



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y OTROS

RADICADO: 20-001-33-33-008-2016-00579-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 5 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar NO probada la excepción de inexistencia de vicios de nulidad – desviación de poder, propuesta por el apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 00504 del 23 de marzo de 2016, proferida por el comandante del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo del Ejército Nacional al Cabo Segundo Jhon Jairo Ramírez Aguja, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se dispone:

- a. Ordénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL reintegrar, sin solución de continuidad, al señor Jhon Jairo Ramírez Aguja al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro del servicio o a uno de igual categoría o equivalente.
- b. Ordénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL reconocer y pagar a favor del señor Jhon Jairo Ramírez Aguja, la suma equivalente a los meses de salarios y prestaciones sociales, causados y dejados de percibir desde la fecha de su retiro (23 de marzo de 2016) hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la demandante, serán reajustadas conforme como quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: Sin condenas en costas.

SEPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de CPACA.

OCTAVO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa de "justicia Siglo XXI" y una vez se encuentre en firme la presente esta providencia, archívese el expediente"¹.

1. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

"PRIMERO: Que se declare la nulidad de la resolución de retiro número No. 00504 de fecha 23 de marzo de 2016, expedida por el comando del Ejército Nacional.

SÉGUNDO: Se restablezcan los derechos vulnerados del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA al debido proceso, a la igualdad (no discriminación por razones de tendencia sexual), al trabajo, al mínimo vital, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y el buen nombre, vulnerados por la Nación – Ministerio de defensa Nacional – Ejército Nacional, con ocasión de la expedición de la resolución de retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares número 00504 de 2016.

TERCERO: Se ordene al reintegro inmediato del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA al servicio activo sin que el tiempo que estuvo en cumplimiento de la resolución de retiro afecte el tiempo de su grado.

CUARTO: Se reintegren en su totalidad las sumas dejadas de pagar por concepto de asignación mensual al señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA desde el día 23 de marzo de 2016 hasta la fecha que se haga efectivo su reintegro.

QUINTO: Se paguen las sumas por conceptos de honorarios de abogado que se vio obligado a pagar el señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA para la solicitud de la nulidad de la resolución de retiro número 00504 de fecha 23 de marzo 2016.

SEXTO: Cesen las conductas de discriminación por razones de la tendencia sexual en contra del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA".

1.2. ASPECTO FÁCTICO

¹ Folio 181 al 182 del expediente.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así²:

En la demanda, se indica que el día 5 de octubre de 2015 se dio apertura a una investigación disciplinaria en contra del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, en su calidad de suboficial del Ejército Nacional, por la presunta comisión de la falta disciplinaria grave consagrada en el artículo 59 numeral 24 de la Ley 836 de 2003, consistente en "valerse del cargo o grado para requerir intimidad con el personal subalterno (...)".

El 23 de marzo de 2016, encontrándose en curso la investigación disciplinaria y sin haber sido posible la realización de la práctica de pruebas testimoniales de los involucrados, notifican personalmente al señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, de la resolución de retiro temporal del servicio activo de las fuerzas militares No. 00504 de fecha 23 de marzo de 2016, expedida por el Comando del Ejército Nacional con novedad fiscal.

En la resolución se fundamenta la causal de retiro discrecional señalando que es necesario el retiro temporal del servicio activo de las Fuerzas Militares del señor Jhon Jairo Ramírez Aguja para proteger el cumplimiento de la misión constitucional del suboficial del ejército nacional, tomando como base informes que contienen claras expresiones discriminatorias tales como "el suboficial en compañía de 4 que están proliferando enfermedades de transmisión sexual al interior de su unidad", evidenciando que no existe otro motivo aparte de que el señor Jhon Ramírez sea homosexual para retirarlo del servicio activo.

Después de la expedición de la Resolución No. 00504 de fecha 23 de marzo de 2016 y se hiciera efectivo el retiro del accionante, el proceso disciplinario en contra del mismo continuó su curso, quedando claro con esto que no existió ningún fundamento aparte de la tendencia sexual de su poderdante para retirarlo del servicio activo.

Aduce que dicha resolución está viciada de nulidad, pues si bien esta se fundamenta en la causal de retiro discrecional, lo cierto es que la misma se tomó por la investigación que se le está adelantando y por su preferencia sexual.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8°) Administrativo Oral de Valledupar, mediante sentencia de 5 abril de dos mil diecinueve (2019), concedió las pretensiones de la demanda.

En la misma, se dejó consignado:

"(...) Así entonces, este Despacho considera que la Resolución No. 00504 del 23 de marzo de 2016, expedida por el comandante del Ejército Nacional, mediante la cual el actor fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares, NO aparece adecuada a los fines del ejercicio de la facultad discrecional, ni proporcional a los hechos que le sirven de causa, máxime cuando pudo optar por una medida precautelativa de suspensión mientras se adelantaba la investigación, todo lo cual nos lleva a inferir que no fueron precisamente razones del servicio las que inspiraron la expedición del acto demandado.

(...)

Ante este panorama, partiendo de lo que refleja la trayectoria profesional del actor, el Despacho considera que las anotaciones positivas en su hoja

² Folio 1 al 2 del expediente.

de vida, dan cuenta que –contrario a lo afirmado por la parte demandada- su permanencia en la citada institución NO resultaba inconveniente, y mucho menos, que hubiera afectado la buena prestación del servicio, contrariando de esta manera, la razonabilidad y proporcionalidad que debió guiar el ejercicio de dicha facultad discrecional por parte de la administración militar, máxime si se tiene en cuenta que tal facultad discrecional, debe tener como límite los derechos fundamentales y el interés general del buen servicio público.

En este orden de ideas, se tiene que la decisión de retiro del servicio del cabo segundo JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, NO estuvo conforme a los hechos que supuestamente le servían de causa, ni fue proporcional a las normas que contemplan dicha medida, por cuanto NO consulto el intereses general ni contribuyo al mejoramiento del servicio.

