y de buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, sea obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

3.2.8. Habiendo quedado sentado todo lo anterior, no cabe duda de que la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, adquiere carácter vinculante para todos los casos que comportan identidad de supuestos fácticos y/o normativos, por lo que su desconocimiento constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando, como tuvo la oportunidad de explicarse, no se haya dado cumplimiento a las cargas necesarias que permitan su inaplicación en casos concretos.

3.3. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno al deber de motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de la facultad discrecional

3.3.1. De una lectura armónica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el retiro discrecional del servicio de miembros de la Fuerza Pública se sabe que, en términos generales, el ejercicio de esa potestad discrecional es constitucionalmente admisible en cabeza de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, dada la concepción flexible en el manejo del personal vinculado a ellas que está fundada, a su vez, en la capital importancia de las funciones que les han sido atribuidas y en el vínculo inescindible de esas funciones, inherentes a la seguridad del Estado y a la seguridad ciudadana, con el interés público[42].

3.3.2. Sin embargo, aun cuando ese ámbito de discrecionalidad de que disponen dichas instituciones para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública esté plenamente justificado, ello no supone que pueda procederse a la desvinculación del servicio público de manera inconsulta o arbitraria, en la medida en que la comentada flexibilidad no autoriza el desconocimiento de principios de raigambre superior, sobre todo si se tiene en cuenta que “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”[43].

3.3.3. Tal postura ha sido parte de la dogmática elaborada por esta Corte desde sus primeros tiempos, en donde el empleo de una potestad discrecional, según se ha entendido, siempre habrá de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que debe tener “un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad

radica en cabeza de una autoridad pública”[44] que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, le incumbe “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”[45].

3.3.4. Delineado el anterior panorama, se comprende que la jurisprudencia, en toda su extensión, haya 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 tratándose del retiro de miembros de la Fuerza Pública, con independencia de la causal que se invoque, es “la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida: 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”[46].

3.3.5. Por manera que cuando acontezca un retiro discrecional por razones del servicio, el mismo “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”[47].

3.3.6. Ha sido sobre la base de los planteamientos expuestos, que la Corte Constitucional se ha permitido consolidar una línea de interpretación con alcance general que se mantiene invariable en la jurisprudencia y que tiene que ver con el deber de motivación por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuando hacen uso de su facultad discrecional para retirar a sus miembros.

3.3.7. Ilustrado así, grosso modo, el marco de orientación de esta Corporación sobre la materia, habrá de proponerse en lo que sigue un breve recuento de la jurisprudencia constitucional en el que se pone de relieve la posición adoptada por las distintas Salas de Revisión de este Tribunal, en tanto señalan de manera uniforme dos subreglas, a saber: (i) que todo acto de la administración debe ser motivado y (ii) que para asegurar que la

motivación de ese acto sea válida, se requiere que el mismo esté precedido de la recomendación del respectivo Comité de Evaluación o de una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, la cual debe estar apoyada en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, a la vez que debe estar sustentada en un examen de fondo sobre los motivos que se invoquen para justificar el retiro y, en general, de todos aquellos elementos objetivos que se vinculen con dicha determinación. Ello, entendido a partir del propósito de evitar que se aduzcan motivos caprichosos o arbitrarios, por entero ajenos al servicio, que puedan incidir negativamente en la estabilidad laboral del subordinado al punto de justificar medidas drásticas como lo es el retiro del servicio.

3.3.7.1. Para comenzar, una primera aproximación válida del tema se encuentra en la Sentencia T-995 de 2007[48], en donde la Sala Primera de Revisión estudió el caso de un oficial de la Policía Nacional que fue retirado del servicio activo mediante acto administrativo discrecional y sin que fuera avisado previamente de actuaciones legales en su contra con el fin de ejercer su derecho a la defensa.

Para zanjar la cuestión debatida, la Sala en mención tuvo en cuenta que no obstante que en la Sentencia C-179 de 2006 se declaró la exequibilidad de varias normas legales que contemplan el retiro por razones del servicio y en forma discrecional de miembros de la Fuerza Pública, dicha facultad no podía confundirse con la arbitrariedad, por lo que las razones del servicio que daban lugar a la desvinculación de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares debían determinarse previamente por una Junta Asesora de Evaluación o Clasificación o un Comité de Evaluación que sustentara con razones objetivas, razonables y proporcionales, el retiro discrecional en búsqueda de la garantía de la eficiencia y eficacia de esas instituciones y de la prevalencia del interés general. En ese orden de ideas, las recomendaciones que formulen las instancias recién mencionadas deben estar precedidas y sustentadas en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro, en las pruebas que se alleguen, y en fin, de los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir la desvinculación o no del funcionario de que se trate. Al incumplirse esa carga en el caso concreto, que la Sala entendió incorporada al procedimiento mismo del retiro discrecional, se incurrió en una vía de hecho administrativa violatoria del derecho fundamental al debido proceso del actor.

3.3.7.2. Seguidamente, en la Sentencia T-432 de 2008[49], la Sala Segunda de Revisión, a propósito de una acción de tutela formulada por un agente de policía que fue retirado por razones del servicio mediante acto administrativo discrecional que no expresaba las razones por las cuales se había producido su desvinculación, recalcó que la exequibilidad de la facultad discrecional de retiro estaba supeditada, a fin de no reflejar arbitrariedad alguna, a un concepto o pronunciamiento de un órgano colegiado como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o la Junta de Evaluación y Clasificación, el cual debía estar precedido por un examen completo y cuidadoso de las razones por las cuales era procedente adoptar dicha decisión. De ese modo, ante la contingencia de que la administración opte por acoger o aceptar esa recomendación, se debe aludir en el acto de desvinculación al informe respectivo para garantizar el debido proceso administrativo. Así las cosas, en el caso concreto, se amparó dicho derecho fundamental, pues se evidenció que la Policía Nacional no dio a conocer las razones que llevaron a la expulsión del accionante del servicio, impidiéndole, a la postre, controvertirlas en sede jurisdiccional.

3.3.7.3. Más adelante, en la Sentencia T-569 de 2008[50], la Sala Cuarta de Revisión abordó el caso de un soldado regular de la Infantería de Marina de la Armada Nacional que fue retirado del servicio por vía de un acto administrativo que no fue motivado. En dicha oportunidad, la citada Sala recordó que no bastaba aducir en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas razones del servicio, pues en cada caso el retiro tenía que ser objeto del análisis y de la justificación que pongan al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. En ese orden de ideas, la motivación devenía en un presupuesto ineludible 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.

