

Sentencia T-824-09

RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Llamamiento a calificar servicios

POLICIA NACIONAL-Retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios y requisitos para la desvinculación

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Motivación del acto administrativo

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables conforme a la Constitución

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

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL Y FUERZAS MILITARES-Vulneración del debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia por carecer de motivación el acto administrativo de retiro

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Orden al Ministro de Defensa Nacional de motivar el acto administrativo de retiro y poner a disposición el informe de la Junta Asesora que recomendó el retiro del servicio

RETIRO DISCRECIONAL POR RAZONES DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Orden al Ministro de Defensa y al Director General de la Policía Nacional someter a consideración la petición de reconsideración; expedir certificaciones y remitir a la Policía Nacional la petición interpuesta

Referencia: expediente T-2291246

Acción de tutela de María Elena Gómez Méndez contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "C", el tres (3) de marzo de dos mil nueve (2009), en primera instancia, y el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, el veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. La señora María Elena Gómez Méndez interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, por considerar que las accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al buen nombre. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:¹

1.1. María Elena Gómez Méndez ingresó a la Escuela de Cadetes de Policía General Santander el veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa (1990). Luego de diversos ascensos, el primero (1º) de diciembre de dos mil cuatro (2004) le fue otorgado el

grado de Mayor.

1.2. Señaló que el cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008), la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional², dispuso: “previa evaluación de su trayectoria profesional, [la Junta Asesora] acordó por unanimidad no recomendar su nombre al gobierno nacional para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso -Academia Superior de Policía 2009-” (fls. 114 y 349 Cdno.1).

1.3. Por lo anterior, a través de comunicaciones de fecha diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008), solicitó en escrito independiente al Director General de la Policía Nacional y al Ministro de Defensa Nacional, reconsideraran la decisión de no llamarla al concurso previo al curso de capacitación para ascenso. (fls. 115 y 119 Cdno. 1).

Como fundamento de sus derechos de petición, la actora señaló lo siguiente: (i) había prestado servicio como oficial de la Policía Nacional durante dieciocho (18) años; (ii) nunca fue objeto de sanciones disciplinarias o penales ni de investigaciones formales; (iii) no tenía anotaciones negativas en su hoja de vida. A lo largo de su trayectoria en la institución policial recibió diferentes exaltaciones, reconocimientos y calificación de su desempeño como excepcional. La demandante igualmente destacó la importancia de algunos cargos ocupados en la Policía Nacional y de las operaciones en las que participó. Finalizó sus peticiones con el aparte que se transcribe:

“Con el mayor respeto, solicito [a mi General y al señor Ministro de Defensa] que al momento de revisar los argumentos aquí expuestos, se tome en cuenta mi perfil profesional personal y no se mire la familiaridad que me une con mi hermano el señor BG. (R) Jesús Antonio Gómez Méndez, quien lamentablemente se haya incurrido en hechos de conocimiento público; uno tiene la posibilidad de escoger a sus amigos, pero nunca a sus hermanos, situación fáctica que es muy similar a la que han tenido que vivir otros funcionarios públicos”. (fls. 117 y 121 Cdno. 1).

1.4. Mediante oficios del treinta (30) de diciembre de dos mil ocho (2008) y veintisiete (27) de enero de dos mil nueve (2009), el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, respectivamente, le informaron que la anterior petición sería presentada en la primera Junta Asesora del año dos mil nueve (2009). A la fecha de interposición de

la acción de tutela, veintitrés (23) de febrero de dos mil nueve (2009), la accionante aún no había recibido otra respuesta (fl. 122 y 123 Cdno. 1).

1.5. Por medio de decreto 4860 del treinta (30) de diciembre de dos mil ocho (2008), el Ministro de Defensa Nacional la llamó a calificar servicios (fl. 125 Cdno. 1).

1.6. El diecinueve (19) de enero del presente año, formuló derecho de petición frente al Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, en el que solicitó le informaran en forma detallada y amplia los motivos por lo cuales la Junta Asesora no recomendó su nombre al concurso previo para ascenso al grado de Teniente Coronel. Del mismo modo, entre otras cosas, pidió copia del acta que levantó la Junta Asesora y de los documentos de soporte presentados en su caso. De estas solicitudes, afirmó no haber recibido respuesta alguna (fl. 128 Cdno. 1).

1.7. Sostuvo que mediante oficio de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil nueve (2009), la Policía Nacional le informó que “no se halló registro alguno respecto de investigaciones de inteligencia o contrainteligencia adelantadas durante [su] trayectoria profesional”.

1.8. Indicó, que laboró aproximadamente dieciocho (18) años y dos (2) meses al servicio de la Policía Nacional. En dicho tiempo se desempeñó en diversas dependencias, siendo el último cargo ocupado el de jefe de la oficina de registro y control de la Escuela de Cadetes de Policía General Santander.

1.9. Afirmó que durante el tiempo que permaneció en la institución policial obtuvo veintidós (22) condecoraciones y recibió noventa y una (91) felicitaciones por razones tales como buen desempeño laboral, consagración al trabajo, dominio y conocimiento del trabajo, y espíritu de colaboración. Indicó que alcanzó los títulos académicos de profesional en criminalística, administradora de empresas y administradora policial. Igualmente, que realizó distintos cursos de formación, todo lo cual, a su juicio, “evidencia [su] permanente afán de mejoramiento profesional y personal”.

1.10. Manifestó que su desempeño policial, y en especial su trayectoria profesional en el grado de Mayor, había sido calificado en distintas ocasiones como excepcional. Así mismo, que no registraba antecedentes disciplinarios en la

Procuraduría General de la Nación ni en la Policía Nacional.

1.11. Aseveró que entre los noventa y tres (93) oficiales del curso número sesenta y dos (62), ocupaba el sexto (6°) puesto del escalafón, y el primero (1°) entre las mujeres. No obstante lo anterior, los ochenta y ocho (88) oficiales situados en una posición inferior, fueron llamados al concurso previo al curso de capacitación para ascenso Academia Superior de Policía año 2009, mientras que ella, sin motivación alguna, no lo fue.

1.12. Expresó que el dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), contrajo matrimonio con Luís Álvaro Padilla Ávila, con quien procreó dos hijos que aún hoy son menores de edad. Aseguró que su esposo se encontraba desempleado, razón por la cual ella era jefe de hogar, dependiendo su familia de la remuneración recibida como Mayor de la Policía Nacional (\$3.602.612), única fuente de ingresos.