Así las cosas, se concluye que en la decisión de retiro del servicio del cabo segundo JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, se estructura el vicio por desviación de poder, toda vez que la misma NO tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 99 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, y mucho menos, el respeto por los principios que gobiernan la función pública, consagrados en el artículo 209 de la constitución política, como quiera que –como quedo visto-, dentro de los años inmediatamente anteriores a la expedición del acto acusado, los anexos de la hoja de vida del demandante, permitían advertir su idoneidad y capacidad profesional para desempeñar sus funciones (...)"³.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

PARTE DEMANDADA.

En síntesis el apoderado judicial de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Valledupar, donde el accionado se basa en los errores relacionados con la valoración del acervo probatorio, en que el retiro no se debió a la tendencia sexual del demandante, y precisamente fue por hostigamiento y conductas antiéticas configuradas como acoso sexual y constreñimientos a soldados regulares a su cargo.

Sobre el retiro del sub oficial demandante cabe anotar y aclarar al despacho, que esta decisión está atada y/o relacionada con lo que se establecen los artículos 99, 100 y 104 del Decreto 1790 de 2000, régimen de carrera personal en las Fuerzas Militares.

Sobre la ausencia de falta de motivación y desviación de poder, en el caso examinado en nada se observa que el acto administrativo haya obedecido a una decisión calificada como "objetiva" anterior o exterior al acto que haya conllevado el ejército Nacional a tomar la decisión.

No hay existencia de una falsa motivación por cuanto se cumplieron cabalmente los requisitos de ley para haber tomado la decisión del retiro por razones del servicio y en forma discrecional del demandante, es decir, no se puede hablar que el acto administrativo en cuestión estuviera indebidamente motivado ya que este se profirió con la existencia de los motivos legales previstos y con sujeción estricta de la Ley.

³ Folio 180 del expediente.

⁴ Folio 185 a 193 del expediente.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 8 de agosto de 2019⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Valledupar.

Por auto del 12 de septiembre de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁶.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto:

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis, contra la sentencia del 5 de abril de 2019.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra la sentencia fechada 5 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual concedió las pretensiones debe ser revocada en virtud de lo señalado por la parte apelante en el sentido que el acto administrativo demandado fue expedido con base en la facultad discrecional que ostenta la entidad demandada; o si, por el contrario, la misma debe ser confirmada en los términos establecidos por el Despacho de instancia.

2.3. PRUEBAS

De los medios probatorios allegados al expediente, se tienen como hechos probados los siguientes:

Copia Anexo "A" Formulario "1" Información Básica Oficiales y Suboficiales encabezado por el señor Jhon Jairo Aguja Ramírez, sin fecha de expedición⁷.

Copia Anexo "B" Formulario "2" Programa Personal de Desempeño en el Cargo donde figuran las funciones y responsabilidades del cargo del señor Jhon Jairo Aguja Ramírez, sin fecha de expedición⁸.

⁵ Folio 205 del expediente.

⁶ Folio 208 del expediente.

⁷ Folio 60 del expediente.

⁸ Folio 61 del expediente.

Copia Anexo "C" Formulario "3" Folio de Vida del señor Jhon Jairo Aguja Ramírez, sin fecha de expedición, donde obran las anotaciones y conceptos realizados al demandante entre los años 2014-2015⁹.

Copia de Auto de Apertura de Investigación Disciplinaria expedido por el Batallón de Artillería No. 2 "La Popa", de fecha 5 de octubre de 2015, mediante el cual se inicia investigación disciplinaria contra el señor Jhon Ramírez Aguja por la presunta comisión de la falta establecida en el num. 24 del art. 59 de la Ley 836 de 2003, la cual reza "Valerse del cargo o grado para requerir intimidad con el personal subalterno."¹⁰

Copia de solicitud de nulidad impetrada por el apoderado judicial del señor RAMÍREZ AGUJA ante la oficina del Comandante Batallón de Artillería No. 2 "La Popa", de fecha 24 de noviembre de 2015, donde se expresa lo siguiente:

"Según el dicho de mi cliente, al ser notificado de la apertura de la presente investigación y obtener copias de las mismas, se percató que ya se habían surtido una pluralidad de diligencias testimoniales de cargo para las cuales no fue convocado y por lo tanto no se le permitió ejercer su derecho a la contradicción y la defensa, máxime si se tiene en cuenta, que mi cliente al desconocer la existencia de esta investigación le estaba vedado nombrar defensor de confianza para que velara por el cumplimiento de sus derechos constitucionales y legales"¹¹

Copia Constancia comparecencia diligencia y solicitud práctica de pruebas extendido por el representante judicial del actor Jhon Jairo Ramírez Aguja, de fecha 10 de febrero de 2016.

Copia de la Resolución No. 00504 del 23 de marzo de 2016, a través de la cual, se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Suboficial del Ejército Nacional, precisando:

CONSIDERANDO:

(...)

Que el comportamiento descrito trae como consecuencia la pérdida de la confianza de sus superiores e impide el cabal cumplimiento de la misión que se le otorga como funcionario del Estado, afectando de manera grave el servicio, puesto que fueron notorios los hechos en los cuales se vio involucrado el oficial, que puso en tela de juicio la trayectoria de su carrera militar perdiendo la credibilidad y confianza en futuros cargos y misiones que se le encomienden, ante sus superiores, compañeros y subalternos.

Es necesario considerar, que si bien es cierto hasta el momento de los eventos narrados el suboficial tenía una historia laboral normal, como se evidencia del análisis de la misma que permitió ostentar el actual grado militar. Al realizar una valoración del comportamiento individual del funcionario frente a los hechos en cita, se afecta de manera grave la buena marcha de la institución armada, en claro perjuicio del servicio que está obligado a cumplir y por ende el interés general; puesto que sus funciones en todo momento deben estar encaminadas a la consecución de los fines dispuestos por la Constitución y la Ley, a los miembros de las fuerzas pública.