Igualmente, precisó que aunque la parte demandada indicó que no debía motivar el acto administrativo a través del cual adoptó la decisión de retiro discrecional pues la Corte había avalado la constitucionalidad del Decreto 1793 de 2000 en la Sentencia C-179 de 2006, la fuerza obligatoria que corresponde al precedente constitucional es autónoma y no depende de la concreta disposición que haya sido objeto del pronunciamiento ni del sentido del fallo que puede ser de exequibilidad o de inexecuibilidad, esto es, “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[51]”.

Hechas esas observaciones, procedió a conceder la acción de tutela y ordenar que se motivara el acto administrativo, plasmándose por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del actor, so pena de que se viabilice su reintegro.

3.3.7.4. Casi de inmediato, en la Sentencia T-1168 de 2008[52], la Sala Primera de Revisión abordó el estudio en conjunto de varios casos cuya problemática confluía en el retiro del servicio de agentes por parte de la Policía Nacional mediante actos administrativos carentes de motivación. En la referida providencia, se hizo hincapié en el hecho de que los actos discrecionales debían ostentar, cuando menos, un mínimo de motivación justificante, ya que ni las potestades ilimitadas ni los poderes absolutos existen en un Estado Social de Derecho, por lo que forzoso resultaba amparar la garantía fundamental del debido proceso a los accionantes, teniendo en cuenta, por demás, que aquellos actos no habían estado precedidos del correspondiente examen previo, completo y detallado que para el efecto debía realizar la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional. De forma puntual, se expresó que:

“El acto discrecional debe tener así un mínimo de justificación, pues potestades ilimitadas y sin control no tienen cabida en un Estado Social de Derecho, de allí que el acto discrecional debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Así, una vez establecido esto, el acto puede ser objeto de control por medio de las acciones proporcionadas por el sistema jurídico para ello, pues en caso contrario resulta dificultoso, por no decir imposible, entrar a atacar una decisión cuyo soporte se desconoce.

Se reitera así, 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 contribuyen 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.

(...) Partiendo de los mencionados postulados normativos, constata esta Sala que el derecho al debido proceso de los accionantes (...) debe ser amparado frente a la transgresión efectuada por el Ministerio de Defensa Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

La transgresión del derecho fundamental al debido proceso se efectuó en razón a que ni en los Decretos por medio de los cuales el Presidente de la República dispuso el retiro de los mencionados accionantes, ni en las Actas emitidas por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, por medio de la cual se propuso retirar del servicio activo a cada uno de los accionantes, se manifestó el motivo que los condujo a determinar que con el retiro de los hoy gestores del amparo se cumplía el fin para el cual fue instituida la Policía Nacional, es decir, nunca se explicaron las razones del servicio”.

3.3.7.5. Ese criterio fue reproducido por la Sala Tercera de Revisión a través de la Sentencia T-1173 de 2008[53], que, al examinar el retiro discrecional e inmotivado de un oficial del Ejército Nacional, se pronunció una vez más sobre la facultad de retiro de los miembros de la Fuerza Pública para subrayar que ella sólo se consideraba respetuosa del debido proceso y de la Constitución cuando garantizaba (i) la existencia de razones que guardaran relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones fueran plasmadas, 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; (iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité y (iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.

En el asunto bajo estudio se consideró que la vulneración de derechos fundamentales era

evidente, en razón a que la decisión de retiro carecía de motivación y, por ende, no era posible determinar las razones que llevaron a la desvinculación del peticionario. Adicionalmente, el único soporte esgrimido por la entidad demandada era el ejercicio mismo de la potestad de desvinculación discrecional, la cual sobrevenía precaria frente a la Sentencia C-179 de 2006, ya que allí se estableció, con efectos erga omnes, que dicha facultad no podía ejercerse sin la estricta observancia del debido proceso. Por eso, se concedió la protección solicitada y se ordenó la motivación del acto administrativo con las razones que se tuvieron en cuenta en su momento para ordenar el retiro censurado.

3.3.7.6. En idéntico parecer a lo precedentemente expuesto, la Sala Tercera de Revisión, en la Sentencia T-456 de 2009[54], resolvió un caso similar en el que el Ejército Nacional dispuso retirar del servicio a uno de sus miembros aduciendo la facultad discrecional contemplada en el Decreto 1793 de 2000, por medio de una orden de personal cuyo contenido no dio a conocer.

Una vez reiterada la línea interpretativa en la materia, dicha Sala arribó a la conclusión según la cual el retiro del actor fue intempestivo y sin atender a una justificación razonable, comoquiera que la decisión no estuvo sustentada en la calificación de su desempeño efectuada por sus superiores y consignada en su hoja o folio de vida. En consecuencia, se consideró pertinente conceder la tutela promovida y ordenar la debida motivación del acto administrativo de retiro con la consiguiente notificación personal al afectado, en el propósito de asegurar la vigencia de sus derechos a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

3.3.7.7. A continuación, la Sala Novena de Revisión, en la Sentencia T-638 de 2012[55], avocó el conocimiento de una controversia semejante que involucraba a dos miembros de la Fuerza Pública que habían sido separados de sus cargos por razones del servicio mediante actos administrativos sin motivación que además fueron avalados en el marco de sendos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho. En esa ocasión, la Sala procedió a constatar la tendencia que rotundamente se advertía en el tratamiento jurisprudencial de la cuestión, reafirmando para el efecto la existencia de un deber por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando quiera que hacían uso de la facultad discrecional para retirar a sus miembros, de motivar los correspondientes actos administrativos que acogieran tal decisión. Específicamente, en lo tocante a las Fuerzas Armadas, la Sala sugirió

que le concernía respetar 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;

(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”. (Subrayas propias del texto original)

3.3.7.8. Con posterioridad, la Sala Tercera de Revisión, por intermedio de la Sentencia T-719 de 2013[56], retomó la línea jurisprudencial hasta ahora delineada con motivo de dos casos en los que distintas autoridades judiciales habían respaldado la validez de los actos administrativos que, de forma inmotivada, habían dispuesto el retiro discrecional de dos agentes de la Policía Nacional.