1.13. Con fundamento en los hechos descritos, la señora María Elena Gómez Méndez solicitó ante el juez de tutela, que dejara sin efectos el decreto 4860 de diciembre treinta (30) de dos mil ocho (2008) y ordenara: (i) al Ministerio de Defensa Nacional, (i.a) el reintegro sin solución de continuidad al mismo grado y cargo que desempeñaba y; (i.b) el pago de todos los haberes dejados de percibir por razón del retiro y hasta que se produjere el reintegro, debidamente indexados. (ii) a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, (ii.a) evaluara nuevamente, de manera objetiva y racional, su trayectoria profesional y personal durante el tiempo que se desempeñó como mayor de la policía; (ii.b.) con base en la anterior evaluación, recomendara su nombre al Gobierno Nacional para realizar el concurso previo al curso de capacitación para ascenso a Teniente Coronel año dos mil nueve (2009) y; (ii.c) dispusiera su participación en el curso de ascenso para el año dos mil diez (2010), esto en caso de estar avanzado el concurso previo año dos mil nueve (2009).

Concreción de los cargos formulados por la accionante. Sobre el concepto de violación a los derechos fundamentales invocados indicó:

2. La Junta Asesora violó su derecho fundamental al debido proceso, en síntesis, porque: (i) no realizó un estudio exhaustivo, concienzudo y cabal de su hoja de vida y trayectoria profesional y personal; (ii) la decisión de no recomendarla para que fuese llamada al concurso previo al curso de ascenso para Teniente Coronel carecía por completo de

motivación y se alejaba de la realidad que mostraba su trayectoria profesional; (iii) los motivos que fundaron la anterior decisión, no le fueron comunicados, lo que impidió controvertirlos y ejercer su derecho de defensa. (Se cita las sentencias T-995 de 2007 y T-1168 de 2008).

Además, las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales (i) al buen nombre, porque el llamamiento a calificar servicios en las circunstancias que rodearon su caso inducía a pensar que fue una persona negligente, irresponsable y sin vocación de servicio, generando reprobación entre sus superiores, compañeros y subalternos; (ii) al mínimo vital, porque tanto ella como su familia dependían de los ingresos percibidos en la institución policial; (iii) al trabajo, porque no obstante su desempeño sobresaliente, no podía continuar la labor para la cual se había preparado buena parte de su vida. (Se cita la sentencia T-995 de 2007).

Intervención de las entidades accionadas.

3. La Policía Nacional, por intermedio de Maria del Pilar de Francisco Aldana, jefe del área jurídica de la Secretaria General de la institución, se opuso a la prosperidad del amparo constitucional con base en los argumentos que a continuación se resumen:

3.1. La acción de tutela es improcedente, (i) como mecanismo principal, porque la accionante contaba con otro medio de defensa judicial consistente en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) como mecanismo transitorio, porque la demandante no demostró ni probó la existencia de un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales y; (iii) por no observar el principio de inmediatez, pues la peticionaria dejó “transcurrir más de dos (2) meses desde la fecha en que se produjo la novedad de retiro” (Se cita la sentencia T-764 de 2003).

3.2. El retiro del personal uniformado de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios³ difiere del retiro por facultad discrecional del Gobierno Nacional o del Director General en aras del mejoramiento del servicio⁴. La institución policial simplemente aplicó a la accionante el retiro por llamamiento a calificar servicios, norma positiva que prevé la situación específica de retiro del servicio por el cumplimiento del lapso preestablecido en la ley.

3.3. No se vulneró el derecho constitucional al buen nombre de la demandante por cuanto su retiro de la institución se encontraba basado en razones de renovación de personal y no implicaba despido ni exclusión infamante o desdorosa.

4. Tanto el Ministerio de Defensa Nacional como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, guardaron silencio en el trámite del proceso de tutela.

Del fallo de primera instancia.

5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante providencia del tres (3) de marzo de dos mil nueve (2009), negó por improcedente el amparo constitucional solicitado. Como fundamento de su fallo, el Tribunal señaló:

5.1. El decreto que dispuso el retiro de la accionante se motivó "en las razones del servicio apreciadas por [la Junta Asesora] y el Gobierno Nacional y, en la fundamentación legal expresada por la autoridad nominadora, lo cual podría ser revisado dentro del debido proceso de la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho"(fl. 177 Cdo. 1).

5.2. La peticionaria, en el proceso contencioso administrativo, puede obtener la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que dispuso su retiro. Adicionalmente, la acción de tutela resulta "improcedente (...) al no acreditarse la inmediata violación de los preceptos constitucionales invocados" (fl. 179 Cdo. 1).

5.3. El debido proceso de la actora se respetó ya que el acto administrativo atacado por vía constitucional sí estuvo motivado, lo cual se puede apreciar en "la expresión de que las decisiones fueron expedidas con sujeción a la normatividad legal que las regía, respecto de la trayectoria profesional o de servicios y la situación verificada en la hoja de vida de la accionante, quien fue notificada y pudo ejercitar los recursos judiciales ordinarios procedentes" (fl. 179 Cdo. 1).

5.4 Los derechos de petición formulados por la demandante frente a las accionadas, le fueron contestados y notificados.

Impugnación.

6. La demandante impugnó la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos esgrimidos en su primera intervención y añadiendo los que pasan a exponerse:

6.1. El a quo, en su decisión, consideró que existe otro medio de defensa judicial. No obstante, desconoció que la acción de tutela se interpuso como mecanismo transitorio a efectos de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.

6.2. La causal de retiro consistente en el llamamiento a calificar servicios consagrada en la ley 857 de 2003 es aplicable siempre y cuando se busque el reemplazo de oficiales por otros más capacitados en aras de mejorar la labor de la institución, lo que no sucede en su caso pues de su hoja de vida y trayectoria como oficial se desprende que pertenece al rango de uniformados con calificación excepcional.

6.3. De acuerdo a la interpretación realizada en la sentencia C-179 de 2006, la facultad de retiro discrecional contemplada en la ley 857 de 2003 y el decreto 1790 de 2000, no puede ser confundida con la arbitrariedad.

6.4. Las razones del servicio que dan lugar al retiro, deben ser determinadas por la Junta Asesora, realizando un estudio serio y concienzudo de la hoja de vida del uniformado, aspecto que fue desconocido por la anotada Junta.

6.5. Resulta agresivo y arbitrario que se adopte una medida de desvinculación cuando está pendiente una solicitud de reconsideración de la decisión de no llamamiento a curso de ascenso.