⁹ Folios 62 a 70 del expediente.

¹⁰ Folios 7 a 14 del expediente.

¹¹ Folios 34 a 36 del expediente.

Es muy importante dejar presente que esta es una institución que respeta el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de cultos, libertad de elección sexual del individuo, lo que no significa que se permita que el personal haga uso de la Unidad Militar, de su uniforme, del grado y cargo militar para realizar actos corruptos e inmorales que afectan la integridad institucional y la moralidad pública, en cuanto a las reglas o normas por las que se rige la conducta de un ser humano en la sociedad.

Por lo anterior y en concordancia con el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, y acogiendo los criterios de la sentencia SU 053 de la corte Constitucional; las anteriores circunstancias, ameritan recomendar por razones del servicio y en forma discrecional el retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva del CS. Ramírez Aguja Jhon Jairo. En el cual se resolvió:

ARTÍCULO 1. Retirar del servicio activo de las fuerzas militares en forma temporal con pase a la reserva por retiro Discrecional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 y el artículo 100 literal a) numeral 8 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) y artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, al señor cabo segundo ART. Ramírez Aguja Jhon Jairo.

ARTICULO 2. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTICULO 3. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición¹².

Copia de Queja Disciplinaria promovida por el Cabo Segundo JHON RAMÍREZ AGUJA en contra del Teniente Coronel ZENEN CONTRERAS FERNÁNDEZ ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, de fecha 16 de junio de 2016, donde se asevera lo siguiente:

"(...) En ese sentido pasaré a mostrar que el retiro discrecional [que se constata en la Resolución No. 00504 del 23 de marzo de 2016] obedece a la imposibilidad de demostrar el elemento subjetivo que requiere la falta disciplinaria por la cual me encuentro siendo investigado, cual es *valerse del cargo o grado para requerir intimidación con el personal subalterno*. Si en un proceso se encuentra que una persona le propone sostener una relación sentimental o sexual, ello por sí mismo no puede constituir falta disciplinaria, para que ella se configure es necesario que el militar, sujeto activo de la ejecución de la falta, ejerza una posición dominante frente a la persona a la cual se está proponiendo sostener relaciones sexuales y ese dominio debe estar marcado por el uso abusivo de su posición dentro de las fuerzas militares, es decir, se deben requerir favores sexuales valiéndose de su grado o cargo, cuestiones que están directamente ligadas con el servicio. Así en el folio número 2 de la resolución en comento se dice que el soldado regular STIVEN JESÚS HENRIQUEZ y el señor KEVIN HENRIQUE GÓMEZ CALLEJAS son testigos de los hechos de acoso sexual que supuestamente emprendí, pues bien, dentro del proceso disciplinario ellos han rendido las declaraciones juradas a las que se refiere la resolución, en ellas se puede observar que refieren que yo les había propuesto sostener relaciones íntimas pero que incluso me había disculpado, ahí me pregunto ¿cómo puede verse una disculpa como un acto de abuso del cargo o grado? (...)

¹² Folio 21 al 25 del expediente.

De otro lado me parece que el fin es sancionar el mero hecho de tener una supuesta tendencia sexual, el homosexualismo, ya que en el folio 02 de la resolución se expresa que hay 04 personas en la unidad en la que me desempeñaba que estamos supuestamente proliferando enfermedades sexuales y volviendo la unidad un prostíbulo, lo cual me recuerda los argumentos que comenzaron en la década de 1980 con la proliferación del VIH, argumentos completamente desfasados, anacrónicos y violatorios de los derechos a la libertad de formación e integridad sexual, en lo que se sostenía que el VIH-Sida era una enfermedad casi que exclusiva de mujeres que se dedican a la venta de servicios sexuales y de homosexuales [1], es más, tanto cierto es que estoy siendo perseguido laboralmente que me engañaron con el fin de realizarme una prueba para ETS, argumentando que era una prueba de orina, para la cual tuve resultados negativos, desvirtuando así completamente la tesis de yo pudiera haber estado transmitiendo enfermedades de transmisión sexual. Mi perspectiva de la situación consiste en que por supuestamente tener una orientación sexual diversa quieren separarme de mi vocación, que además en la misma resolución se manifiesta que hasta antes de iniciarse la investigación disciplinaria en mi contra no había tacha alguna en mi comportamiento, ello es importante ya que teniendo en cuenta los cargos en la investigación disciplinaria cuento con circunstancias de atenuación que permiten que mi sanción en el caso de llegar a encontrarme responsable no pueda ser sancionado con más de 90 días de separación del servicio y por vía discrecional me están excluyendo de la vida militar”¹³

Copia Certificación expedida por el Oficial Sección Historias Laborales DIPER, del 23 de junio de 2016, donde se manifiesta lo siguiente:

“Que el señor(a) SUBOFICIAL CS RAMÍREZ AGUJA JHON JAIRO con CC 1108932092, con código militar 1108932092, laboró en BATALLON DE ARTILLERIA #2 LA POPA le figura la siguiente información.
UMNO SUBOFICIAL EMSUB (...) DE 06-03-2009 HASTA 28-02-2011.
SUBOFICIAL DIPER (...) DE 01-03-2011 HASTA 23-03-2016 (...)

Se retiró por RETIRO DISCRECIONAL acuerdo disposición de retiro RES-EJC 00504 de 23-MAR-16. (...)”¹⁴

Copia del Auto de Cargos emanado por el Comandante Batallón de Artillería No. 2 La Popa del 18 de julio de 2016, donde se formuló cargos al señor Jhon Jairo Ramirez Aguja como presunto autor responsable de quebrantar las faltas disciplinarias descritas en los numerales 11 y 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, tal como se expresa en esta prueba documental.

“Dada a la relación Especial de sujeción del investigado para con el Estado Colombiano, este despacho de manera formal imputara (sic) al señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, la presunta comisión de las faltas disciplinarias descritas en los numerales 11 y 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, puesto que su actuar hasta el momento no se encuentra cobijado de alguna causal de exclusión de la responsabilidad.