Al efecto, después de reiterar el precedente relacionado con la motivación de los actos de retiro de miembros de la Fuerza Pública, la Sala reforzó la tesis de que el retiro discrecional, que no potestad absolutamente subjetiva, era una facultad constitucionalmente aceptable mientras se cumplieran, entre otros requisitos, (i) la recomendación previa efectuada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o de la Junta de Evaluación y Calificación respectiva, sustentada, a su vez, en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, así como (ii) un examen de fondo, completo y preciso de los motivos que se invoquen para el retiro, las pruebas que se alleguen y todos aquellos elementos de juicio que permitan sugerir que esa determinación sea adoptada.

De acuerdo con lo visto, la Sala encontró que el amparo deprecado estaba llamado a

prosperar en la medida en que existía un desconocimiento de la línea jurisprudencial antes referida, ya que las autoridades judiciales insistieron en que los actos de retiro, al ser expedidos en ejercicio de una facultad discrecional consagrada en la ley, estaban amparados bajo una presunción de mejoramiento del servicio que impedía, lógicamente, que se surtiera la exposición de motivos adicionales a la mera voluntad del Gobierno.

3.3.7.9. Similares consideraciones fueron acogidas en la Sentencia T-424 de 2014[57], en donde la Sala Sexta de Revisión conoció 4 acciones de tutela acumuladas que se dirigían a atacar providencias judiciales que respaldaron actos administrativos inmotivados de retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional.

Apoyándose en el precedente jurisprudencial, la Sala repasó la facultad discrecional del Gobierno para retirar miembros de la Policía Nacional por razones del servicio y dejó en claro la necesidad de que los actos de retiro del personal contengan la debida motivación para que sus destinatarios puedan ejercer los derechos a la defensa y al debido proceso administrativo. Lo contrario, es decir, la posibilidad de expedir un acto administrativo infundado, carente de razones, equivale a permitir actos ocultos tras los cuales subyacen la arbitrariedad y la injusticia.

Así pues, resultó evidente que las decisiones judiciales objeto de censura ignoraron la amplia jurisprudencia que gira alrededor de la temática relacionada con la obligación de motivar los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, lo que constituye un acto arbitrario que debe ser corregido a través de la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, esto es, dejándose sin efectos los fallos judiciales cuyo contenido se refuta y ordenándose a las diferentes corporaciones judiciales involucradas que expidan nuevos pronunciamientos en los que acojan las consideraciones vertidas sobre el deber de motivación de actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional.

3.3.7.10. Por último, resulta de interés destacar que el pleno de la Corte, mediante la Sentencia SU-053 de 2015[58], con ocasión de los disímiles criterios de interpretación existentes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto se refiere a la motivación de actos administrativos en uso de facultades discrecionales, propuso un estándar mínimo pero plenamente exigible en la materia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico. Esto quiere decir que para efectos de

privilegiar la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública, deben observarse los siguientes lineamientos:

i. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

iv. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional[59]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en

conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

vii. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución". (Negrilla propia del texto original)

3.3.7.11. Son suficientes las anteriores referencias para concluir que, según el entendimiento de la Corporación, la doctrina constitucional reivindica la motivación de los actos en los cuales se toman decisiones de retiro fundadas en una facultad discrecional autorizada legalmente 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. Así puede deducirse también que esta Corte ha amparado en casos concretos el derecho fundamental al debido proceso de agentes, suboficiales y oficiales de la Policía y del Ejército Nacional cuando quiera que aquél resulta vulnerado al proferirse actos administrativos de retiro sin la respectiva motivación. Esto último, tomando en cuenta que se dejaría a los servidores desvinculados en una posición que les haría nugatorio o incluso, tornaría ineficaz, su derecho a contradecir y defenderse de las decisiones que les afectan, en contravía de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los principios de legalidad y publicidad que rigen el ejercicio de la función pública.

Como habrá podido advertirse, la motivación, por mínima que sea, se erige en un elemento

indispensable en la realización del acto discrecional, que, incluso, a pesar de no ceñirse a la previsión de una fórmula exclusiva, sí debe relacionarse de forma directa con la causal que se invoca para justificar el retiro y cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello, sin perjuicio de las cargas específicas que se imponen en el ordenamiento jurídico, como ocurre, a título de ejemplo, en el caso de los oficiales de la Armada Nacional, en los que la facultad para el retiro discrecional por razones del servicio se sujeta al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, cuyo informe debe ser puesto de presente en el aludido acto de desvinculación, con miras a garantizar los derechos de defensa y contradicción del afectado.

4. Caso Concreto

4.1. Conviene precisar, prima facie, que aun cuando el apoderado judicial del actor presentó la acción de tutela contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, sus pretensiones están enderezadas exclusivamente a que se revoque la sentencia judicial dictada el 5 de junio de 2014 por la última de las autoridades judiciales aludidas, la cual, de hecho, se encuentra actualmente en firme. En tal virtud, esta Corporación adelantará el estudio correspondiente del caso concreto centrando su análisis en la providencia que actualmente se considera lesiva de los derechos fundamentales del tutelante, es decir, aquella con la que se concluyó el trámite de segunda instancia del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Germán Orlando Peña Rodríguez contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional.

4.2. Así mismo, interesa resaltar que el asunto del cual se ocupa la Sala habrá de ser examinado a la luz del marco jurisprudencial uniforme y consolidado sobre la materia de manera antecedente a la Sentencia SU-053 de 2015, habida consideración de que la fecha de expedición de la providencia contenciosa objeto de cuestionamiento data del 2014, esto es, mucho antes de que esta Corte decidiera unificar la jurisprudencia en relación con la motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública y consintiera la adopción de un estándar mínimo exigible de motivación. En ese orden de ideas, el problema jurídico ya identificado habrá de contrastarse con los presupuestos materiales insertos en escenarios constitucionales previamente abordados en la jurisprudencia de este Tribunal.

4.3. Una vez aclarado lo anterior, corresponde recordar que el señor Germán Orlando Peña Rodríguez, mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra del Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca por considerar que su decisión de no acceder a la nulidad de la Resolución No. 0970 del 30 de mayo de 2006, dentro del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho que entabló contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, transgrede, de una parte, sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley y, de otro lado, sus derechos al trabajo y al mínimo vital que también son de índole constitucional.

4.3.1. El motivo de la infracción alegada radica en que por medio del referido acto administrativo se le retiró discrecionalmente del servicio activo en su calidad de Teniente de Navío por parte del Ministerio de Defensa Nacional, quien adujo “razones del servicio” que, al parecer, no cuentan con ningún tipo de justificación objetiva alguna.