6.7. El a quo, además, no tuvo en cuenta que (i) es madre cabeza de familia; (ii) está asumiendo todos los gastos de manutención del hogar; (iii) no existe en la vida civil cargo equivalente al que desempeñaba, y para el cual se preparó profesionalmente en la Policía Nacional.

Del fallo de segunda instancia.

7. El veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, decidió revocar la decisión de primera instancia que negó por improcedente la acción de tutela y, en su lugar, negó el amparo

invocado. Fundamentó su fallo en los argumentos que en seguida se resumen:

7.1. Si bien existe otro medio de defensa judicial (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) que hace en principio improcedente la acción de tutela, es pertinente el estudio del amparo constitucional como mecanismo transitorio, toda vez que la actora manifestó que su esposo está desempleado y tanto él como los demás miembros del núcleo familiar dependen económicamente de los ingresos que percibe la accionante como servidora de la Policía Nacional.

7.2. No puede afirmarse que se haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la demandante, pues (i) la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional del Gobierno Nacional que no exige motivación⁷ y; (ii) en el caso de la accionante se siguieron las prescripciones legales para el llamamiento a calificar servicios y la asignación mensual de retiro personal de oficiales y suboficiales de las Fuerza Pública⁸.

7.3. El retiro del servicio de la accionante no fue producto de ninguna investigación penal o disciplinaria, por ello, “no entiende la Sala como el buen nombre esté siendo amenazado o vulnerado. Aquí se trata de un acto puramente discrecional cuya legalidad no ha sido desvirtuada” (fl. 394 Cdno 1).

Insistencia presentada por el Magistrado de la Corte Constitucional Jorge Iván Palacio Palacio.

8. El Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en los términos del artículo 51 del reglamento de la Corte Constitucional, solicitó la revisión del presente caso, pues a su juicio, la Corte debe determinar: (i) si conforme a los alcances del debido proceso, el acto que llama a calificar servicios a un miembro de la Policía Nacional requiere de algún tipo de motivación; (ii) si dentro de las posibles motivaciones exigibles a la Policía Nacional y a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, se encuentran el mérito de los oficiales y suboficiales; (iii) si, tal como lo señala la demandada, existen diferencias sustanciales entre la facultad de retiro por razones de mejoramiento del servicio y el llamado a calificar servicios previstos en la ley 857 de 2003, teniendo en cuenta que sobre la primera, esta Corporación se pronunció en las sentencias T-995 de 2007, T-1173 de 2008 y T-1168 de 2008.

Intervención de la accionante ante la Corte Constitucional

9. El dieciséis (16) de octubre de dos mil nueve (2009), la peticionaria radicó en la Secretaría General de la Corte Constitucional, un escrito en el cual reiteró los argumentos expuestos en las instancias y añadió unos hechos nuevos y algunos criterios jurídicos sobre estos. Del mismo modo, la accionante pidió a la Corporación el decreto y práctica de pruebas relacionadas con los hechos expuestos en Revisión.

La Sala, amparada en las competencias y facultades que ostenta como Juez Constitucional de Revisión, sólo tendrá en cuenta en esta ocasión la intervención de la accionante, en cuanto se refiera a los hechos objeto de debate en las instancias y a los aspectos jurídicos derivables de los mismos.

Lo anterior no obsta, como es apenas obvio, para que los criterios de la Sala puedan llegar a coincidir con los expresados por la demandante en Revisión, máxime cuando estos se basen en jurisprudencia sentada por esta Corporación.

En consideración a lo expresado, y por sustracción de materia, la Sala niega el decreto de las pruebas solicitadas por la accionante.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación.

a. Problema jurídico planteado⁹.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión, luego de establecer la procedibilidad formal de la presente acción de tutela, determinar: (i) si el acto administrativo proferido por el Ministro de Defensa Nacional por medio del decreto 4860 del 30 de diciembre de 2008, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de

justicia de la accionante, al no indicar de manera expresa las razones que lo llevaron a desvincularla del servicio activo de la Policía Nacional y; (ii) si el Ministro de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional vulneraron el derecho fundamental de petición de la demandante al no dar respuesta de fondo a las solicitudes por ella elevadas.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala se pronunciará sobre los fundamentos normativos del retiro del servicio activo de los oficiales de la Policía Nacional, en este último caso por la causal de llamamiento a calificar servicios. Así mismo, la Corte se referirá a la motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su vinculación con el derecho fundamental al debido proceso. Finalmente, analizará el caso concreto.

b. Solución del problema jurídico.

Fundamentos normativos del retiro del servicio activo de los oficiales de la Policía Nacional. Retiro por llamamiento a calificar servicios.

1. El artículo 216 de la Constitución Política señala que la fuerza pública está integrada “en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional”.¹⁰ Por su parte, el artículo 218 del mismo texto normativo, indica que “[l]a Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil”, cuyo principal fin constitucional es el mantenimiento de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de la convivencia pacífica en el territorio nacional.

Del mismo modo, el Constituyente de 1991, atendiendo a la naturaleza y funciones de la fuerza pública, previó un régimen especial de “carrera, prestacional y disciplinario” para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Art. 217 y 218 C.P.).

1.2. De conformidad con la normatividad constitucional reseñada, el legislador ordinario y extraordinario ha dictado diversas disposiciones legales, orientadas a reglar el ingreso, los ascensos y el retiro de los servidores públicos que hacen parte de la fuerza pública. Así, el decreto 1791 de 2000 modificó las normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales y agentes de la Policía Nacional, consagrando en el Capítulo VI, lo atinente a la suspensión, retiro, separación y reincorporación de los

miembros del cuerpo armado que se comenta.

1.2.2. Según lo dispone el artículo 54 del decreto 1791 de 2000, el retiro del servicio activo de la Policía Nacional “Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio”¹¹. Igualmente, el artículo 55 consagra las causales de retiro, incluyendo dentro de ellas el llamamiento a calificar servicios¹². Por su parte, los artículos 1 y 3 de la ley 857 de 2003, precisan las condiciones en las que resulta procedente este tipo de retiro y la forma en que se realiza, mientras que el decreto 4433 de 2004, expresa en su artículo 24 lo relativo a la asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

En lo pertinente, el artículo 1° de la ley 857 de 2003 señala:

“(…) El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

(…)

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.”

En armonía con lo anterior, el artículo 3 de la misma ley¹³ prescribe:

“Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro”. (Énfasis añadido)

Por su parte, el decreto 4433 de 2004, artículo 24, indica:

“Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: (...)”