Por todo lo anterior, de las pruebas allegadas a la investigación concluye que se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 184 de la ley 836 de

¹³ Folios 40 a 46 del expediente.

¹⁴ Folio 71 del expediente.

2003 "Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares" para Formular Cargos en contra del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA."¹⁵

Copia de Respuesta Oficio No. OFI17-205/MDN-CGFM-CE-JEJIN-DIDDEF del 18 de mayo de 2017, a través del cual, el Mayor Henry Leguizamón Galindo asevera que la copia íntegra y auténtica de la investigación disciplinaria adelantada contra el señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA se encuentra bajo reserva legal.

"Siguiendo órdenes e instrucciones del señor Teniente Coronel Comandante del Batallón de Artillería No. 2 La Popa, con toda atención, por medio del presente, me permito dar respuesta a su oficio de la referencia, informándole no es posible a la fecha, la remisión a esa dependencia de la copia íntegra y auténtica de investigación disciplinaria No. 013/2015 la cual adelanta este Comando en contra del señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, toda vez que la misma goza de reserva legal."¹⁶

Por último, se resalta el testimonio dado por el señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, donde expresa respecto a su desvinculación del Ejército Nacional, lo siguiente:

"PREGUNTADO: Señor Ramírez, ¿usted fue retirado del Ejército Nacional por el proceso disciplinario o por otro medio? CONTESTADO: Pues me abrieron el proceso disciplinario, como le vengo contando de las cuatro personas que me incluyen a mi como homosexual que se viene presentando que por esas cuatro personas manifiestan enfermedades sexuales, enfermedades de transmisión sexual y se contagia a los demás, a los demás soldados o demás compañeros, entonces de ahí me abren un proceso disciplinario, ya que yo no acepté la, la renuncia voluntariamente, el señor Coronel me da la discrecional número 00504 debido a que yo no le acepté la... no le renuncié voluntariamente, sino que él me la dio porque me insistió tantas veces que si no me la daba, que si no me retiraba voluntariamente, él me la daba, donde el señor me manifiesta que yo no tenía plata, que yo no podía pagar un abogado PREGUNTADO: Señor Ramírez le puede indicar al Despacho cuál es el fundamento de la Resolución No. 00504 para retirarlo del servicio. CONTESTADO: La Resolución habla de los cuatro, de los cuatro soldados homosexuales, o digámoslo maricas, incluyéndome, marica, que manifiesta que, que por ellos hay enfermedades de transmisión sexual, entonces me dieron la... el retiro. PREGUNTADO: Señor Ramírez indíqueme al Despacho si las otras tres personas que refieren la Resolución fueron investigadas disciplinariamente o retiradas de la Institución. CONTESTADO: No, ninguna persona, la única persona fui yo (...). PREGUNTADO: Señor Ramírez, ¿usted considera que fue víctima de algún tipo de discriminación o de acoso laboral por los hechos que refiere? (...) CONTESTADO: Sí me sentí discriminado, primero, me retiraron de la base y me llevaron al batallón, me alejaron o me aislaron de los demás, siempre y cuando mi misión era na' (sic) más salir de esa habitación a formar, y de ahí para la habitación. Le preguntaba al comandante de la batería o compañía, que qué era mi misión, que cuál, que qué (sic) iban a hacer conmigo y el Comandante me respondió que era la orden de mi Coronel Contreras Fernández, que él daba la orden, mientras tanto no se podía hacer nada. Después de eso, el segundo, me encontraba formando y de ahí me mandaron directamente al dispensario,

¹⁵ Folios 47 a 59 del expediente.

¹⁶ Folio 120 del expediente.

no me dijeron a qué, nada, de una vez me dijeron "firme, firme acá una hoja en blanco que le vamos a hacer un examen de un virus que se está presentando o se viene presentando en las instalaciones", debido pues, firmé, después me hacen la prueba y la Teniente comienza a llenar dicho papel y me manifiesta, me da por enterado que es una prueba de VIH, debido a que unos compañeros habían, estábamos en una base y habían sesenta soldados, sesenta soldados en esa base, en esos soldados habían unos soldados maricas, gais, habían como unos cuatro o cinco, ellos salieron, bueno, salieron a permiso, como al mes fueron al biter, a la loma, y los soldados empezaron a presentar eh... enfermedades, entonces allá se reunieron el Coronel, el Sargento Mayor, el padre, el psicólogo y comenzaron a preguntarles, y pasaron a esos soldados los gais al frente, y les preguntan "¿Quién tuvo relación con esos soldados?", donde cuarenta y cinco soldados levantaron la mano que habían tenido relaciones con esos soldados, por eso es que habían soldados enfermos de VIH, Sida, de otras enfermedades. Desde ahí empezaron a hacerme la prueba y juzgarme, después me retiran y me envían para el área donde no hay señal, donde no tenía comunicaciones, nadie me informaba nada, duré dos meses donde no tenía señal. Cuando llegué ya tenía la discrecional, la 00504 donde me manifiesta que estoy retirado del servicio por tal motivo (...) PREGUNTADO: Acláreme entonces, ¿cuál es la situación o el motivo que a usted lo hace pensar que el motivo de su retiro del servicio del Ejército fue por temas homofóbicos si usted mismo me dice que otros soldados que son gais fueron retirados? CONTESTADO: En la discrecional habla por motivos homosexuales, por motivos homosexuales, entonces ahí fue por donde unos soldados presentaron los informes. Ellos cuando salieron de la base, eso quedó así, llegaron al biter y comenzaron a salir los soldados enfermos, no tenía conocimiento, donde dicho soldado Henrique me menciona que yo también había tenido relaciones con esos soldados, entonces 245 que habían tenido relaciones, más a mi me habían nombrado ahí, entonces por eso me dan el retiro (...) PREGUNTADO: Jhon Jairon usted afirma que fue retirado por conductas homofóbicas. Dentro del informe disciplinario dice que los cargos que le están imputando dentro de ese informe disciplinario es el artículo 59, numeral 2° de la Ley 836 que dice "Valerse del cargo o grado para requerir intimidación con el personal subalterno", ¿qué tiene que decir con respecto a ese cargo? CONTESTADO: Primero que todo, no soy homosexual, y nunca, nunca, nunca, me apoderé, o llegué a utilizar el cargo para prestarme con eso, yo era una persona exigente y siempre era con la disciplina, siempre, pero esos soldados que manifiestan ahí, eran indisciplinados y de todo, y mi disciplina era mandarlo a prestar su serv (sic), su turno o castigándolo de un modo, de un modo correctivo"¹⁷.