4.3.2. Tanto el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán como el Tribunal Administrativo del Cauca adujeron en sus respectivos pronunciamientos que el acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del señor Peña Rodríguez fue expedido con base en los artículos 99, 100 literal a) numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, según los cuales, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, se podía disponer del retiro de oficiales y suboficiales por razones del servicio y en forma discrecional, y que, en casos como éste, la discrecionalidad autoriza la expedición de actos administrativos sin motivación, en tanto las razones que lo acompañan han de presumirse en aras del buen servicio.

También aludieron a que el Acta del Comité de Evaluación y el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa son simples trámites preparatorios que no eran susceptibles de ser discutidos en sede jurisdiccional, por fuera de lo cual admitieron haber revisado la hoja de vida del demandante en la que no encontraron anotaciones excepcionales o extraordinarias que habilitasen la posible existencia de una desviación de poder, así como tampoco hallaron elementos de juicio en el expediente contentivo del proceso contencioso administrativo que permitieran inferir que la decisión de retiro tuvo como causa principal su amistad íntima con la hija de un teniente de la Armada Nacional.

4.3.3. En la sentencia de tutela de primera instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, declaró la improcedencia de la acción de tutela al estimar que los defectos alegados por el actor aludían, en realidad, a su inconformidad con las decisiones judiciales que habían despachado desfavorablemente sus pretensiones. Sin embargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, no compartió este parecer y resolvió revocar la decisión del a-quo para denegarla de fondo por no haberse verificado la existencia de ninguna de las causales específicas que autorizaran la activación de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.4. Delimitado el objeto de la controversia, ha de anotarse que la problemática jurídica por resolver se contrae a la necesidad de establecer si el Tribunal Administrativo del Cauca - Sala de Decisión 005-, con la expedición de la sentencia del 5 de junio de 2014, incurrió en la causal específica de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales referente al desconocimiento del precedente constitucional, al avalar el retiro del servicio activo del demandante de la Armada Nacional por medio de un acto administrativo sin motivación que invoca el ejercicio de una facultad discrecional.

4.5. Como punto de partida, entonces, se hace necesario verificar si los hechos que se alegan en la presente causa, se enmarcan en el test de procedibilidad de la tutela contra providencias y hacen factible, por consiguiente, la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales invocados.

4.5.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

4.5.1.1. Siguiendo lineamientos previos, vale anotar que la cuestión que se debate es, a primera vista, (i) de indiscutible relevancia constitucional, puesto que se persigue la efectiva protección del derecho fundamental al debido proceso, frente a una presunta actuación arbitraria del juez contencioso que ha adquirido firmeza y que supone el eventual desconocimiento del precedente constitucional relacionado con la motivación de actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública. Por lo demás, su trascendencia también se encuentra en la necesidad de preservar la igualdad de trato jurídico, que se fundamenta en el axioma de acuerdo con el cual cuando se trata de procesos que comportan unos mismos supuestos de hecho deben fallarse de una misma manera.

4.5.1.2. De igual forma, es claro que dentro del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, (ii) el actor agotó todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa que tenía a su disposición para procurar la salvaguarda de las prerrogativas iusfundamentales que estimaba vulneradas, pues contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Popayán promovió recurso de apelación, tramitado y resuelto mediante sentencia por el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005-, siendo esta última providencia la que se reprocha en sede de tutela. En este punto específico, interesa aclarar que, aun cuando por expreso mandato del artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por los Tribunales Administrativos procede el Recurso Extraordinario de Revisión, el mismo no es susceptible de ser invocado en el caso en cuestión, ya que los hechos alegados en la acción de amparo presentada, en principio, no se enmarcan en ninguna de las causales de procedibilidad del citado recurso, previstas en el artículo 250 ejusdem.

4.5.1.3. Adicional a lo anterior, se tiene que (iii) la acción de tutela fue promovida en un término razonable y proporcional al de la ocurrencia del hecho que presuntamente originó la vulneración, pues ésta se interpuso con menos de 3 meses de diferencia luego de haberse dictado la sentencia en segunda instancia -la tutela se presentó el 26 de agosto de 2014 y la providencia de segunda instancia se profirió el 5 de junio de ese mismo año-.

4.5.1.4. A su vez, estima la Sala que en el presente caso (iv) el actor logra identificar con claridad los hechos que, en su concepto, generaron la vulneración alegada y los derechos presuntamente violados, así como la incidencia de los defectos en la decisión que se cuestiona -supuesto desconocimiento del precedente constitucional que exige la motivación de los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública-, cuyo asunto fue objeto de debate tanto en primera como en segunda instancia por los jueces administrativos.

4.5.1.5. Finalmente, como quiera que se controvierten las decisiones adoptadas en el desarrollo de un proceso de lo contencioso administrativo, es claro que (v) la polémica que se plantea no gira en torno a una sentencia de tutela.

4.5.1.6. De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Corte que en el presente asunto pueden

tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia constitucional. Por esta razón, se procederá a estudiar la causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales denominada como desconocimiento del precedente, en conjunto con los hechos materiales recopilados en la primera parte del texto de la presente providencia.

4.5.2. La sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca se enmarca en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.5.2.1. Como se indicó en apartes anteriores de esta providencia, el precedente relacionado con el retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública comprende, al menos, dos subreglas verificables que implican (i) el deber de motivación del acto de retiro y que (ii) el mismo sea posterior a la recomendación del respectivo Comité de Evaluación o de la Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, la que además de estar apoyada en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, debe sustentarse en un examen de fondo completo y preciso de los motivos que se invoquen para justificar el retiro y, en general, de todos aquellos elementos objetivos que se vinculen con dicha determinación.

4.5.2.2. En cuanto a la primera subregla, la Corte advierte, de entrada, que aun cuando bien es sabido que la administración actúa con base en una facultad discrecional y no siempre está obligada a expresar y exteriorizar los criterios que tuvo en cuenta para emitir el acto de retiro pues, se supone, en principio, expedido en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado, que existe un claro desconocimiento del precedente constitucional referente al deber de motivar los actos discrecionales. En efecto, en la parte motiva de la sentencia del 5 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005- sostiene que los actos de retiro al amparo de la causal descrita en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, pese a la jurisprudencia reiterada por esta Corporación, tienen un carácter discrecional que hace innecesario que la entidad explique de manera concreta y específica las razones que tiene para tomar la determinación del retiro del servicio, pues una exigencia tal desconocería la naturaleza jurídica de la potestad ejercida por el nominador; característica que se extiende por igual a la recomendación de la Junta Asesora y al concepto previo del Comité de Evaluación, en la que si bien debe realizarse un examen exhaustivo de la hoja de vida del servidor, en los términos de la Sentencia C-179 de 2006,

que condicionó la exequibilidad de la facultad discrecional, el hecho de que no aparezca constancia en ese sentido no significa que dicho ejercicio no ocurra, conclusión a la que tampoco se puede arribar por la circunstancia de que se recomiende la desvinculación del servidor.