Ahora bien, esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la causal de retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios. En sentencia C-072 de 1996 la Corte precisó:

“[E]l llamamiento a calificar servicios (...) [es un] valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.

Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.” (Énfasis añadido)

Así mismo, la citada sentencia indicó que esta modalidad de retiro no se aplica sin más por el simple cumplimiento del término necesario para ser beneficiario de una asignación de retiro, pues ello podría implicar la afectación de la especial protección al trabajo y a la estabilidad en el mismo. Igualmente, la Corte precisó que su ejercicio como una sanción encubierta para eludir el respeto al derecho fundamental al debido proceso, contradice este último postulado constitucional.

En esa oportunidad, la Corte expresó:

“La Corte encuentra inicialmente que la disposición acusada no obliga al Ejecutivo ni a la Policía Nacional a efectuar el llamamiento a calificar servicios cuando el oficial o suboficial haya cumplido los quince años en la Institución

Tal entendimiento de la norma, que es el aducido por el impugnador, implicaría en efecto una abierta violación de la Carta Política, en especial de sus artículos 25 y 53, si se aceptara que el llamamiento a calificar servicios es apenas una forma de desvinculación laboral, pues, sobre esa base, el obligado retiro del empleo, sin razón justificativa distinta al tiempo de servicios y sin el beneficio de la pensión, significaría un franco desconocimiento de la protección especial al trabajo y de la estabilidad en el mismo. También podría resultar violado el artículo 29 de la Constitución, si el llamamiento a calificar servicios se tomara como una sanción, por carencia de unas razones previamente definidas en la ley y por ausencia absoluta del debido proceso y en particular del derecho de defensa (...)” (Énfasis añadido).

En síntesis, el retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, es una modalidad de desvinculación adoptada mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional, que implica el cese de la obligación de prestar servicios a la institución¹⁴. Esa modalidad de desvinculación procede cuando se dan los requisitos objetivos de retiro, a saber: (i) que el oficial haya cumplido el tiempo de servicio que prescribe el ordenamiento jurídico para acceder a una asignación de retiro y; (ii) que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional haya dado su concepto previo favorable¹⁵. Así mismo, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia, el llamado a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía

Nacional y la búsqueda de los fines que la constitución ha confiado a dicha institución, razón por la cual (i) no puede ser ejercida con otra finalidad y; (ii) debe sustentarse en razones del buen servicio ya que de lo contrario podría implicar la afectación de la especial protección al trabajo y a la estabilidad en el mismo.

La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su vinculación con el derecho al debido proceso.

2. El artículo 29 de la Constitución Política prescribe que el “debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Igualmente, la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado de forma constante que una de “entre tantas manifestaciones de la garantía del derecho al debido proceso, es que los actos administrativos emitidos por cualquier autoridad pública que contengan alguna determinación que implique la disposición de derechos, posea un mínimo de motivación¹⁶, ya que ello constituye la salvaguarda del derecho a la defensa expresada en el ejercicio de la contradicción”¹⁷.

Del mismo modo, ha establecido que tratándose de facultades discrecionales, si bien el deber de motivación se encuentra limitado no exceptúa a la administración, de señalar al menos sumariamente la adecuación de los fines de la norma que autorizó el ejercicio de tales facultades, con los hechos que determinan su aplicación¹⁸.

2.1. En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la discrecionalidad que revisten los actos de retiro de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional¹⁹. Sobre este tópico, ha sostenido que la referida discrecionalidad tiene pleno respaldo constitucional, pues dada las especiales características de estos cuerpos armados y la necesidad de “garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública,²⁰” la discrecionalidad en los actos de retiro constituye “un instrumento normal, y por lo demás necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones.²¹”.

No obstante, la jurisprudencia de este Tribunal ha estimado que la discrecionalidad de los actos de retiro no es absoluta, y por ello, no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública, ni el derecho fundamental al debido proceso. Así, en

sentencia T-1173 de 2008, en un caso sometido a un escenario constitucional similar al presente, la Corte indicó: “La proscripción de los poderes ilimitados, propia del Estado Social y Constitucional de Derecho, tiene como consecuencia directa para el problema jurídico que se estudia, que cualquier facultad discrecional debe sujetarse a determinadas condiciones para que no devenga en arbitrariedad. // Por tales razones, la separación entre conductas arbitrarias y facultades discrecionales debe establecerse a partir del principio de legalidad, y del respeto por el debido proceso”.

En el mismo orden de ideas planteado, este Tribunal Constitucional en sentencia C-179 de 2006, manifestó:

“[L]a jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. 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. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.”

De ahí que la Corte haya sostenido de forma constante, que la consideración anterior se refleja en tres aspectos que deben confluir para que un acto de retiro discrecional se ajuste al ordenamiento constitucional, estos son: “(i) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad²²; (ii) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo²³; y (iii) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso”²⁴.

Ahora bien, la Corte ha sostenido que la motivación del acto administrativo a través del cual se adopta la decisión de retiro, debe contener de manera expresa, clara y precisa las razones de hecho y de derecho que sustentan la medida, ya que es justamente con base en dichos argumentos que el afectado puede efectivizar su derecho de defensa en esa instancia y, en el evento de no estar de acuerdo con ella, acudir a la justicia contenciosa administrativa para solicitar el amparo de sus derechos²⁵.

En línea con lo anterior, es preciso recordar la sentencia T-1168 de 2008. En ella la Corte estudió la situación de cuatro uniformados de la Policía Nacional a quienes se les retiró del servicio activo de dicha institución, mediante un acto administrativo desprovisto de motivación. Al sentar las bases jurisprudenciales de su decisión, este Tribunal indicó:

“La motivación de los actos administrativos es una garantía que evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas, pues es lo que permite a los jueces respectivos en el evento en que deban realizar su control, determinar si estos se ajustan a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. Es, asimismo, una salvaguarda del derecho al acceso a la administración de justicia, pues la motivación permite al ciudadano censurar la actuación ante la respectiva jurisdicción, pues a falta de ésta el acceso se vería obstaculizado, en la medida en que no contaría con elementos de juicio para reprochar el acto que le afectó sus derechos.

(...)

La motivación constituye así un medio de control del acto administrativo que debe ser suficiente, “esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”²⁶ el cual no se satisface con el señalamiento de un concepto jurídico indeterminado, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de un determinado caso. (Énfasis añadido)

2.2. La jurisprudencia hasta aquí referida, como ya se indicó en la sentencia T-297 de 2009²⁷, es plenamente aplicable a la causal de retiro prevista en los artículos 2 de la Ley 857 de 2003 y 55 del decreto 1791 de 2000²⁸, lo es además por tratarse la decisión de desvinculación por llamamiento a calificar servicios de un acto discrecional susceptible de enjuiciamiento y sometido en todo caso a su correspondencia con la

norma superior, y a los fines del buen servicio confiados a la Policía Nacional.