2.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA A LA LUZ DE LOS CARGOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDADA

Teniendo en cuenta este recuento fáctico y jurídico, esta Corporación Judicial procede a resolver los problemas jurídicos planteados en esta instancia. Para tales efectos, se procederá a explicar la naturaleza del retiro discrecional en el régimen militar. Igualmente, se decantarán las reglas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional para corroborar la existencia de tratos discriminatorios.

¹⁷ Audiencia de pruebas, minuto 09:20 a 38:50.

2.4.1. SOBRE EL RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO EN EL RÉGIMEN MILITAR

El Constituyente de 1991 previó la existencia de las Fuerzas Militares con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de "defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial"¹⁸. La naturaleza distintiva del deber funcional de esta entidad conllevó a que se estableciera un régimen especial de carrera prestacional y disciplinario¹⁹. Por esta razón, el Decreto Ley 1790 de 2000 estableció las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Referente al retiro de esta Institución, el artículo 100 del aludido Decreto consagró las siguientes causales:

"ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.
3. Por llamamiento a calificar servicios.
4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.
9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:

1. Por invalidez.
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda."

En alusión al retiro discrecional preceptuado en el numeral 8 literal "a" del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, la H. Corte Constitucional definió que su finalidad se circunscribe a velar por el mejoramiento del servicio.

"A diferencia de lo anterior [llamamiento a calificar servicios], el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la

¹⁸ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 217, párrafo 2.

seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a una asignación de retiro.”²⁰

En consonancia con lo esbozado, el Consejo de Estado manifestó que esta prerrogativa atiende al concepto de evolución institucional del Ejército Nacional dado a que es un instrumento atinente a permitir el relevo dentro de la línea jerárquica de la entidad.

“En punto del tema del retiro discrecional del servicio, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es velar por la seguridad del territorio nacional. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica, de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos”²¹.

Dado que es un acto discrecional, prima facie, no requiere motivación, ya que se presume la legalidad de estos actos administrativos. Por ende, para probar que esta manifestación voluntaria de la Administración no se encuentra ajustada a derecho, el demandante corre con la carga de la prueba de demostrar la desviación del poder por parte del funcionario nominador.

“Sobre este particular, reitera la Sala que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba”²².

Al estudiar este tópico, el Alto Tribunal Constitucional ha consolidado una serie de conclusiones sobre esta causal de retiro.

“Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; (ii) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución

²⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia SU-091 de 2016, pág. 83.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 50001-23-31-000-2007-00159-01(2104-10), 2 de junio de 2011, pág. 11.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 50001-23-31-000-2007-00159-01(2104-10), 2 de junio de 2011, pág. 14

de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro”²³.

Teniendo en cuenta estas apreciaciones, se puede colegir que la separación temporal del cargo debe estar precedida de una recomendación del Comité de Evaluación²⁴ para la satisfacción formal de este precepto normativo.

2.4.2. SOBRE LAS REGLAS JURISPRUDENCIALES DESARROLLADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CORROBORAR LA EXISTENCIA DE TRATOS DISCRIMINATORIOS

El derecho fundamental a no ser discriminado se encuentra regulado en diferentes instrumentos nacionales e internacionales, tales como los artículos 13 de la Carta Política²⁵; 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁷; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸; y 4º de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69)²⁹.

Lo anterior resulta pertinente, en el sentido de que la consagración normativa está precedida de una estructura hetero-patriarcal donde persisten patrones clasistas, sexistas o racistas incrustados en la organización social e institucional del Estado colombiano. Esto ha llevado a que los actos de discriminación

²³ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia SU-091 de 2016, págs. 83-84.

²⁴ Decreto Ley 1790, 2000, art. 104. RETIRO DISCRECIONAL. 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.

²⁵ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).”

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 2.2. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²⁹ Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 4. “No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.”

adquieran un carácter consciente o inconsciente, llevando incluso, a que se invisibilice o normalice este tipo de comportamientos³⁰. En razón a ello, la Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas jurisprudenciales para subsanar la relación asimétrica, o de discriminación que existe en el marco probatorio a fin de constatar la ocurrencia de conductas excluyentes.

“43. En la mayoría de estos asuntos, y debido a la dificultad de demostrar los tratos discriminatorios, los ciudadanos afectados no cuentan con los medios suficientes para probar la existencia de dichos actos desfavorables y que vulneran sus derechos fundamentales, por lo que resulta imperioso aplicar el criterio constitucional de relación asimétrica, o discriminación o estado mayor de vulnerabilidad.

Con fundamento en lo establecido en el inciso segundo [66] del artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), la jurisprudencia constitucional ha construido criterios que el operador judicial, en sede de tutela, debe aplicar para que se cree un escenario probatorio justo, apropiado y sensato, en donde las partes involucradas se ubiquen en un plano de igualdad de condiciones. Tales reglas jurisprudenciales son:

43.1. Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, son sujetos de especial protección constitucional. Ésta es la premisa principal y con ella se le impone al juez de tutela el deber de implementar todas las medidas habidas para brindar a estas personas el goce efectivo de acceso a la administración de justicia, se busque la justicia material con prevalencia del derecho sustancial y se garantice un juicio flexible que se ajuste a sus condiciones particulares.