A este respecto, en la citada sentencia, el Tribunal, luego de traer a colación una providencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 25 de noviembre de 2010, en la que se dejaba por sentado que la ausencia de motivación de los actos administrativos de retiro discrecional no constituía causal de nulidad alguna, concluyó que “conforme a la normativa y la jurisprudencia referidas, ni el acto de retiro ni el acta de recomendación de la Junta Asesora y el Comité de Evaluación requieren motivación”, en atención a que tales normas -las del Decreto 1790 de 2000- “no exigen que para el ejercicio de dicha facultad, deban realizarse los pasos propios de un proceso disciplinario, pues la potestad discrecional comprende razones de índole general, distintas de la naturaleza disciplinaria, en razón a que lo que se persigue con el ejercicio discrecional, de conformidad con el ordenamiento referido, no es la penalización de faltas, de ahí que no sea requisito probar una conducta irregular”.

4.5.2.3. Como quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia, el precedente constitucional goza de especial importancia dentro del sistema jurídico, ya que supone la aplicación directa del Texto Superior a la resolución de casos concretos, lo que conduce a que los jueces sólo pueden apartarse excepcionalmente de su carácter vinculante, cuando cumplan los requisitos de transparencia y suficiencia, los cuales implican, por una parte, hacer explícitas las razones por las que se abstienen de seguir la jurisprudencia en vigor, y por la otra, demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

4.5.2.4. En el caso bajo examen, no se acreditó ninguna de las citadas exigencias, por lo que en principio el amparo constitucional está llamado a prosperar, en cuanto se verificó que el respectivo acto carece de la expresión de las razones que condujeron al retiro. Para este propósito, resta verificar si en el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, en el Acta del Comité de Evaluación para el retiro discrecional o en el mismo acto administrativo de retiro del servicio se garantizó la

existencia de una motivación, aunque fuere mínima, sobre las razones que llevaron al Ministerio de Defensa Nacional a retirar al Teniente de Navío Germán Orlando Peña Rodríguez del servicio activo.

En primer lugar, se tiene que el Acta No. 293 del 5 de mayo de 2006 del Comité de Evaluación para el retiro discrecional simplemente se limita a mencionar el personal de la Armada Nacional que se reunió en la Sala de Juntas del Comando de la Armada Nacional para efectos de recomendar por unanimidad el retiro del servicio activo por facultad discrecional del Teniente Germán Orlando Peña Rodríguez, aduciendo para ello la facultad descrita en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000.

En segundo término, el Acta No. 005 del 8 de mayo de 2006 también se circunscribe a dejar constancia de la reunión en sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional que se llevó a cabo, entre otras, para considerar y aprobar los retiros por facultad discrecional del servicio activo de varios oficiales, entre los que se encuentra el accionante, siendo la propuesta aceptada por unanimidad y teniendo como fundamento en el Decreto 1790 de 2000, sin aducir una justificación al respecto.

En tercer lugar, la Resolución No. 0970 del 30 de mayo de 2006 contiene la decisión de retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares-Armada Nacional al actor, por razones del servicio y en forma discrecional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 100 literal a numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, sin que tampoco ofreciera mayor información sobre los móviles que le dieron origen.

De esa manera, un simple cotejo entre la jurisprudencia que se ha revelado y lo acontecido en el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala es suficiente para sostener que el único fundamento del retiro del actor es la facultad legal establecida en el Decreto 1790 de 2000 y que nada hay en la Resolución 0970 de 2006 ni en las Actas previas de recomendación 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 de retiro con pase a la reserva y asegurar el derecho de defensa del afectado.

4.5.2.5. Es así como surge la segunda subregla, ya que, como bien se puso de presente en las consideraciones de esta providencia, a fin de que la motivación del acto de retiro sea

válida, no sólo es necesario que el mismo sea posterior a la recomendación que formule la respectiva Junta Asesora o Comité de Evaluación, sino que esta última debe estar antecedida y apoyada en un examen de fondo de aquellos motivos que se invoquen para el retiro, en las pruebas que sean allegadas y en todos aquellos elementos objetivos y razonables que permitan sugerir la desvinculación de un miembro de la Fuerza Pública.

En este caso es palmario para la Sala que, en la providencia acusada, el Tribunal asimiló el cumplimiento de este requisito a partir de la garantía que representaba el haberse conformado el Comité de Evaluación para el retiro discrecional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, encargados de emitir los conceptos previos de recomendación de retiro del servicio del actor, omitiendo, en realidad, si las Actas que expidieron fueron resultado de un examen de fondo acerca de las verdaderas razones aducidas para su desvinculación.

4.5.2.6. Por todo lo anterior, se considera que el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció el precedente jurisprudencial de esta Corporación, no solamente al desconocer que los actos administrativos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública deben ser motivados, así sea en forma mínima, sino también por omitir el hecho de que ni el Acta del Comité de Evaluación para el retiro discrecional ni el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, así como tampoco el propio acto administrativo de retiro del servicio hayan aludido a las razones que dieron lugar al retiro del servicio del accionante, en los términos precisados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-179 de 2006.

4.5.2.7. Bajo la anterior premisa, se recuerda que en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, los principios de confianza legítima y de buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales, pues, como tuvo la oportunidad de explicarse, el respeto por el precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, según lo dispone el artículo 241 del Texto Superior.

4.5.2.8. Así, la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de la Sentencia

C-179 de 2006 adquiere carácter vinculante, por lo que su desconocimiento hace procedente la acción de tutela contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 5 de junio de 2014, en la medida en que se desconoció el precedente constitucional.

4.5.2.10. Por último, frente a la censura que efectúa el actor por la supuesta configuración de un defecto fáctico al haberse valorado indebidamente su hoja de vida, esta Corporación considera que el Tribunal Administrativo del Cauca sí valoró dicha pieza allegada al expediente contencioso administrativo, sin que quepa señalar, a primera vista, la ocurrencia de una calificación manifiestamente desacertada o contraevidente del juicio valorativo realizado a la prueba en su momento. Por lo anterior, esta Sala no hará pronunciamiento adicional sobre este punto y se limitará a declarar el desconocimiento del derecho al debido proceso del actor, en los términos expuestos en el acápite anterior.