Así las cosas, se tiene que, en síntesis, la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen pleno respaldo constitucional. No obstante, esta potestad no es absoluta, pues, un acto de retiro discrecional solo se ajusta a la Constitución cuando (i) es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) se encuentra debida y suficientemente motivado, de conformidad con el concepto previo emitido por la Junta Asesora o comité de evaluación, según el caso y; (iii) existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública²⁹. Igualmente, el acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la fuerza pública, debe estar debidamente motivado, pues él contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

c. Del caso concreto.

Revisión de los fallos de instancia.

1. Esta Sala de Revisión determinará la procedibilidad formal de la acción de tutela. Posteriormente establecerá si la presente acción constitucional es procedente materialmente para amparar los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y petición de María Elena Gómez Méndez, presuntamente vulnerados por las accionadas.

De la procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso.

2. Conforme lo ha sostenido esta Corporación en diversas oportunidades, en el evento en que existan otros mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, la acción de tutela no resulta procedente, salvo que dichos mecanismos de protección ya se encuentran agotados, o no estándolo, no sean idóneos para lograr el amparo iusfundamental. Dado lo anterior, a juicio de esta Sala, la presente acción de tutela es procedente frente al acto administrativo que dispuso el retiro de la accionante, toda vez que a pesar de contar la demandante con otros medios de defensa judicial para impugnar la decisión del Ministro de Defensa Nacional, estos no son idóneos para proteger el derecho invocado.

Y es que, ciertamente, la pretensión de tutela se encamina a garantizar la efectividad del derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria. Así las cosas, la vía constitucional de protección implica establecer si es procedente o no, disponer la motivación del acto administrativo mediante el cual se adoptó su retiro, ya que de no considerarse esa posibilidad, la accionante carecería de los elementos de defensa suficientes para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa³⁰.

Ahora bien, en relación con la acción de tutela frente a las actas números 013 y 015 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional suscritas el 5 de diciembre de 2008, el amparo constitucional invocado resulta improcedente, pues la presente acción no reúne los requisitos que exige la jurisprudencia de este Tribunal para acceder al amparo iusfundamental contra actos de trámite.

Así, al tratarse las aludidas actas de la Junta Asesora de actos de trámite³¹, el amparo sólo procedería en el evento en que, además de verificarse la afectación a un derecho fundamental, la actuación administrativa de la cual hace parte el acto cuestionado no haya concluido³². En el asunto sub iudice, es claro, como lo evidencia la planilla vista a folio 341 del cuaderno principal, que el proceso en el cual participaba la actora para ser llamada a concurso previo al curso de capacitación para ascenso año 2009 ya concluyó, pues allí se consigna el nombre de los oficiales que efectivamente fueron llamados a tal concurso, así como el de los que no lo fueron. Del mismo modo, la acción constitucional es improcedente para impugnar el acta que recomendó llamar a calificar servicios a la peticionaria, pues el acto administrativo que acogió dicha recomendación ya se expidió (fl. 361 Cdo 1).

De los requisitos materiales de procedencia de la acción de tutela en el presente asunto.

3. En atención a los criterios jurisprudenciales expuestos en los fundamentos normativos de este fallo y a los hechos probados en el trámite de amparo, la Sala pasa a determinar si el Ministerio de Defensa Nacional, vulneró el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de María Elena Gómez Méndez.

Según lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia, el acto administrativo que dispone el retiro del servicio activo de la Policía Nacional de un uniformado por

llamamiento a calificar servicios, ha de estar debidamente motivado pues es justamente con base en los argumentos allí expuestos que el afectado puede efectivizar sus derechos a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según se demostró, en reunión celebrada el 05 de diciembre de 2008 -acta 015 del mismo año-, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, señaló:

“RETIROS

(...)

b) Por llamamiento a calificar servicios. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1,2 numeral 4 y artículo 3 de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, se propone retirar del servicio activo por llamamiento a calificar servicios al siguiente personal de oficiales quienes cumplen los requisitos establecidos para hacerse acreedores a la asignación de retiro, así:

(...)

MY MARÍA ELENA GÓMEZ MÉNDEZ

(...)

Se somete a consideración de la Junta Asesora y al no haber objeción alguna se recomienda y aprueba por unanimidad.”(fl. 352 a 353 ib. 1)

De otro lado, se encuentra probado que mediante el decreto 4860 del 30 de diciembre de 2008, “previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional”, se retiró del servicio activo de esa institución a la accionante “POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS (...), de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2 numeral 4° y 3° de la Ley 857 de 2003, a partir del 15 de enero de 2008.”(fl. 361 ib.)

Por su parte, la demandante cumplió una intensa actividad probatoria en la que demostró que tenía una trayectoria profesional sobresaliente y una alta evaluación y clasificación de desempeño que hacía inferir su buena prestación del servicio a la institución

policial pues (i) había recibido múltiples reconocimientos, entre ellos calificación excepcional como Mayor de la Policía Nacional, otorgamiento de lista uno, 22 condecoraciones, 91 felicitaciones, el desempeño en cargos de significativa responsabilidad (fls. 32 a 38 y 59 a 113 ib.) y, (ii) no se encontraba incurso en investigaciones o sanciones disciplinarias o penales.

Es evidente entonces, que la decisión adoptada por el Ministro de Defensa Nacional en el acto administrativo 4860 del 30 de diciembre de 2008, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la demandante, pues allí no se observa una motivación suficiente en la que se expresen las razones del buen servicio que funden una decisión de esa magnitud, habida cuenta de la ya señalada calificación profesional de la accionante, que como se dijo, hacía inferir su buena prestación del servicio a la institución policial. Y es que como se indicó en precedencia, el llamamiento a calificar servicios es un acto de retiro discrecional que solo se ajusta a la Constitución cuando es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, está debida y suficientemente motivado, y existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública, requisitos que se echan de menos en el presente caso.

Al no expresarse en el decreto 4860 del 30 de diciembre de 2008 los motivos de fondo por los cuales se tomó la anotada determinación, se le negó a la accionante la posibilidad de conocer las razones que, no obstante su destacada carrera profesional, llevaron a su retiro de la institución, razón por la cual, además, se obstruyó la efectivización de sus derechos a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Puestas así las cosas, la Corte revocará las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de marzo de 2009 y por el Consejo de Estado el 22 de abril de 2009, que negaron el amparo solicitado dentro del presente trámite y, en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de María Elena Gómez Méndez.

Como ha quedado acreditado que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró el derecho al debido proceso de María Elena Gómez Méndez al omitir su deber de motivar en debida forma el acto administrativo mediante el cual decidió retirarla del servicio activo

de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, esta Corporación, en armonía con lo dispuesto en las sentencias T-569 de 2008, T-1173 de 2008, T-297 de 2009 y T-456 de 2009, ordenará al Ministro de Defensa Nacional, que dentro de las 72 horas siguientes a notificación de esta providencia, motive el decreto 4860 del 30 de diciembre de 2008 por medio del cual llamó a calificar servicios a la oficial María Elena Gómez Méndez, y ponga a disposición de la accionante el informe con fundamento en el cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, recomendó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios³³. Si vencido el término concedido no se hubiere producido la motivación del acto administrativo, la señora María Elena Gómez Méndez, deberá ser reintegrada de inmediato a la Policía Nacional³⁴.

4. La Sala pasa a determinar si el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, vulneraron el derecho fundamental de petición de María Elena Gómez Méndez.

La Corte considera que no existe prueba alguna de que se haya dado una efectiva respuesta a los derechos de petición de fecha diciembre 10 de 2008, dirigidos al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía Nacional, en los que la actora pidió a dichas autoridades se reconsiderara la decisión tomada por la Junta Asesora en cuanto no recomendó su nombre para ser llamada al concurso previo al curso para ascenso al grado de Teniente Coronel año 2009 (fl. 115 y 119 ib.).

En efecto, aunque el Ministerio de Defensa Nacional respondió a la accionante el 30 de diciembre de 2008 señalando que “se procede a remitir su requerimiento al Director General de la Policía Nacional de Colombia para que por su intermedio se prevea la posibilidad de someter su solicitud a consideración del citado cuerpo colegiado [Junta Asesora] en una futura sesión y comunique además su respuesta” (fl. 123 ib.), mientras que la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional en oficio de 29 de diciembre de 2009, le comunicó a la actora que “su solicitud será presentada ante la próxima Junta Asesora a realizarse en el año 2009, estando la fecha por confirmar y para lo cual le será informado” (fl. 118 ib.), respuesta que reiteró en escrito de 27 de enero del mismo año (fl. 122 ib.), sin que hasta la fecha se haya procedido en consecuencia. Así lo expresó la accionante en afirmación que no fue desmentida por las accionadas en el trámite de tutela.

La Corte, por tanto, ordenará al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía Nacional, que, si aún no lo ha hecho, dentro de los 30 días calendario contados a partir de la notificación de este fallo, bien sea en el curso de una sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, o en una extraordinaria que convoquen para el efecto, procedan a someter a consideración de dicha Junta la petición de reconsideración elevada por la accionante, lo anterior en la medida que aseguraron a la actora que su solicitud iba a ser presentada a dicha Junta sin que a la fecha exista prueba de que se haya procedido en ese sentido³⁵.

Igualmente, la demandante formuló derechos de petición ante el Ministro de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional el día 19 de enero de 2009, en donde solicitó le informaran las razones que tuvo en cuenta la Junta Asesora para no recomendar su nombre para ser convocada al concurso previo para ascenso año 2009, y se le entregara copia del acta que se levantó y de los documentos de soporte presentados en su caso (fls. 127 y 128 ib.). Observa la Sala que estas peticiones debieron dirigirse directamente a la Junta Asesora pues fueron los miembros de ella en su conjunto los que decidieron no recomendar su nombre para el aludido concurso, por esta razón, la Corte ordenará al Ministerio de Defensa Nacional y al Director de la Policía Nacional, que remitan a la Junta Asesora la solicitud interpuesta, para que esta última, dentro del mismo término y sesión señalada en el acápite anterior, se pronuncie, si aún no lo ha hecho, sobre la solicitud de la actora.

En las peticiones reseñadas de enero 19 de 2009, la actora solicitó, además, al Ministerio de Defensa Nacional y a la Policía Nacional, una serie de certificaciones sobre su calificación y clasificación de desempeño, investigaciones y sanciones de carácter penal o disciplinario adelantadas en su contra, y un extracto de su hoja de vida. Al respecto, la Sala, al no obrar prueba alguna de que la administración haya dado respuesta a estas solicitudes, ordenará a las accionadas, que si aún no lo han hecho, procedan a expedir las certificaciones pedidas por la demandante.

Finalmente, la accionante solicitó el 19 de enero de 2009 al Director de Inteligencia de la Policía Nacional, le informara sobre las investigaciones de inteligencia o contrainteligencia adelantadas en su contra, así como de los informes presentados a la Junta Asesora que hubieren motivado la decisión de no recomendar su nombre para ascender al grado de

teniente Coronel (fl. 130 ib.). En lo atinente a esta petición, la Sala considera que la misma ya fue respondida formal y materialmente a la accionante, pues la Dirección de Inteligencia Policial, le comunicó que una vez adelantada la búsqueda de la información solicitada, no se halló registro alguno al respecto (fl. 131 ib.).

Por las razones expuestas, la Sala revocará las decisiones de instancia en lo pertinente, y tutelaré el derecho de petición de la actora en la forma recién indicada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias denegatorias de amparo proferidas en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda -Subsección "C"-, el tres (3) de marzo de dos mil nueve (2009), y la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado el veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009) en segunda instancia.

Segundo.- CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia de la señora María Elena Gómez Méndez.

Tercero.- ORDENAR al Ministro de Defensa Nacional que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de este fallo, motive, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia, el Decreto 4860 del 30 de diciembre de 2008 en el que ordenó el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios de la señora María Elena Gómez Méndez, y ponga a disposición de esta, el informe con fundamento en el cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional recomendó el retiro de la peticionaria del servicio activo de la Policía Nacional.

Si vencido el término concedido para motivar el acto administrativo no se hubiere producido el mismo, el Ministro de Defensa Nacional, ordenará inmediatamente el reintegro de la

señora María Elena Gómez Méndez a la Policía Nacional en las condiciones laborales en que se encontraba a la fecha de su desvinculación.

Cuarto.- ORDENAR al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía Nacional, que si aún no lo han hecho, dentro de los 30 días calendario contados a partir de la notificación de este fallo, bien sea en el curso de una sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, o en una extraordinaria que convoquen para el efecto, sometan a consideración de dicha Junta la petición de reconsideración formulada por la accionante el día 10 de diciembre de 2008, conforme a las consideraciones hechas en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- ORDENAR al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía Nacional, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo han hecho, (i) de acuerdo a sus competencias, expidan las certificaciones que solicitó la demandante en los escritos de fecha 19 de enero de 2009 y; (ii) remitan a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional la petición elevada por la accionante el 19 de enero de 2009 en lo que a dicha junta concierna, de acuerdo con los criterios trazados en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- ORDENAR a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, (i) se pronuncie sobre la solicitud de reconsideración de la decisión de no recomendar a la señora María Elena Gómez Méndez para ser llamada al concurso previo al curso para ascenso al grado de Teniente Coronel Academia Superior de Policía año 2009, presentada por la accionante el 10 de diciembre de 2008 y; (ii) responda formal y materialmente el derecho de petición presentado por la señora María Elena Gómez Méndez el 19 de enero de 2009 en el que pidió se le informaran las razones que tuvo en cuenta la Junta Asesora para no recomendar su nombre para ser convocada al concurso previo para ascenso año 2009 y se le entregara copia del acta que se levantó y de los documentos de soporte presentados en su caso.

Será responsable por el adecuado cumplimiento de las órdenes dadas a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, el Ministro de Defensa Nacional, quien encabeza esa Junta.

Séptimo.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-824 de 2009

Referencia: expediente T-2.291.246

Acción de tutela instaurada por Maria Elena Gómez Méndez contra el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en relación con las decisiones adoptadas al fallar la acción de tutela de la referencia. La Sala resolvió conceder a la

peticionaria la tutela de sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, para lo cual le ordena al Ministro de Defensa Nacional que, en el término de 72 horas, motive el decreto en el que dispuso el retiro de la actora por llamamiento a calificar servicios y, así mismo, poner a su disposición el informe que sirvió de fundamento a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para recomendar su retiro.

Aunque en otra oportunidad advertí acerca de la necesidad de probar suficientemente que el llamamiento a calificar servicios encubre la imposición de una sanción, en esta ocasión el motivo de mi discrepancia radica en que dentro de las medidas adoptadas se prevé que si no se motiva el acto administrativo dentro del término otorgado por la Corte, el Ministerio de Defensa deberá reintegrar a la demandante en las mismas condiciones laborales en que se encontraba a la fecha de su desvinculación de la Policía Nacional.

Como se observa, la primera de las órdenes tiene su causa en el hecho de que el retiro no fue motivado y pretende solucionar la vulneración de los derechos en que se incurre por la falta de motivación. A mi juicio, con esta sola orden bastaba para poner remedio a la afectación de los derechos fundamentales, ya que al conocer los motivos determinantes de su retiro la actora tiene la posibilidad de evaluar si los controvierte judicialmente y procura obtener, mediante la instauración de las acciones pertinentes, su reintegro a la Policía Nacional.

La orden por cuya virtud, en caso de que no se motive dentro del término otorgado por la Corte, se debe proceder al reintegro inmediato de la actora no guarda una relación directa con la obligación de motivar e introduce, por lo mismo, un elemento extraño en el razonamiento, por cuanto no tiene conexión lógica con lo primeramente decidido. Una cosa es, en efecto, motivar y otra diferente proceder al reintegro, luego no se ve por qué el reintegro deba ser la consecuencia necesaria de la renuencia a motivar.

Así pues, en caso de que no se produzca la motivación ordenada mediante sentencia de tutela, la demandante tiene a su alcance la posibilidad de promover el incidente de desacato para lograr el cumplimiento de lo dispuesto y derivar de allí las consecuencias jurídicas que sean pertinentes. Sin embargo, la Sala se anticipa a anudar una consecuencia al eventual incumplimiento, pues ordena el reintegro inmediato como

medida concreta no prevista en regulación alguna ni ligada directamente a la causa de la violación de los derechos fundamentales que, se repite, lo es la falta de motivación.

Debo reconocer que la orden de reintegro tiene su fundamento en jurisprudencia anterior citada en la sentencia y por ello me limito a aclarar el voto.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 En este aparte la Sala sigue la exposición de la accionante, pero el orden de los hechos se realiza en la forma que la Corte considera pertinente para una mejor comprensión del caso. La posición de las accionadas será sintetizada a su vez cuando se haga referencia a sus distintas intervenciones en el proceso.

2 En adelante, la Junta Asesora.

3 A su juicio, las características de esta causal de retiro son las siguientes: (i) se encuentra consagrado en el artículo 3 de la ley 857 de 2003, complementado por los artículos 1 y 2 numeral 4 de la misma ley; (ii) debe entenderse en el sentido de ser una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral de un uniformado, en armonía con lo previsto en la sentencia C-072 de 1996; (iii) se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados constituyéndose en una herramienta de relevo y permeabilización en pro del mejoramiento y excelencia institucional al permitir el ascenso de los más sobresalientes; (iv) según jurisprudencia del Consejo de Estado no requiere motivación ya que es la expresión de la voluntad del nominador; (v) al exigir como requisito indispensable el cumplimiento previo de las condiciones para acceder a la asignación de retiro, procede por la sola prestación del servicio dentro del lapso preestablecido por la normatividad para hacerse acreedor a la asignación de retiro y, en esa medida, es equiparable a la pensión de jubilación; (vi) está sujeto única y exclusivamente al cumplimiento del tiempo de servicio y al concepto previo de la Junta

Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional y; (vii) es autónomo y diferente del retiro por voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía.

4 Sostienen la interviniente que esta causal está prevista en los artículos 4 y 2 numeral 5 de la ley 857 de 2003, y funge como un mecanismo para hacer efectivo el buen servicio público que debe prestar la Policía Nacional conforme al artículo 218 de la Constitución Política.

5 Se citó el siguiente aparte de la sentencia C-179 de 2006: "...Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, 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. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario."

6 Para apoyar su argumento, la accionante transcribe el artículo 36 del decreto 4433 de 2004 el cual dispone: "Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto, son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público".

7 El Consejo de Estado expresó: "La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios debe entenderse en el sentido de ser una causal de terminación normal de la situación laboral de un uniformado dentro de la institución que se aplica como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional garantizando la

dinámica de la carrera de los uniformados en la Policía Nacional. Se trata de una facultad discrecional del Gobierno Nacional que no exige motivación y no es indispensable que se expliquen las intenciones que lo llevan a tomar la decisión”. (fl. 391 Cdno. 1)

8 El Consejo de Estado afirmó: “De acuerdo con lo anterior, la falta de motivación del acto que dispone el retiro del personal de la Policía Nacional por “llamamiento a calificar servicios” que exige la actora no constituye una violación al debido proceso, siempre y cuando en su expedición se verifique, de una parte, que el servidor cumple los requisitos mínimos para acceder a la asignación de retiro y de otra parte, que, tratándose de Oficiales (excepto Generales), se haya sometido al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional. En el sub lite, ambas condiciones se encuentran satisfechas (...)”. (fl. 393 Cdno. 1)

9 En el presente caso la Sala hace uso de la facultad de delimitación del problema jurídico en sede de revisión. Al respecto, ha expresado esta Corporación: “Para la Corte, “[e]n efecto, si una función básica de la revisión es unificar la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales, y si la Corte tiene la potestad discrecional de seleccionar qué casos merecen revisión para tal efecto, entonces es claro que la Corte goza también de una razonable discrecionalidad para delimitar los temas que en el caso concreto ameritan un examen en sede de revisión. No tendría sentido que la Corte tenga una plena discrecionalidad para decidir si estudia o no un caso, pero que, por el contrario no goce de ninguna discrecionalidad para delimitar los temas jurídicos que en cada caso deben ser examinados para efectos de desarrollar su función de unificación jurisprudencial.” Auto 223 de 2006.

10 En la sentencia C-421 de 2002 la Corte Constitucional identificó las diferencias institucionales, jurídicas, de estructura y organización que existen en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

11 Artículo 54, Decreto 1791 de 2000. Mediante la sentencia C-253 de 2003, la Corte declaró la inexecutable de las expresiones: de los oficiales; por el decreto del Gobierno; y el; y suboficiales, del inciso segundo. Esto al estimar que el presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000. En el mismo sentido,

se puede consultar el artículo 1° de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional (...).”

12 En concordancia con el artículo 2° de la Ley 857 de 2003, el retiro por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Gobierno Nacional -en el caso de los Oficiales-, o del Director General de la Policía Nacional -en el caso de los Suboficiales- y por incapacidad académica, son causales aplicables a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

13 Sobre el particular, se puede consultar, entre otros, el Decreto 2070 de 2003 “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las fuerzas militares y de la policía nacional”. Así mismo, las sentencias C-432 y C-1143 de 2004.

14 Al respecto, también se puede consultar los Decretos 573 y 574 de 1993.

15 Sobre las funciones y composición de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, se puede consultar los Decretos 1512 de 2000 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones.” y 1932 de 1999 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”.

16 Sentencia C-371-99.

17 Sentencia T-1168 de 2008.

18 Ídem.

19 Entre otras, las sentencias C-179 de 2006, C-368 de 1999, C-564 de 1998, C-193 de 1996, C-072 de 1996 y C-525 de 1995.

20 Sentencia C-179 de 2006.

21 Sentencia C-525 de 1995.

22 Entre otras, las sentencias C-525 de 1995, T-1173 de 2008 y T-871 de 2008.

23 Al respecto, se puede consultar las sentencias C-179 de 2006, T-432 de 2008 y T-064

de 2007.

24 Sentencia T-297 de 2009.

25 Sentencias T-1168 de 2008 y T-297 de 2009.

26 Sentencia T-576-98.

27 En esta sentencia se trataba de un sujeto que había sido desvinculado del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios.

28 Al respecto, en la sentencia T-432 de 2008, se concluyó: “Esta interpretación es igualmente aplicable a las causales de retiro contempladas en los artículos 55 y 62 del Decreto ley 1791 de 2000, decreto invocado por la accionada en su contestación y que hace relación específicamente a los miembros de la Policía Nacional. Las normas anteriormente citadas, hasta la fecha no han sido objeto de demandas de constitucionalidad, frente a las causales en ellas contempladas.”. Sobre la aplicación de esta jurisprudencia al caso del llamamiento a calificar servicios, se puede consultar la sentencia C-072 de 1996.

29 Sentencia T-297 de 2009.

30 Consideraciones similares determinaron la procedibilidad formal de la acción de tutela en la sentencia T-297 de 2009.

32 En auto 172 de 2004, la Corte señaló: “Sobre este asunto, la Corte ha dejado en claro que, de manera general, la acción de tutela no es procedente para controvertir estos actos preparatorios, en particular aquellos que disponen la apertura de un procedimiento administrativo, por cuanto a través de ellos las autoridades se limitan a ejercer sus competencias constitucionales y legales de impulsar las actuaciones administrativas. // Sin embargo, ha señalado que excepcionalmente es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional para cuestionar la legitimidad de tales actos, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos³²: (i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto cuestionado no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial dentro de la actuación que se proyecte en la decisión final; y (iii) que la actuación cuestionada ocasione la vulneración o amenaza

real de un derecho constitucional fundamental”.

33 Aunque en las sentencias T-967 de 2001 y T-1168 de 2008 se ordenó, respectivamente, el reintegro del accionante y se confirmó la sentencia que había igualmente ordenado el reintegro del peticionario, y en las sentencias T-569 de 2008 y T-1173 de 2008 se dispuso subsidiariamente el reintegro del actor, la Sala Tercera de Revisión acoge en esta oportunidad la posición adoptada en la sentencia T-297 de 2009, entre otras razones, por ser esa la última tesis asumida por esta Sala.

34 Aunque en las sentencias T-967 de 2001 y T-1168 de 2008 se ordenó, respectivamente, el reintegro del accionante y se confirmó la sentencia que había igualmente ordenado el reintegro del peticionario, la Sala Tercera de Revisión acoge en esta oportunidad la línea que se ha trazado en las sentencias T-569 de 2008, T-1173 de 2008 y T-456 de 2009, entre otras razones, porque refleja la posición más consistente adoptada por esta Sala.

35 En sentencia T-048 de 2007, la Corte precisó: “Así mismo, es claro que en los eventos en que el recluso formule un derecho de petición dirigido a otro funcionario o entidad del sistema penitenciario o en general ante otra autoridad del aparato estatal, el Estado, a través de las autoridades carcelarias del INPEC, -quienes actúan como tutores del interno mientras permanece privado de la libertad-, se encuentran en la obligación legal de remitirlo efectiva y oportunamente a la autoridad destinataria de la solicitud y comprobar que la misma positivamente ha llegado a su destino, a fin de que esta última pueda tener acceso al contenido de la misma y obtenga la oportunidad de darle el correspondiente trámite y respuesta”