43.2. En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio [67]. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: (i) debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios.

43.3. Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales [68]. En otros términos, el juez de tutela debe trasladar la carga de la prueba a la persona (natural o jurídica) que presuntamente ejerce el trato diferencial, pues ésta cuenta con todos los medios suficientes para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún

³⁰ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-291 del 2016, págs. 24-25.

acto discriminatorio [69], lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta³¹.

En síntesis, tales parámetros se pueden sintetizar de la siguiente manera, (i) la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) la presunción de discriminación de los tratos diferenciales; y (iii) la carga dinámica de la prueba.

2.4.3. CASO CONCRETO

Se recordará que el escrito de apelación interpuesto por la parte demandada, se basa en que la decisión administrativa que retiró al suboficial RAMÍREZ AGUJA se extendió en ejercicio de un acto discrecional, por lo cual, no requería motivación por parte del funcionario nominador. Adicionalmente, a juicio del apoderado judicial de la entidad accionada, hubo una inadecuada valoración del acervo probatorio, en el entendido que el retiro no se debió a la tendencia sexual del demandante, sino a los comportamientos de hostigamiento y acoso sexual hacia sus subalternos.

La solución del sub-lite se fundamentará en resolver dos interrogantes; primero, si la Resolución No. 00504 del 23 de marzo de 2016 fue expedida en ejercicio legítimo de la facultad discrecional o si, por el contrario, debió motivarse e incluir las anotaciones y conceptos de la hoja de vida del accionante. En segunda medida, se esclarecerá si la finalidad esgrimida por el Comandante del Ejército Nacional en el acto de retiro se circunscribió al mejoramiento del servicio o a un criterio discriminatorio en razón a la orientación sexual del actor.

En primer lugar, se comenzará analizando si la decisión que retiró temporalmente del cargo al señor RAMÍREZ AGUJA cumple con los requisitos formales del art. 104 del Decreto Ley 1790 de 2000, esto es, la recomendación previa del Comité de Evaluación.

Al respecto, se evidencia en el plenario que el Comité de Evaluación de la respectiva jurisdicción territorial emitió recomendación del retiro del servidor público a través del acta No. 722 del 23 de febrero de 2016—cuyo contenido se incluyó en el acto de retiro—, por lo cual, esta actuación administrativa cumplió con los presupuestos básicos establecidos por la legislación.

Ahora bien, es menester precisar que en el sub-examine se configuraron dos poderes estatales paralelos, uno que dio inicio a un proceso disciplinario con el fin de determinar si el actor efectivamente cometió alguna conducta reprochable; mientras que del otro se hizo uso de la facultad discrecional, para retirarle temporalmente del servicio.

Esta diferenciación resulta relevante para el caso concreto, en la medida de que ambas actuaciones persiguen un fin distinto. En este sentido, el proceso disciplinario busca la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro. Por otro lado, el retiro discrecional persigue el mejoramiento del servicio a través del “relevo dentro de la línea jerárquica, de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos³². Tal

³¹ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-291 del 2016, págs. 34-35.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 50001-23-31-000-2007-00159-01(2104-10), 2 de junio de 2011, pág. 11.

conclusión, la ha sostenido la jurisprudencia administrativa al afirmar que el retiro discrecional no implica sanción disciplinaria.

“Se trata entonces, de otra forma de retirar del servicio a los oficiales y suboficiales pertenecientes a las Fuerzas Militares (Ejército Nacional), diferente a las existentes, que no implica la imposición de una sanción disciplinaria, sino que se trata de una simple medida de carácter administrativo destinada a la defensa del interés general y al mejoramiento del servicio público”³³.

Corolario con lo anterior, al comparar las fechas de las actuaciones adelantadas contra el señor RAMÍREZ AGUJA se vislumbra que la Resolución No. 00504, “por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Suboficial del Ejército Nacional” se surtió el 23 de marzo de 2016³⁴, mientras que la formulación de cargos se dio el día 18 de julio de 2016³⁵, esto es, casi cuatro meses después del acto de desvinculación.

En consecuencia, el retiro temporal efectuado por el Comandante del Ejército Nacional conlleva el ejercicio legítimo de su poder discrecional, por ende, este acto administrativo no requiere estar motivado.

Asimismo, esta Colegiatura considera que la argumentación expuesta por el A Quo relativa a la anulación del acto administrativo en razón al ejemplar comportamiento del actor no está conforme a los lineamientos decantados por la doctrina administrativa, pues, esta ha sido clara al argüir que los conceptos y anotaciones en la hoja de vida, por sí solas, no generan algún fuero de estabilidad.

“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario”³⁶.

Por este motivo, no es conducente para esta Corporación Judicial que el buen desempeño del accionante impida al Comandante del Ejército Nacional desvincular discrecionalmente al Cabo Segundo JHON JAIRÓ RAMÍREZ AGUJA.

En relación al cargo de desviación de poder, esta Sala considera que el retiro discrecional tramitado contra el demandante no se debió a motivos discriminatorios por su orientación sexual diversa. Para corroborar tal aseveración, este Tribunal aplicará las sub-reglas jurisprudenciales sintetizadas por la Corte Constitucional, estas son, (i) la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) la presunción de discriminación de los tratos diferenciales; y (iii) la carga dinámica de la prueba, al caso preciso del señor RAMÍREZ AGUJA.

De esta manera, referente a la calidad de sujeto de especial protección constitucional no existe total certeza de la orientación sexual diversa del actor, toda

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 19001-23-31-000-2004-01460-01(0429-12), 24 de octubre de 2012, pág. 9.

³⁴ Folios 2 a 6 del expediente.

³⁵ Folios 28 a 40 del expediente.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 50001-23-31-000-2007-00159-01(2104-10), 2 de junio de 2011, pág. 16.

vez que en el expediente judicial no obra una declaración cierta o precisa del señor RAMÍREZ AGUJA en tal sentido.