4.5.2.11. En consecuencia, la Sala de Revisión revocará la sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera- y, en su lugar, tutelaré el derecho al debido proceso y a la igualdad ante la ley del señor Germán Orlando Peña Rodríguez. En tal virtud, se ordenará al Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005- que proceda a emitir de nuevo el correspondiente fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Germán Orlando Peña Rodríguez contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, para dar cabal aplicación al precedente constitucional en la materia y las directrices que sobre el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública ha expuesto esta Corporación, tal y como se dejó consignado en la parte considerativa de esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO-. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia proferida el 19 de febrero de 2015 por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Primera- y, en su lugar, TUTELAR los derechos al debido proceso y a la igualdad ante la ley del señor Germán Orlando Peña Rodríguez.

SEGUNDO-. DEJAR SIN EFECTO la Sentencia proferida el 5 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005-, en el trámite del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por el señor Germán Orlando Peña Rodríguez contra la Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional.

TERCERO-. ORDENAR al Tribunal Administrativo del Cauca -Sala de Decisión 005- que, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a emitir de nuevo el correspondiente fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Germán Orlando Peña Rodríguez contra la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, para dar cabal aplicación al precedente constitucional en la materia y las directrices que sobre el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública ha expuesto esta Corporación, tal y como se dejó consignado en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO-. Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-677/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debió declarar la improcedencia por cuanto no se desconoció el precedente judicial señalado en la sentencia C-179 de 2006, puesto que las providencias parten de la base de que los actos administrativos son discrecionales, como desde siempre se ha entendido, y no necesariamente deben motivarse (Salvamento de voto)

Las providencias objeto de tutela no están incursas en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos son discrecionales, como desde siempre se ha entendido, y no necesariamente deben motivarse. De hecho, la posición del Tribunal, no fue enfática en afirmar que el acta de retiro y el acta de recomendación requieren motivación, dicha manifestación tuvo como fundamento las normas que regulan el tema, lo cual se armonizó con lo dispuesto en la sentencia C-179 de 2006, en la que se advierte que el hecho de que no conste en un documento la motivación del retiro, no es óbice para inferir que no mediaron razones objetivas para ello. Adicionalmente, debo agregar que para el momento en que fueron proferidos los fallos, no existía un precedente unánime de la Corporación al respecto. Menos aún puede señalarse que la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad, y la cual se cita como violatoria del precedente, imponga la motivación de los actos administrativos que resulten necesarios para el retiro del servicio de la fuerza pública y elimine el carácter discrecional de los mismos.

Referencia: Expediente T-4.994.933

Acción de tutela promovida por Germán Orlando Peña contra Juzgado Cuarto Administrativo

de Descongestión de Popayán y Tribunal Administrativo del Cauca.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con mi acostumbrado respeto, me aparto de la decisión adoptada en este asunto, pues estimo que el Tribunal Administrativo del Cauca no desconoció el precedente judicial señalado en la sentencia C-179 de 2006, por consiguiente, debió confirmarse la decisión proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que arribó a esa misma conclusión.

La Corporación, en sentencia C-179 de 2006, declaró la exequibilidad del artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual remite al artículo 99 de la misma normativa, con el argumento según el cual la potestad discrecional de que se ha revestido a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que la integran, no significa arbitrariedad, sino, por el contrario, se trata de un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esa institución. Aunque la sentencia advierte que no puede confundirse lo discrecional con lo arbitrario, finalmente, la Corte concluye que las normas acusadas[61] no desconocen el debido proceso, como tampoco el derecho de igualdad, encontrándose vigentes los decretos que aplicó tanto la entidad accionada, como los jueces de la jurisdicción contencioso que conocieron de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Debo precisar que la providencia proferida por el Tribunal Administrativo, resolvió del recurso de apelación presentado por el accionante, el cual tuvo como sustento 1) la falta de motivación del acto administrativo, puesto que consideró el accionante que fue retirado de manera discrecional y sin motivación, advirtiendo que la Junta Asesora recomendó su retiro sin realizar un estudio previo. Y 2) la desviación de poder al no tener en cuenta las evaluaciones positivas del actor. Al respecto, el órgano colegiado fundamentó su decisión en las normas previstas para el retiro discrecional, lo que no se puede asimilar a la realización de un procedimiento disciplinario. Asimismo, advirtió que en el acto de retiro, no es necesario que la entidad explique, de manera concreta, las razones para tomar dicha determinación. De igual manera, señala que de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-179 de 2006, “el hecho de que no aparezca constancia en este sentido no significa que dicho ejercicio no ocurra, conclusión que se puede arribar por la circunstancia

de que se recomiende la desvinculación del servidor. ”

2

En ese contexto, estimo que las providencias objeto de tutela no están incursas en los defectos que se le atribuyen, en la medida en que parten de la base de que los actos administrativos son discrecionales, como desde siempre se ha entendido, y no necesariamente deben motivarse. De hecho, la posición del Tribunal, no fue enfática en afirmar que el acta de retiro y el acta de recomendación requieren motivación, dicha manifestación tuvo como fundamento las normas que regulan el tema, lo cual se armonizó con lo dispuesto en la sentencia C-179 de 2006, en la que se advierte que el hecho de que no conste en un documento la motivación del retiro, no es óbice para inferir que no mediaron razones objetivas para ello. Adicionalmente, debo agregar que para el momento en que fueron proferidos los fallos, no existía un precedente unánime de la Corporación al respecto. Menos aún puede señalarse que la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad, y la cual se cita como violatoria del precedente, imponga la motivación de los actos administrativos que resulten necesarios para el retiro del servicio de la fuerza pública y elimine el carácter discrecional de los mismos.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] La relación de hechos que a continuación se despliega incluye tanto los presupuestos fácticos y normativos contenidos en el escrito demandatorio inicialmente radicado y que fue inadmitido por no haberse precisado con claridad las supuestas irregularidades en las que habrían incurrido las autoridades judiciales demandadas, así como aquellos razonamientos que fueron incorporados con posterioridad para lograr la subsanación del mismo. Ver folios 44 a 210 del Cuaderno No. 01 del Expediente.

[2] Según relata el actor, apenas obtuvo su grado de Oficial fue trasladado por 6 meses al Batallón de Instrucción No. 43 en Coveñas, Sucre, luego de lo cual estuvo un año y medio

en el Batallón de Policía Naval No. 23 ubicado en el mismo municipio. Después se le designó por 2 años como Comandante de Elemento Fluvial del Batallón Fluvial No. 20 de Turbo, Antioquia, interregno en el que resultó herido en combates contra la guerrilla de las FARC. Ya en el año 2002 se autorizó su participación, por el término de 6 meses, en el Curso de Reconocimiento Anfibio y Demoliciones Marinas que se llevó a cabo en Cartagena, con posterioridad a lo cual se le trasladó por un año al Batallón de Cadetes de la Escuela Naval con sede en la referida ciudad para ocupar la plaza de Comandante de Sección de la Compañía BINNEY (Compañía de Aspirantes a Cadetes de la Escuela Naval). Con posterioridad, fue enviado a Estados Unidos en calidad de acompañante del personal Guardiamarinas de la Infantería de Marina. Ver folios 3, 4 y 5 del Cuaderno No. 01 del Expediente.

[3] “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. El artículo 99 es del siguiente tenor: “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. Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto”.

[4] En el Acta No. 293 del 05 de mayo de 2006 se deja constancia de la reunión que sostuvieron en la Sala de Juntas del Comando de la Armada Nacional los miembros que integran el Comité de Evaluación para el retiro discrecional con el fin de recomendar el retiro por facultad discrecional del TNEIM Germán Orlando Peña Rodríguez, de conformidad con lo estipulado en el artículo 104 del Decreto 1790/2000. Allí se expuso lo siguiente: “Analizada la situación del TNEIM GERMAN ORLANDO PEÑA RODRIGUEZ, el Comité por unanimidad recomienda retirar del servicio activo al TNEIM GERMAN ORDLANDO PEÑA

RODRIGUEZ”, sin mayores consideraciones sobre el particular. Ver folio 49 del Cuaderno No. 02 del Expediente.

[5] En el Acta No. 005 del 08 de mayo de 2006 se da cuenta de la reunión en sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional que, entre otros puntos, abordó la consideración y aprobación del retiro del servicio activo, por facultad discrecional, del Oficial Teniente de Navío Germán Orlando Peña Rodríguez, respecto del que manifestó lo siguiente: “La Honorable Junta Asesora después de estudiar las solicitudes y propuestas de retiro presentadas a su consideración y teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto 1790/00, artículos 99, 100 (literal a. numeral 1 y 8), 101 y 104, por unanimidad recomendó los retiros por la causal anotada”, sin mayores consideraciones sobre el particular. Ver folios 46 y 47 del Cuaderno No. 02 del Expediente.

[6] En comunicación personal del 07 de junio de 2006, suscrita por el Jefe de Personal del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 10, se le hizo saber al Teniente de Navío Germán Orlando Peña Rodríguez sobre su retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares. Ver folios 44 y 45 del Cuaderno No. 02 del Expediente.

[7] Entre las causales de retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se encuentra la mencionada en el literal a) numeral 8 del artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000, que se refiere al retiro temporal con pase a la reserva por retiro discrecional de acuerdo con lo establecido en el artículo 104 del decreto. A su vez, éste artículo dispone que “por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto”.

[8] Así, por ejemplo, el actor elevó, entre otros derechos de petición, uno al Director de Personal de la Armada Nacional, el 09 de junio de 2006, en el que le solicitaba “copia del acta de reunión del comité de retiro de forma temporal y discrecional a partir del 05 de

junio de 2006” y otro ante la Comandancia del Batallón Fluvial No. 10 de Gaupi, Cauca, el 21 de junio de 2006, en el que requería “certificación del comportamiento laboral y personal durante su mando, información sobre si se había solicitado su retiro de la institución por recomendación, o si se habían presentado informes de inteligencia y/o contrainteligencia por presuntas irregularidades por él cometidas”. Ver folios 221 a 242 del Cuaderno No. 02 del Expediente.

[9] Ver folios 291 a 313 del Cuaderno No. 02 del Expediente.

[10] Ver folios 23 a 37 del Cuaderno No. 02 del Expediente. En la providencia judicial se precisó que el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 había sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-179 de 2006, en la que se había resuelto su exequibilidad pura y simple, razón por la cual, la parte considerativa de la misma, dirigida a poner de presente que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares debía estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, no tenía un carácter vinculante como “ratio decidendi” sino como criterio auxiliar de interpretación.

[12] El actor también aludió al desconocimiento de varias sentencias adoptadas por las Secciones Segunda, Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: Sentencia del 08 de abril de 2010 de la Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila (Rad. 2001-02811-01); Sentencia de febrero de 2011 de la Sección Cuarta, Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia (Rad. 2010-01239-00) y Sentencia de la Sección Quinta del 28 de mayo de 2009, Consejero Ponente: Susana Buitrago Valencia (Rad. 2009-00203-01).

[13] Ver folios 251 y 252 del Cuaderno No. 01 del Expediente.

[14] Según lo ha definido la Corte Constitucional, “la reiteración de jurisprudencia es un método de adjudicación apropiado para resolver problemas jurídicos de frecuente aparición en determinados escenarios constitucionales. La técnica citada consiste en recordar y aplicar las subreglas definidas por la jurisprudencia en supuestos fácticos análogos a los que presenta el caso de estudio. El método comporta celeridad a la administración de justicia y cumple otros fines constitucionalmente valiosos, como se explica a continuación: En primer término, la reiteración de jurisprudencia contribuye a la unificación de la

interpretación consolidando las subreglas jurisprudenciales en el tiempo, aspecto imprescindible para una aplicación adecuada de los derechos fundamentales, contenidos en cláusulas de notoria apertura semántica; en segundo lugar, propende por la consolidación de una cultura de respeto al precedente lo que, a su vez, dota de eficacia al principio de igualdad, pues permite que se corrijan aquellos fallos en que los jueces, bajo escenarios fácticos similares, llegan a consecuencias diversas por la inaplicación de subreglas decantadas por vía jurisprudencial; finalmente, beneficia la confianza ciudadana en la administración de justicia, dado que los jueces adoptarán sus decisiones bajo reglas claras y derroteros señalados por los órganos de cierre del sistema jurídico". Sentencia T-589 de 2011. Sobre el tema de reiteración de jurisprudencia también pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-603 de 1999 y T-505 de 2008.

[15] Sentencia C-543 de 1992.

[16] Ídem.

[17] En esta oportunidad, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma que proscribía cualquier acción contra la sentencia que resolviera el recurso extraordinario de casación en materia penal.

[18] Es de anotar que la jurisprudencia en torno a las vías de hecho evolucionó para comprender situaciones que no despojaban a la providencia de su condición de tal, pero que aún llevaban a un desconocimiento de derechos fundamentales, por lo cual se cambió el vocablo de vía de hecho por causal específica de procedibilidad. Sobre el particular, consultar, entre muchas otras, las Sentencias T-774 de 2004 y T-453 de 2005.

[19] Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece -absolutamente- de competencia para ello. Consultar, entre otras, las Sentencias SU-174 de 2007, T-465 de 2009, T-313 de 2010, T-696 de 2010, T-737 de 2012, T-079 de 2014 y SU-770 de 2014.

[20] Aquellos casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, no se hace uso de una norma que claramente aplicaba al caso o que presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Consultar, entre otras, las Sentencias SU-913 de 2009, T-268 de 2010, T-511 de 2011, T-907 de 2012, SU-917 de

2013, T-253 de 2014 y T-384 de 2014.

[21] Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Consultar, entre otras, las Sentencias SU-159 de 2002, T-300 de 2003, T-1209 de 2005, T-831 de 2008, T-125 de 2010, T-570 de 2011, T-649 de 2012 y SU-949 de 2014.

[22] Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Consultar, entre otras, las Sentencias SU-424 de 2012, T-160 de 2013, SU-915 de 2013, T-147 de 2014, SU-950 de 2014 y T-073 de 2015.

[23] Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y esa circunstancia condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. Consultar, entre otras, las Sentencias T-586 de 2006, T-844 de 2011, T-177 de 2012, T-863 de 2013, SU-917 de 2013 y T-145 de 2014.

[24] Se traduce en el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que allí reposa la legitimidad de su decisión funcional. Consultar, entre otras, las Sentencias T-868 de 2009, T-002 de 2012, T-140 de 2012, SU-424 de 2012, SU-917 de 2013 y T-145 de 2014.

[25] 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. Consultar, entre otras, las Sentencias T-1092 de 2007, T-772 de 2012, T-564 de 2013, T-954 de 2013, T-809 de 2014 y SU-874 de 2014.

[26] Por ejemplo, en la Sentencia T-152 de 2013 se caracterizó la labor del juez constitucional a la hora de abordar el estudio de una acción de tutela contra una sentencia judicial, en los siguientes términos: “la intervención del juez constitucional en asuntos decididos por otros jueces, en sus respectivas jurisdicciones, se puede adelantar únicamente con el fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados, pues no puede suplantarse o desplazarse al juez ordinario en el estudio de un caso que, por su naturaleza jurídica, le compete. Su misión, entonces, es la de vigilar si la providencia conlleva la vulneración de los derechos constitucionales del tutelante, en especial, el derecho al debido

proceso y el acceso a la administración de justicia. De allí se infiere que la tutela no es un mecanismo que permita al juez constitucional anular decisiones que no comparte o reemplazar al juez ordinario en su tarea de interpretar las normas conforme al material probatorio del caso, sino que le permite determinar si la actividad judicial estuvo conforme o no al ordenamiento constitucional”.

[27] J. BELL “Sources of Law”, en P. BIRKS (ed.). English Private Law, I, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1, 29. Citado en Revista Derecho del Estado Número 21, diciembre de 2008.

[28] Consultar, entre otras, las Sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, T-522 de 2001, T-082 de 2002, T-468 de 2003, T-838 de 2007, T-109 de 2009, C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

[29] Consultar, entre otras, las Sentencias T-1025 de 2002 y T-468 de 2003. Precisamente, en la última de las citadas sentencias, se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

[30] En relación con este punto, la Corte ha sostenido que: “Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. // Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual. // De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento”. Sentencia T-1025 de 2002.

[31] Sentencia C-104 de 1993.

[32] Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-468 de 2003, T-014 de 2009 y T-441 de 2010.

[33] Consultar, entre otras, la Sentencia T-918 de 2010.

[34] Sentencia T-1025 de 2002.

[35] Consultar, entre otras, las Sentencias T-468 de 2003, T-688 de 2003, T-698 de 2004, T-330 de 2005, T-440 de 2006, T-049 de 2007, T-571 de 2007 y T-014 de 2009.

[36] En sentencias de constitucionalidad como la C-634 de 2011 y la C-816 de 2011 se ha establecido que “los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutoria (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las

autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior”.

[37] Consultar, entre otras, la Sentencia T-292 de 2006.

[38] Consultar, entre otras, la Sentencia T-1092 de 2007.

[39] Según la jurisprudencia de esta Corporación, la correcta identificación de la ratio decidendi se produce cuando: “i) la sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico.” Sentencia T-292 de 2006.

[40] *Ibíd.*

[41] Sentencia T-117 de 2007.

[42] Consultar, entre otras, la Sentencia T-569 de 2008.

[43] Sentencia C-179 de 2006. En dicha providencia se señaló, a modo de complemento, que “la facultad discrecional (...) para retirar del servicio a funcionarios vinculados a la Policía Nacional o a miembros de las Fuerzas Militares por razones del servicio no puede considerarse omnímoda pues, como se señaló, en un Estado social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen como son garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado”.

[44] Consultar, entre otras, la Sentencia C-525 de 1995 y C-193 de 1996.

[45] Sentencia C-564 de 1998.

[46] Sentencia C-179 de 2006.

[47] *Ibíd.*

[49] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consultar, así mismo, la Sentencia T-655 de 2009 de la misma Sala de Revisión sobre el tema.

[50] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[51] Cfr. Sentencia SU-047 de 1999.

[52] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[53] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[54] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[55] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[56] M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[57] M.P. Andrés Mutis Vanegas (E).

[58] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Sentencia en mención, que fue reiterada posteriormente en las SU-172 de 2015 y SU-288 de 2015, compendió la jurisprudencia constitucional anterior que abordaba el tema de la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo, señalando las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad, resaltando la función constitucional de la Policía Nacional y haciendo un seguimiento a la línea jurisprudencial existente en la materia -que incluye tanto fallos de control abstracto de constitucionalidad como de control concreto- en contraste con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado.

[59] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas

residentes en Colombia.

[60] Consultar, entre otras, la Sentencia T-827 de 2007.

[61] Artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000.