Prueba fehaciente de lo manifestado, se puede vislumbrar en la queja disciplinaria que radicó el sujeto activo de esta litis en causa propia contra el Teniente Coronel, Zenen Contreras Fernández.

“(…) Mi perspectiva de la situación consiste en que por supuestamente tener una orientación sexual diversa quieren separarme de mi vocación, que además en la misma resolución se manifiesta que hasta antes de iniciarse la investigación disciplinaria en mi contra no había tacha alguna en mi comportamiento, ello es importante ya que teniendo en cuenta los cargos en la investigación disciplinaria cuento con circunstancias de atenuación que permiten que mi sanción en el caso de llegar a encontrarme responsable no pueda ser sancionado con más de 90 días de separación del servicio y por vía discrecional me están excluyendo de la vida militar”³⁷ (subrayas agregadas al texto).

En este mismo sentido, véase la audiencia de pruebas realizada el día 8 de mayo de 2018 en el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, donde el demandante afirmó expresamente que no era homosexual.

“PREGUNTADO: Jhon Jairon usted afirma que fue retirado por conductas homofóbicas. Dentro del informe disciplinario dice que los cargos que le imputaron, que le están imputando dentro de ese informe disciplinario es el artículo 59, numeral 2° de la Ley 836 que dice “Valerse del cargo o grado para requerir intimidación con el personal subalterno”, ¿qué tiene que decir con respecto a ese cargo? CONTESTADO: Primero que todo, no soy homosexual, y nunca, nunca, nunca, me apoderé, o llegué a utilizar el cargo para prestarme con eso, yo era una persona, una persona exigente y siempre era con la disciplina, siempre, pero esos soldados que manifiestan ahí, eran indisciplinados y de todo, y mi disciplina era mandarlo a prestar su serv (sic), su turno o castigándolo de un modo, de un modo correctivo.”³⁸ (subrayas incluidas por el Tribunal).

A pesar de que estas apreciaciones sean de la esfera íntima de la persona, resultan relevantes para el sub-judice, a efectos de aplicar la primera regla jurisprudencial sentada por las Sentencias T-291 del 2016 y T-376 de 2019. Por ello, esta Sala no puede intuir la pertenencia al colectivo LGBT, ya que el único facultado para expresar tal situación es el mismo demandante, tal como ocurrió en las mencionadas providencias judiciales.

De igual forma, si se viera satisfecho este presupuesto, al aplicar el resto de parámetros jurisprudenciales, estos son, la presunción de discriminación y la inversión de la carga de la prueba, no se evidencia que la razón determinante para su retiro haya sido su supuesta orientación sexual diversa.

Lo cierto es que al efectuar una lectura íntegra de la Resolución 00504 del 23 de marzo de 2016, se puede concluir que el principal motivo que llevó al Comandante a retirar temporalmente del servicio al Suboficial radica en la afectación a los valores e imagen de la Institución, hecho sustentando en las acusaciones hechas en su contra por el supuesto acoso sexual que realizaba a sus subalternos, así como el aparente uso desmedido de su poder.

³⁷ Folio 44 del expediente.

³⁸ Audiencia de pruebas, minuto 24:45 a 25:55.

"Conforme a los anteriores parámetros y el Informe presentado por el Comandante del Batallón de Artillería No. 2 "La Popa", donde señala que el Suboficial CS. RAMÍREZ AGUJA se encontraba en la Base la Argentina del BAEV2, como Comandante de una pieza de Artillería en cumplimiento al plan de Fuego de la Décima Brigada Blindada. De acuerdo a la información suministrada por el Comandante BAEV2, el Suboficial en mención en compañía de cuatro (4) Soldados regulares de su Unidad, hacen parte de un grupo de personas con tendencias homosexuales, que están proliferando enfermedades de transmisión sexual al interior de la Unidad, actos de los cuales existen informes y testimonio que afirman que el Suboficial Cabo Segundo RAMÍREZ AGUJA JHON JAIRO CC. 1.108.932.092, ofrece dinero y otras dádivas, inclusive ejerciendo presión bajo amenazas a los Soldados para que sostengan relaciones sexuales con él, lo que ha convertido la base Militar en un lugar de prostitución, denigrando así el prestigio de la Institución.

Se tiene de igual manera, el informe de fecha 05 de octubre de 2015 presentado por el Soldado Regular STIVEN JESUS HENRIQUE RIVERA señalando los hechos de acoso sexual y de persecución del que fue víctima por parte del CS. RAMÍREZ AGUJA.

Así mismo, el informe de fecha 05 de Octubre de 2015 presentado por el Soldado Regular KEVIN HENRIQUE GOMEZ CALLEJAS señalando los hechos de acoso sexual del que fue víctima por parte del CS. RAMÍREZ AGUJA.

El comportamiento descrito afectó (sic) de manera grave el servicio, teniendo en cuenta que son conductas que van en contravía de las normas que rigen la carrera militar, toda vez que los actos inmorales realizados por el Suboficial fueron dentro de la Unidad Militar, haciendo uso de su posición de poder sobre el personal a su cargo, al utilizar su mando y grado Militar para constreñir, ofrecer bienes, dinero y beneficios a cambio de obtener su satisfacción sexual"³⁹.

De lo transcrito, se puede entrever que las razones fueron encaminadas a establecer la afectación de las normas de la carrera militar, y no en razón a su supuesta orientación sexual diversa. Adicionalmente, téngase en cuenta que dichas afirmaciones están sustentadas en pruebas testimoniales que obran en el proceso disciplinario, tal como se desprende del Auto de Formulación de Cargos:

"El Soldado Regular STIVEN JESUS HENRÍQUEZ RIVERA, informa mediante oficio de fecha 05 de octubre de 2015, que durante su permanencia en la Base la Argentina, el señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, lo presiono (sic) varias veces para que sostuviera relaciones sexuales con él a cambio de dinero y de otras contraprestaciones; exposición que bajo la gravedad del juramento amplio (sic) y ratificó. Afirmó que todo empezó un día que se encontraba de turno de centinela, y el señor JHON JAIRO RAMÍREZ AGUJA, se le metió a la garita y empezó a tocarlo hasta que le quito (sic) la correa, pero el soldado logró salir de ahí. Otro día el suboficial lo llamo (sic) a su bunker y allí le ofreció 200 mil pesos, un par de zapatos y una cuenta abierta en la tienda para que pidiera lo que quisiera a cambio de tener relaciones sexuales con él.

En igual sentido, el soldado regular KEVIN HENRIQUEZ CALLEJAS, manifestó que el Cabo RAMÍREZ AGUJA, un día, en la base la argentina, lo llamo (sic) a su bunker, y empezó a tirarle a agarrar el pene y cuando

³⁹ Folio 3 del expediente.

este quiso salir del bunker del suboficial, este lo agarro (sic) de la mano y lo empujó hacia la cama, e intento (sic) quitarle a la fuerza los pantalones y solo cuando el soldado lo amenazó a contarle al TE. CUELLAR, Comandante de la Compañía, fue que el suboficial lo soltó. Afirmó también, que un compañero suyo, el soldado DIAZ GOMEZ DARWIN, le contó que el Cabo RAMÍREZ AGUJA, también lo acosaba e igualmente que una vez cuando iba entrando al bunker del hoy implicado, observo (sic) que el soldado HERRERA, tenía penetrado al Cabo RAMÍREZ.

Por su parte, el soldado ESNEYDER RAMACIO CRESPO TORRES manifestó que un día cuando se encontraba de centinela, el CS. RAMÍREZ, llegó (sic) a donde se encontraba y sin su consentimiento le agarro (sic) el pene, a lo cual le dijo que lo respetara, y cuando el suboficial se fue, le dijo que lo esperaba en su bunker, que le iba a dar 150 mil pesos para que tuviera relaciones sexuales con él. Afirmó que vio al Cabo RAMÍREZ AGUJA sosteniendo relaciones sexuales con el soldado HERRERA.

Por último en materia testimonial, el soldado DARWIN ELIAS DAZA GOMEZ, manifestó que el soldado HERRERA MIRANDA, le comento (sic) que el Cabo RAMÍREZ AGUJA, le daba plata por tener relaciones sexuales con él.

Obran en el dossier, los informes suscritos por el Doctor JUAN PABLO RANGEL MENDINUETA, psicólogo OPS BITER10, la teniente RUTH HELENA GOMEZ MOLINA, de salud ocupacional ESM 1109 y por el Subiente JOSE IGLESIAS GONZALEZ, Oficial de Sanidad BITE10, en los cuáles señalan los problemas de sanidad en los soldados de los pelotones araña 4 y buitres 4 del BAEV2, por enfermedades de transmisión sexual, debido las relaciones homosexuales que se venían presentando al interior de dichas unidades, en donde encontraron sífilis, gonorrea y otras enfermedades; especialmente llama mucho la atención el comentario que hace la Teniente RUTH HELENA GOMEZ, en su informe, cuando expresa que "en la base la argentina se encuentra el CS. RAMÍREZ JHON JAIRO, orgánico del BAPOP, quien utilizo (sic) su grado y mando para acceder con tendencias homosexuales a los soldados de dichos peatones"⁴⁰.

De lo referenciado, se pueden colegir indicios de que las razones esbozadas en el acto de desvinculación del suboficial RAMÍREZ AGUJA gozan de cierto grado de veracidad. Sin embargo, es importante señalar que no es asunto del litigio determinar la culpabilidad disciplinaria del actor, debido a que como se expresó anteriormente, el retiro discrecional no conlleva la sanción disciplinaria⁴¹.

Aunado a lo anterior, si existiera un criterio discriminatorio en la desvinculación del actor, se hubiera procedido al retiro de los servidores públicos involucrados en este asunto, hecho del cual no existe prueba ni argumentación que se refiera a ello. Incluso, dentro de la práctica de la prueba testimonial, el mismo accionante afirmó que no se había procedido de igual manera con los soldados regulares envueltos en tales acontecimientos.

"PREGUNTADO: Señor Ramírez indíqueme al Despacho si las otras tres personas que refieren la Resolución fueron investigadas

⁴⁰ Folios 50 a 51 del expediente.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 19001-23-31-000-2004-01460-01(0429-12), 24 de octubre de 2012, pág. 9.

disciplinariamente o retiradas de la Institución. CONTESTADO: No, ninguna persona, la única persona fui yo"⁴².

Finalmente, esta Corporación Judicial estima que ordenar el reintegro, no solo afectarían la imagen y los valores institucionales de la entidad, sino que podría conllevar la revictimización de los soldados regulares que adujeron ser afectados directos del supuesto acoso laboral. De igual forma, la afectación al derecho al trabajo del sujeto activo de esta litis no resulta deteriorado en su integralidad, toda vez que el retiro discrecional constituye una separación del cargo temporal, y no definitiva o absoluta. En consecuencia, la decisión esgrimida por el Ejército Nacional resulta razonable y proporcional, en la medida de que los fines perseguidos por la Administración no generan un menoscabo circunstancial a los derechos en disputa.

Por todos estos argumentos, esta Sala considera que el acto administrativo por el cual se retiró al demandante, no fue expedido con desviación de poder, falsa motivación, ni por su tendencia sexual como es alegado por el actor, en razón que se ha actuado es en virtud de la facultad discrecional que tiene la institución para dar de baja a los sub oficiales activos que cumplan los requisitos establecidos en el Decreto Ley 1790 de 2000, dando así cumplimiento absoluto a la norma.

Por estas razones, se revocará la decisión adoptada por el Despacho de instancia y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.4.4. SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP⁴³, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA⁴⁴.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la providencia del cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Octavo (8) Administrativo Oral de Valledupar, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

En su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

⁴² Audiencia de pruebas, minuto 14:55 a 15:11.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 029.


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO