

Sentencia T-038/15

ACCION DE TUTELA CONTRA LA FUERZA AEREA COLOMBIANA-Caso en que se solicita retiro del servicio activo de una persona vinculada a la Fuerza Aérea, cuya labor le genera estrés afectándolo física y psicológicamente, desmejorando su calidad de vida

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO Y LIMITES PARA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-Alcance

A pesar de que el derecho a escoger profesión u oficio permite, en principio, que el individuo decida a qué actividad dedicar su fuerza productiva, dicha autonomía puede ser legítimamente limitada por el Estado cuando las necesidades públicas lo exijan, concretamente, cuando la actividad desplegada por el individuo afecte los intereses generales de la comunidad.

DERECHO DE RETIRO VOLUNTARIO DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-No es absoluto

DERECHO DE RETIRO VOLUNTARIO DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES-Será procedente siempre y cuando las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad del servicio lo permitan

Las limitaciones a la dimensión negativa del derecho a escoger libremente profesión u oficio son legítimas, y que en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares dicha legitimidad depende de que verdaderamente concurren razones de seguridad nacional o especiales del servicio que impidan hacer efectiva la salida voluntaria del miembro de la institución.

DERECHO A ESCOGER PROFESION U OFICIO Y DERECHO A LA SALUD-Orden a Fuerza Aérea inicie los trámites para que se autorice el retiro inmediato de esa institución al accionante

Referencia: expediente T-4518537

Acción de tutela presentada por el señor Julio César Castillo Castro, contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea.

Derechos fundamentales invocados: libertad, trabajo, libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger y ejercer profesión u oficio.

Tema: procedibilidad de la acción de tutela cuando se solicita el retiro del servicio activo de una persona vinculada a la Fuerza Aérea, cuya labor le genera estrés afectándolo física y psicológicamente, desmejorando con ello su calidad de vida.

Problema jurídico: ¿Si la negativa de la accionada a la solicitud del retiro del servicio activo por un miembro de las Fuerzas Militares, alegando para ello motivos de seguridad nacional o especiales, es legítima a la luz de los derechos fundamentales a la libertad de escoger profesión u oficio y el libre desarrollo de la personalidad cuando el accionante se considera no apto y motivado para continuar en el mismo?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Martha Victoria SÁCHICA Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 31 de julio de 2014, que revocó la sentencia de primera instancia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D” del 13 de mayo de 2014, que amparó los derechos del accionante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, mediante Auto

del seis (06) de octubre de dos mil catorce (2014), escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1 SOLICITUD

El señor Julio César Castillo Castro formuló acción de tutela contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la libertad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, los cuales considera vulnerados por la demandada al no acceder a su retiro en forma temporal en el Grado Aerotécnico de la Fuerza Aérea a partir del 29 de noviembre de 2014, según solicitud que hiciera el 9 de mayo de 2012. Basa su solicitud en los siguientes:

1.2 HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.2.1 El señor Julio César Castillo Castro, quien cuanta con 26 años de edad, afirma que ingresó a la Fuerza Aérea el día 14 de diciembre de 2010, como Suboficial en el grado de Aerotécnico, en la especialidad de Mantenimiento. Actualmente se desempeña como operario especializado en estructuras y láminas.

1.2.2 Manifiesta que mediante escrito del 9 de mayo de 2012, solicitó al General Comandante de la Fuerza Aérea su “retiro del servicio activo por solicitud propia en forma temporal con pase a la reserva a partir del 29 de noviembre de 2014”.

1.2.3 Dice que, según oficio No. 20135190057303 del 27 de mayo de 2013, el Coronel Comandante del Comando Aéreo de Transporte Militar, remitió al Brigadier General del Aire Jefe de Desarrollo Humano, un concepto favorable de su solicitud, con el fin de que “esa jefatura tenga a bien ordenar a quien corresponda emitir concepto de retiro y trámite respectivo ante COFAC. El señor Suboficial ingresó a la Fuerza Aérea el 14 de diciembre de 2010, en la especialidad de Mantenimiento Aerotécnico, actualmente se desempeña como operario especializado en estructuras y láminas. Este Comando apoya la presente solicitud de retiro del servicio activo del señor Suboficial a partir de diciembre del año 2015. El

tiempo en el grado del señor Suboficial CASTILLO CASTRO es de dos (2) años y cinco (5) meses. Con lo anterior se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 99 y 101 del Decreto 1790 de 2000.”

1.2.4 Sin embargo, asegura que en la respuesta emitida por parte del señor Coronel Director de Personal en oficio No. 20133531211553 del 17 de diciembre de 2013, se le comunicó que “teniendo en cuenta las actividades especiales del servicio que le han sido encomendadas y las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el país por parte de las organizaciones al margen de la ley, ha decidido con fundamento en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo a partir del 17-ENERO-2017 salvo que la situación mencionada perdure o se agrave.”

1.2.5 Señala que el día 5 de febrero de 2014, presentó una nueva solicitud de retiro del servicio, justificada en motivos personales y familiares que le han generado problemas afectando su calidad de vida en su salud física y mental, por lo que agradecía no ser tenido en cuenta para ascenso a Técnico Cuarto. Dicha solicitud fue resuelta mediante oficio No. 20146410055281 del 5 de marzo de 2014, en el cual se le indicó que su petición inicial fue tramitada mediante oficio No. 20133531211553 del 17 de diciembre de 2013, y en cuanto a la segunda solicitud, se tendría en cuenta “salvo que alguna situación especial del servicio se presente durante su permanencia en el servicio activo, que haga necesaria su capacitación y entrenamiento para el cabal desarrollo de sus funciones y tareas encomendadas.”

1.2.6 Por último, dice que la cláusula de permanencia de dos años en el servicio según la norma, se firmó el 17 de diciembre de 2010, por lo que a la fecha de la solicitud superaba ese tiempo, de manera que se encontraba cumplida la exigencia en ese sentido.

1.2.7 Alega falta de vocación militar, por lo que trabajar en esa institución le ha generado estrés laboral, hecho que le ha afectado su calidad de vida tanto física como mentalmente, reflejándose en un cuadro clínico de colon irritable y tratamiento psicológico desde hace más de un año.

1.2.8 Agrega, que voluntariamente ha renunciado a todo ascenso y capacitaciones con

el fin de no generar traumatismos en el proceso de retiro.

1.2.9 Reitera, que la situación se hizo más gravosa el día 5 de diciembre de 2013, fecha en la cual fue trasladado a la base militar Tres Esquinas, lugar que por razones logísticas y de aislamiento, no es posible continuar con los tratamientos médicos y nutricionales ordenados, empeorando su salud física, emocional y psicológica, por lo que considera se están vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de ejercer profesión u oficio.

1.3 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “D”, admitió la acción de amparo el 29 de abril de 2014, y corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.3.1 Mediante oficio No. 20146410107001 del 5 de mayo de 2014, el Comandante de la Fuerza Aérea, Mayor General del Aire, Guillermo León León, informó que ese comando ha sido respetuoso de los derechos de cada uno de sus integrantes así sean civiles o militares y que entienden los motivos del accionante de retirarse en forma inmediata de la institución, pero aclara sobre el procedimiento y las normas que rigen para esos eventos en la carrera militar, así:

1.3.1.1 El Decreto Ley 1790 de 2000[1], consagra en su artículo 101 que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, el cual se concederá siempre y cuando no medien razones de seguridad nacional o especial, que requieran de la permanencia en el cargo activo del solicitante.

1.3.1.2 Lo anterior, por cuanto el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cumplen con tareas destinadas a la protección de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial, el orden constitucional y los derechos y libertades de los ciudadanos[2].

1.3.1.3 El artículo 1º de la Norma Superior establece que Colombia es un Estado Social de Derecho donde prima el interés general.

1.3.1.5 Ser miembro de la Fuerza Pública tiene connotaciones excepcionales propias, por lo

que el hecho de no permitirles en forma inmediata el retiro de la Institución no vulnera los derechos fundamentales de sus miembros, dado que no puede efectuarse como si se tratara de una entidad estatal o particular cualquiera, “ya que tienen una misión constitucional que cumplir, que conlleva a que cada uno de sus miembros sea una pieza fundamental e importante para la fuerza”.

1.3.1.6 La solicitud de retiro del accionante fue estudiada teniendo en cuenta la especialidad a la que pertenece, la capacitación que ha recibido, la experiencia, el área en la que se encuentra laborando, frente a las necesidades del servicio, el movimiento o rotación, todo ello en pro de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza.

1.3.1.7 El hoy tutelante ha recibido 12 capacitaciones entre los años 2010 a 2011 en mantenimiento de línea y base de distintos equipos y sus motores, y la última capacitación en el año 2013 en inducción básica de estructuras y láminas, y por lo tanto, su retiro no sería inmediato no sólo por la capacitación recibida sino por la experiencia adquirida en las aeronaves, cuya situación específica del militar frente a las necesidades del servicio, no son otras que las del país, eliminándose de esa manera la arbitrariedad y la subjetividad.

1.3.1.8 Que la Fuerza Aérea cumplió con su obligación de responder de fondo las peticiones realizadas, sin que ello implique que debían ser favorables al peticionario, y las razones dadas se encuentran acordes con la situación de orden público del país.

1.3.1.9 Que al accionante se le citó en varias oportunidades en el mes de marzo de 2014, para que se presentara en el Centro de Medicina Aeroespacial para la práctica de los exámenes médicos que lo acreditaban para los ascensos del personal, las cuales ha incumplido, renunciando a las aspiraciones de obtener el grado de Técnico Cuarto en la institución.

1.3.1.10 Por último, indica que respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión y oficio, la Corte Constitucional en sentencia T-718 de 2008 ha dicho en forma específica que el retiro del personal de la Fuerza Pública no es absoluto, precisamente por la misión especial que el pueblo ha confiado en ella para su seguridad.

1.4 PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.1 Escrito del 9 de mayo de 2012, dirigido al General Comandante de la Fuerza Aérea por el accionante, donde solicita su retiro del servicio activo a partir del 29 de noviembre de 2014 (folio 18).

1.4.2 Copia de la cédula de ciudadanía del señor Julio César Castillo Castro (folio 19).

1.4.3 Copia del oficio No. 20135190057303 del 27 de mayo de 2013, firmado por el Coronel Comandante del Comando Aéreo de Transporte Militar, donde remite el concepto favorable de retiro del señor Julio César Castillo Castro al Brigadier General del Aire Jefe de Desarrollo Humano, donde autoriza el retiro del servicio activo del señor Suboficial a partir de diciembre del año 2015 (folio 20).

1.4.4 Notificación del 26 de diciembre de 2013, que hace el Comando Aéreo de Transporte Militar – Departamento de Desarrollo Humano al señor Julio César Castillo Castro, donde le informa que su retiro será considerado a partir del 17 de enero de 2017 (folio 21).

1.4.5 Oficio No. 20133531211553 del 17 de diciembre de 2013 expedido por la Dirección de Personal de las Fuerza Aérea donde le informa al señor Julio César Castillo Castro, que su retiro será considerado a partir del 17 de enero de 2017 (folio 22).

1.4.6 Oficio No. 20137640069793 del 28 de junio de 2013, expedido por el Comandante Aéreo de Transporte Militar, el cual va dirigido al Brigadier General del Aire, donde anexa la renuncia del señor Julio César Castillo Castro, al curso de ascenso para Técnico Cuarto (folio 23).

1.4.7 Oficio del 26 de junio de 2013, que remite el señor Julio César Castillo Castro al Brigadier General del Aire, donde expresa su deseo de no ser tenido en cuenta para los cursos de ascenso al grado de Técnico Cuarto que se realizarían en el mes de marzo de 2014 (folio 24).

1.4.8 Copia de la Resolución No. 106 del 27 de febrero de 2014, expedida por el

Comandante de la Fuerza Aérea donde se asciende a un personal de Suboficiales, donde consta que el señor Julio César Castillo Castro no aparece dentro del grupo autorizado por esa Institución (folios 25 al 37).

1.4.9 Derecho de petición del 5 de febrero de 2014, dirigido al Mayor General del Aire, donde el señor Julio César Castillo Castro reitera su solicitud de retiro a partir del 29 de noviembre de 2014, aduciendo motivos de salud y desmotivación por el servicio (folios 38 al 41).

1.4.10 Oficio No. 20146410055281 del 5 de marzo de 2014, expedido por el Comandante de la Fuerza Aérea, mediante el cual responde el derecho de petición presentado, informándole que su solicitud de no ser tenido en cuenta para los ascensos fue aceptada y, en cuanto a su solicitud de retiro a partir del 29 de noviembre de 2014, la misma ya fue resuelta en su oportunidad (folio 46).

1.4.11 Copia de la historia clínica del señor Julio César Castillo Castro del 23 de agosto de 2013, donde se registra grado de estrés debido a un ambiente laboral hostil, trastorno de ansiedad con síntomas orgánicos significativos y alteración del sueño asociados a la situación laboral conflictiva. Consta la iniciación de terapias y se recomienda la intervención médica (folios 47 al 53).

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Mediante fallo del 13 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “D”, amparó los derechos fundamentales del accionante, y ordenó al Comandante de la Fuerza Aérea para que iniciara los trámites administrativos para la aprobación y autorización de inmediato del retiro del señor Julio César Castillo Castro. Su decisión se basó en lo siguiente:

2.1.1 El derecho al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión y oficio a que se refiere el artículo 26 de la Constitución Política, se encuentra íntimamente ligado al derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta y a la

igualdad de oportunidades establecidos en los artículos 13 y 53 ibídem, ampliamente estudiado en la sentencia T-106 de 1993 por la Corte Constitucional.

2.1.2 El Decreto 1790 de 2000 señala en el artículo 101 que el retiro del servicio “se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en la actividad a juicio de la autoridad competente”.

2.1.3 Del contenido de la norma, el legislador limitó el derecho de retiro voluntario de las Fuerzas Militares cuando señala que el mismo es viable siempre y cuando las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad del servicio lo permitan, razones que alegó la accionada. No obstante, aun cuando la norma consagra el ejercicio de una potestad administrativa, al contener conceptos jurídicos indeterminados, “su ejercicio no es del todo discrecional y debe corresponder a fines constitucionalmente admisibles, fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados”.

2.2 IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1 Mediante escrito No. 20146410121831 del 20 de mayo de 2014, el Mayor General del Aire Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, dentro del término legal, impugnó el fallo de primera instancia, por los siguientes motivos:

2.2.1.1 El señor Aerotécnico Julio Cesar Castillo Castro elevó solicitud de retiro a partir del 29 de noviembre de 2014, dándole respuesta mediante oficio No. 20133531211553 del 17 de diciembre de 2013 donde se le informó que se consideraría su solicitud de retiro a partir del 17 de enero de 2017, fecha que se considera razonable, en la cual la Institución podrá capacitar nuevamente a un Técnico de reemplazo.

2.2.1.2 Conforme a las necesidades del servicio, un Suboficial no puede reemplazarse de un día para otro, ya que en su proceso de formación, la Institución invirtió dinero del erario público y tardó aproximadamente 6 años en ello.

2.2.1.3 Una vez recibida la solicitud de retiro por parte de un miembro militar, se inicia un procedimiento donde se analizan varios aspectos, entre otros, la capacitación recibida, la

especialidad, la experiencia y el área donde se encuentra laborando, frente a las necesidades del servicio, con el fin de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza Militar.

2.2.1.4 En el caso del accionante, ha recibido cursos de adiestramientos y ascensos desde el año 2010 al 2013, por lo que su reemplazo no podría ser inmediato no solo por las capacitaciones brindadas sino por la experiencia adquirida en las aeronaves.

2.2.1.5 Ordenar el retiro inmediato del señor Castillo Castro de la Institución sin considerar los argumentos que tuvo la Fuerza Aérea para señalar su fecha de retiro, sería desconocer que los militares tienen algunos derechos fundamentales restringidos en pro del interés general, dejando a un lado sus intereses particulares.

2.2.1.6 Por último, indica que se le está dando una interpretación errada al hecho de “postergar el estudio de la petición señalando el 17 de enero de 2017 como fecha para estimar la solicitud, interpretación que no se ajusta a la realidad, ya que ésta será la fecha de retiro del accionante”.

2.2.1.7 Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar sea denegado el amparo solicitado.

2.3 DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. SECCIÓN QUINTA CONSEJO DE ESTADO

2.3.1 Mediante fallo del 31 de julio de 2014, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, revocó la sentencia anterior y declaró la improcedencia de la acción de tutela. Su decisión se basó en lo siguiente:

2.3.2 La accionada emitió actos administrativos que resolvieron la solicitud de retiro del servicio activo presentado por el actor que reflejaban la decisión de la institución de negar el retiro inmediato el cual fue autorizado a partir del 17 de enero de 2017, para lo cual, el solicitante contó con otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para controvertir las resoluciones a través de un procedimiento de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

2.3.3 En tales circunstancias, la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la subsidiariedad y, en consecuencia, no legitima la intervención del juez de tutela.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala decidir sobre la procedibilidad de la acción de tutela cuando se solicita el retiro del servicio activo de una persona vinculada a la Fuerza Aérea, cuya labor le genera estrés afectándolo física y psicológicamente, desmejorando con ello su calidad de vida.

Para lo anterior es preciso determinar ¿si la negativa de la accionada a la solicitud del retiro del servicio activo por un miembro de las Fuerzas Militares, alegando para ello motivos de seguridad nacional o especiales, es legítima a la luz de los derechos fundamentales a la libertad de escoger profesión u oficio y el libre desarrollo de la personalidad cuando el accionante se considera no apto y motivado para continuar en el mismo?

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, consideraciones generales acerca de la procedencia de la acción de tutela; segundo, libertad de escoger profesión u oficio -limitaciones para miembros de las Fuerzas Militares-; tercero, el derecho de retiro de miembros de las Fuerzas Militares; y, cuarto, se analizará el caso concreto.

3.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Carta Política, señala que la acción de tutela sólo procede cuando el titular del derecho afectado no cuenta con un medio judicial para la protección de los derechos fundamentales o cuando el mismo es insuficiente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre dicho particular, la Corte ha sostenido:

“La Corte Constitucional -en ejercicio de su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución- ha tenido oportunidad de decantar la interpretación de la norma al establecer que, a falta de la existencia de mecanismos ordinarios de protección, la tutela es la acción principal y definitiva de defensa de los derechos fundamentales; mas, cuando dichos mecanismos existen, pero son insuficientes para proveer una protección efectiva, la tutela procede subsidiariamente, de manera transitoria, a fin de evitar la concreción de un perjuicio irremediable. Excepcionalmente, la Corte ha admitido la procedencia de la tutela subsidiaria con carácter definitivo cuando, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa, su recurrencia no haría desaparecer el perjuicio irremediable.

“De dicha interpretación se deduce que frente a la existencia de otras vías judiciales de defensa, la acción de tutela no actúa como mecanismo principal de protección, sino, -apenas- como herramienta subsidiaria. La índole subsidiaria de la acción de tutela se justifica, entre otras cosas, en la necesidad de preservar los espectros de competencia de las jurisdicciones ordinarias. Efectivamente, al instaurar la tutela como mecanismo subsidiario de amparo, el constituyente quiso evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita decisoria del juez natural, conservando a su vez la estructura de las jurisdicciones ordinarias y, por ende, la organización de la Administración de Justicia.”[3]

En el caso concreto, el demandante presenta la acción de tutela ante la decisión de las Fuerzas Militares de impedir su retiro voluntario de la institución. Esta decisión administrativa es, en principio, susceptible de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que podría sostenerse, como lo hace el Consejo de Estado al desatar la segunda instancia, que la tutela se torna improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa.

No obstante, la Corte Constitucional en casos similares al ahora estudiado ha considerado la acción de tutela como la vía idónea de protección de los derechos invocados, en atención a que la duración de un proceso contencioso administrativo impediría resolver de manera efectiva un conflicto jurídico que se verifica todos los días, como consecuencia de la negativa de la institución de autorizar el retiro de la misma. La decisión, así considerada, tiene un efecto negativo constante en la efectividad del derecho fundamental, por lo que la vía contencioso administrativa no resulta idónea para mitigar esta afectación[4].

Sobre dicho particular, la Corte sostuvo en Sentencia T- 1094 de 2001[5]:

“...la Sala debe manifestar su desacuerdo con uno de los criterios utilizados por el a quo para rechazar la tutela, cual es el de la existencia de otros medios de defensa judicial, pues si bien el oficio mediante el cual se le negó al actor su retiro del servicio es susceptible de impugnación por la vía contenciosa, previo cumplimiento de las formalidades legales establecidas para el efecto, dicho mecanismo judicial no resultaría idóneo para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en el caso de que el juez encontrara probado la afectación de los derechos fundamentales invocados. De hecho, es evidente que si la fecha del retiro del servicio se pospuso por espacio de 10 meses, y el querer del actor es que el mismo se produzca en un plazo menor, la eventual protección a sus derechos sólo sería posible en el esquema de la acción de tutela, por tener ésta un carácter preferente, breve y sumario (C.P. art. 86), no previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

Este criterio fue acogido en sentencias posteriores[6], como por ejemplo cuando aseguró que “si bien la decisión de no conceder el retiro inmediato a un miembro de las Fuerzas Militares puede ser controvertida en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el mecanismo idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio es la acción de tutela”[7].

Establecido que, en casos como el sub judice, la tutela constituye mecanismo idóneo de defensa, pasa la Sala a estudiar la supuesta vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

3.2.2 LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO Y LAS LIMITACIONES PARA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES.

3.2.2.1 El artículo 26 de la Constitución Política establece la libertad de toda persona a escoger profesión u oficio. Se entiende que es la forma en que el individuo decide emplear su capacidad productiva, la cual hace parte importante de su plan de vida.

En este sentido, este Tribunal reconoció que “existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.), expresión del derecho fundamental a la libertad

(art. 13 C.P.). En materia laboral estos derechos se manifiestan en la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26 C.P).[8]

De igual forma señaló que este derecho comprende una doble garantía de ejercicio y protección, una positiva y otra negativa. La dimensión positiva, consiste en la libertad de la persona de escoger la actividad laboral u oficio al cual desea dedicarse. Y la negativa, se encuentra reflejada en la garantía de no ser obligado a ejercer una profesión o un oficio determinado, así como tener la posibilidad de abandonar una actividad o de cambiar la forma en que se la realiza.[9]

Desde sus inicios la Corte Constitucional abordó estos dos aspectos, tanto el positivo como el negativo. En ese sentido esta Corporación en sentencia T-1094 de 2001[10] manifestó:

“...[E]l derecho a la libre escogencia de profesión u oficio, comprende una doble garantía de ejercicio y protección: (i) Por su aspecto positivo, nadie puede impedirle a una persona el ejercicio de una actividad laboral lícita[11] (ii) En su aspecto negativo, ninguna persona puede ser obligada a desempeñar una determinada actividad en contra de su voluntad y de su libre elección.[12] Esta doble dimensión del derecho anotado, encuentra su justificación en la importancia que conlleva para el interés general y la proyección social del individuo, el ejercicio de las profesiones y oficios dentro de un Estado Social de Derecho.”

El tema fue reiterado por esta Corporación en la sentencia T-1218 de 2003[13], en la que se señaló que la libertad de escoger profesión u oficio se refiere especialmente a la garantía de que gozan los ciudadanos para elegir la actividad a la que se van a dedicar. Indicó también que comprende un sentido positivo y uno negativo, en la medida en que las personas pueden decidir en forma autónoma el trabajo que quieren desempeñar y, simultáneamente, tener la certeza de que no serán obligados a desempeñar una labor contra su propia voluntad de acuerdo con el principio de libre elección.

3.2.2.2 Sin embargo, esta Corporación[14] igualmente señaló que esta libertad está sujeta a las restricciones del interés común. En efecto, reiteró que el derecho a modificar las condiciones de trabajo e incluso el derecho a renunciar al mismo, podían ser limitados en la medida en que su renuncia comprometiera directamente los intereses generales.

En la sentencia T-718 de 2008[15] indicó, que “los derechos fundamentales no son absolutos, sino que se ejercen en relación con los derechos de los demás, también la libertad de escogencia de profesión u oficio –en sus dos dimensiones- está sujeta a ciertos límites.

En la citada sentencia se refirió respecto a la dimensión positiva, que el artículo 26 de la Carta establece que: “el legislador puede exigir títulos de idoneidad, lo que significa que el Estado está habilitado para garantizar que la profesión se ejerza en condiciones mínimas de calidad. En segundo término, tal como lo establece la propia Carta Fundamental, las autoridades tienen potestad de inspección y vigilancia respecto del ejercicio de las profesiones, lo que significa que la libertad está sujeta a las restricciones del interés común.”

En cuanto al aspecto negativo de la garantía, la Corte dijo que:

“el derecho a dejar de ejercer una profesión o un oficio o de modificar las condiciones en que se realizan debe evaluarse de conformidad con su calidad e impacto social. En efecto, la jurisprudencia constitucional sostiene que el ejercicio de una profesión o de un oficio tiene repercusiones sociales que afectan en grados diversos los intereses de la comunidad. Así, cada caso debe evaluarse de acuerdo con el impacto que dicha actividad genera en la sociedad y los perjuicios que una decisión autónoma podría traer al conglomerado. En esa lógica, la jurisprudencia sostiene que el derecho a modificar las condiciones de trabajo e, incluso, el derecho a renunciar a un trabajo puede ser limitado por el legislador –con motivos razonables- cuando el trabajo de que se trata compromete directamente los intereses generales. Las restricciones disminuyen y, por tanto, resultan sospechosas, si el oficio o la profesión ejercida no implican un riesgo social o su ejercicio no afecta la estabilidad del interés común. La Corte ha dicho a este respecto que la posibilidad de modificar las condiciones de ejercicio de una profesión o un oficio se enmarcan en el concepto de *ius variandi*, o derecho del empleador de modificar o restringir las condiciones en que el particular o el servidor público ejercen la profesión o el oficio que libremente han escogido.”

3.2.2.3 Ahora bien, en cuanto a la potestad que ostenta el empleador de definir las condiciones de ejercicio de la labor del servidor público o del particular, la Corte en

sentencia T-1094 de 2001[16] sostuvo:

“Ahora bien, en lo que toca con el ejercicio legítimo de esa facultad por parte de los empleadores públicos y privados -la de modificar razonablemente las condiciones laborales de sus trabajadores-, es menester distinguir dos situaciones concretas: i) Las relacionadas con actividades que no comportan el carácter de esenciales ni comprometen directamente funciones propias del Estado, evento en el cual el ejercicio del *ius variandi* es de aplicación restrictiva, y ii) Las relacionadas con actividades esenciales dentro del cumplimiento de los fines del Estado, caso en el cual el empleador goza de un mayor grado de discrecionalidad o flexibilidad para el ejercicio de esta potestad, precisamente, en razón de la naturaleza de tales actividades y del objetivo social que se persigue con el cumplimiento de las mismas”.

De esa forma, en sentencia T-457 de 2003[17] esta Corporación señaló:

“La libertad de escoger profesión u oficio se ve garantizada en la medida en que no se puede prohibir que una persona ejerza una actividad laboral lícita, y el individuo no puede ser obligado a permanecer en el ejercicio de un trabajo que no desea. No obstante, éste, como todos los derechos, no es absoluto. La decisión individual puede tener límites por la trascendencia colectiva o general que puede conllevar el ejercicio de determinadas labores, en especial si se trata de una actividad en la que se desarrollen fines del Estado. Sin embargo, tales limitaciones, dentro de un marco constitucional, deben ser razonables y proporcionales.

Una de las labores donde se da una particular restricción de la libertad de escoger profesión u oficio es en la Fuerza Pública. Esto, en virtud de que las labores de ésta están “orientadas al mantenimiento del orden público interno, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y de los principios constitucionales, (Artículo 217 Inciso 2 C.P.)”[18] A juicio de la Corte, “si bien a los miembros de la Fuerza Pública se les reconocen las garantías consagradas en el artículo 28 Superior, (...) tales derechos pueden verse limitados por razones operativas propias del servicio, tal como ocurre en los casos donde se requiere el acuartelamiento obligatorio y la prolongación de su permanencia en filas sin que medie ningún tipo de consentimiento.”[19]

3.2.2.4 De manera particular, en el caso de los miembros de la Fuerzas Militares, el Decreto

1790 de 2000, por el cual se regula la carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares, consagra en su artículo 101 que la autorización del retiro del servicio se puede negar “cuando medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio, que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente.”

Al respecto, la Corte Constitucional[20] ha sostenido que:

“el retiro del servicio activo, como manifestación de los derechos a la libertad personal y a la libre escogencia de profesión u oficio, puede verse limitado en forma legítima, cuando la autoridad competente lo considere necesario y conveniente para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a la Fuerza Pública.

“Cabe destacar que la valoración efectuada para abstenerse de conceder el retiro inmediato del servicio se contrae, exclusivamente, a la existencia de “razones de seguridad nacional o especiales del servicio”. Desde esta perspectiva, si bien la previsión normativa consagra el ejercicio de una potestad administrativa, al contener conceptos jurídicos indeterminados, su ejercicio no es del todo discrecional y debe corresponder a fines constitucionalmente admisibles, fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados.”[21] (subrayas ajenas al texto)”.

Esta Sala reitera así la posición decantada de la jurisprudencia que se sintetiza del siguiente modo:

“...[E]l ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad. No obstante, también ha precisado que tales derechos no son absolutos, ya que pueden verse limitados, por ejemplo, en el caso de personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales. En efecto, así ocurre con los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que en virtud del artículo 217 de la Constitución[22] están llamados a garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. En efecto, el mencionado artículo constitucional faculta al Legislador para regular el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, los ascensos, derechos y obligaciones, así como el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario al cual estarán sometidos. Quiere

decir lo anterior que, en cuanto a derechos se refiere, la misma Constitución consagra expresamente algunas limitaciones no previstas para los demás ciudadanos.”[23]

De los apartes anteriores se concluye, que a pesar de que el derecho a escoger profesión u oficio permite, en principio, que el individuo decida a qué actividad dedicar su fuerza productiva, dicha autonomía puede ser legítimamente limitada por el Estado cuando las necesidades públicas lo exijan, concretamente, cuando la actividad desplegada por el individuo afecte los intereses generales de la comunidad[24].

3.2.3 EL DERECHO DE RETIRO DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

De acuerdo con lo que se dijo anteriormente, que la libertad de escoger profesión u oficio es un derecho sometido a reglas, que puede ser limitado por motivos razonables vinculados con el interés público, la Corte Constitucional ha señalado que en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, dichas restricciones pueden imponerse con mayor intensidad.

En efecto, el artículo 217 de la Constitución Política señala que las Fuerzas Militares tienen como fin el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar el orden público dentro del territorio nacional. Por ello, sus funciones se encuentran inmediatamente vinculadas con el interés general. La conservación del orden jurídico y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades y derechos de los asociados son valores que claramente involucran el bienestar de todos los habitantes del territorio[25].

La citada norma Superior también establece que la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como sus ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros, y estén sometidas a un régimen especial de carrera y a regímenes especiales de prestaciones sociales y de responsabilidad disciplinaria.

En esa forma, la misma Constitución restringe los derechos de los miembros de la fuerza pública. A juicio de la Corte, “si bien a los miembros de las Fuerza Pública se les reconocen las garantías consagradas en el artículo 28 Superior, (...) tales derechos pueden verse limitados por razones operativas propias del servicio, tal como ocurre en los casos donde se requiere el acuartelamiento obligatorio y la prolongación de su permanencia en filas sin que medie ningún tipo de consentimiento.”[26]

Ahora bien, el Decreto 1790 de 2000, por el cual se establecen las normas de carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, consagra en su artículo 101 que “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente.”

De esta forma, la norma condicionó el derecho de retiro voluntario de los miembros de las Fuerzas Militares a que el mismo será viable siempre y cuando las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad del servicio lo permitan. Es así que la garantía del derecho a escoger libremente profesión u oficio se encuentra limitada porque condicionó la facultad de dejar de pertenecer a las Fuerzas Militares, a que su retiro podría derivar consecuencias desfavorables para la seguridad nacional o para el servicio mismo.

Para la Corte[27] es claro que “... el conocimiento de la norma que limita la facultad unilateral de retiro por razones del servicio y de seguridad nacional es un presupuesto que, por estar consignado en la ley, debe considerarse conocido por todos aquellos que voluntariamente deciden vincularse a la Policía Nacional. En este sentido, no es legítimo alegar ignorancia de la norma que restringe el alcance de este derecho fundamental cuando se considera que el retiro puede hacerse por mera liberalidad del servidor público vinculado a la Policía.”

Sin embargo, a pesar de que las normas referidas conceden un marco de discrecionalidad a la autoridad nominadora para establecer cuándo es posible autorizar un retiro voluntario, dicha facultad no puede derivar en arbitrariedad, y las razones por las cuales se niega el retiro de quien voluntariamente desea hacerlo deben fundarse en motivos ciertos, verificables y razonables.

En sentencia T-1094 de 2001[28] la Corte se pronunció de la siguiente manera:

“Cabe destacar que la valoración efectuada para abstenerse de conceder el retiro inmediato del servicio se contrae, exclusivamente, a la existencia de “razones de seguridad nacional o especiales del servicio”. Desde esta perspectiva, si bien la previsión normativa consagra el ejercicio de una potestad administrativa, al contener conceptos jurídicos indeterminados, su ejercicio no es del todo discrecional y debe corresponder a fines constitucionalmente

admisibles, fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados.”

Y sobre el mismo particular, en sentencia T-1218 de 2003[29] enfatizó:

“Ello significa imponer una carga argumentativa y probatoria a la autoridad castrense, que se explica al menos por dos razones: en primer lugar, porque tratándose de la restricción de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares es apenas razonable exigir una correspondencia entre los fundamentos invocados y la realidad; y en segundo lugar, porque es la institución quien efectivamente dispone de la información suficiente para dar cuenta de los motivos que aduce cuando impide el retiro de sus miembros.”

Visto lo anterior, se concluye que las limitaciones a la dimensión negativa del derecho a escoger libremente profesión u oficio son legítimas, y que en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares dicha legitimidad depende de que verdaderamente concurren razones de seguridad nacional o especiales del servicio que impidan hacer efectiva la salida voluntaria del miembro de la institución.

4. CASO CONCRETO

Previo del análisis del caso planteado, la Sala considera que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, al tenor de los artículos 86 de la Carta y 1° del Decreto 2591 de 1991.

3.1 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La procedencia de la acción de tutela se sintetiza en la existencia de legitimación por activa y por pasiva; la instauración del amparo de manera oportuna (inmediatez); y la inexistencia de mecanismos judiciales idóneos y eficaces, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad), presupuestos que a continuación serán estudiados por la Sala.

3.1.1 Legitimación por activa y por pasiva

3.1.1.1 Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular

de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

La sala encuentra que en virtud de la normativa mencionada, el señor Julio César Castillo Castro se encuentra legitimado para iniciar la acción, toda vez que promovió la tutela a nombre propio.

3.1.1.2 En cuanto a la legitimación por pasiva, la Sala observa que el accionante presentó acción de tutela contra la Fuerza Aérea, al no autorizarle el retiro voluntario de la institución, por lo tanto, dicha entidad es la presunta vulneradora de los derechos fundamentales invocados, por lo cual se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

3.1.2 Inmediatez

La inmediatez se refiere a que la acción de tutela sea interpuesta dentro de un término razonable que permita la protección de los derechos fundamentales del accionante y no afecte los derechos de un tercero. De tal forma que dicho requisito reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales. De no ser así, se desdibujaría la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales que se han visto afectados o vulnerados.

La Sala encuentra que el caso que se analiza sí cumple con el requisito señalado, habida cuenta que la respuesta de la accionada negando la solicitud de retiro tiene fecha del 17 de diciembre de 2013 y la tutela fue presentada el 29 de abril de 2014, tiempo que se considera prudencial para interponer la presente acción.

3.1.3 Subsidiariedad

En el caso concreto, la acción de tutela se dirige contra la decisión de la Fuerza Aérea de impedir el retiro voluntario del accionante de la Institución en el término por él solicitado.

Observa la Sala que se trata de una decisión administrativa que en principio, es susceptible de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, tal como se explicó anteriormente por las circunstancias especiales que ofrece el proceso de la referencia, la acción de tutela es la vía idónea de protección de los derechos invocados.

Lo anterior, por cuanto la entidad demandada se niega a resolver de manera la solicitud de retiro voluntario de la Institución en el tiempo solicitado, y la pospone por un tiempo calculado en años; el demandante considera que la prohibición de retiro implica una violación actual e inmediata de sus derechos fundamentales, por lo que cada día que pasa constituye una vulneración verificable de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de su libertad personal.

En esa forma, la Sala de Revisión, encuentra procedente la acción de tutela incoada y, procede a estudiar si se están afectando los derechos fundamentales invocados.

3.2 ESTUDIO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Sala debe determinar si la negativa de la Fuerza Aérea de autorizar el retiro voluntario del Suboficial Julio Castillo Castro se encuentra justificada y responde a las necesidades legales que permiten negar la solicitud.

En esta oportunidad, teniendo en cuenta las consideraciones particulares del caso, la Sala considera que los derechos invocados se han visto violentados por la entidad accionada, por las razones que a continuación se enuncian.

3.2.1 El demandante sostiene que su decisión de retirarse del servicio activo fue motivada por falta de vocación militar, y además, por lo que trabajar en esa Institución le ha generado estrés laboral que le ha afectado su calidad de vida tanto física como mentalmente, reflejándose en un cuadro clínico de colon irritable crónico y sobrepeso que requieren de valoración y educación nutricional, adicionado al hecho de que se encuentra en tratamiento psicológico, por lo cual, solicita se amparen sus derechos fundamentales a la libertad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, y se ordene a la accionada, que le sea asignado una fecha de retiro para el año 2014, ya que no se encuentra apto para continuar en el servicio.

3.2.2 El siguiente es el recuento del trámite que se dio a su petición.

3.2.2.1 El 9 de mayo de 2012, el accionante solicitó al General Comandante de la Fuerza Aérea el retiro del servicio activo por solicitud propia en forma temporal con pase a la reserva a partir del 29 de noviembre de 2014, es decir, con un tiempo de 18 meses de antelación.

3.2.2.2 Sin embargo, la solicitud fue tramitada hasta el año siguiente, el 27 de mayo de 2013, por el Coronel Comandante del Comando Aéreo de Transporte Militar, quien remitió un concepto favorable al Brigadier General del Aire Jefe de Desarrollo Humano, aceptando la solicitud de retiro del servicio activo del señor Suboficial a partir de diciembre del año 2015, y confirmando el tiempo de servicio de 2 años y 5 meses, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 99[30] y 101[31] del Decreto 1790 de 2000.

3.2.2.3 Pese al concepto anterior, que autorizaba el retiro del Suboficial un años después de lo solicitado[32], la respuesta por parte del Brigadier General del Aire Jefe de Desarrollo Humano, fue negar la solicitud aduciendo “las actividades especiales del servicio y las exigencias de seguridad nacional derivadas de la situación de amenaza y turbación del orden público interno en todo el país por parte de las organizaciones al margen de la ley”. Con base en ello, informó que la solicitud de retiro sería considerada a partir del 17 de enero de 2017 salvo que la situación mencionada perdure o se agrave. De acuerdo a lo anterior, se estudiaría nuevamente la solicitud 2 años después de la fecha solicitada, el 29 de noviembre de 2014, prolongándose la decisión en el tiempo.

3.2.2.4 Por último, el día 5 de diciembre de 2013, fue trasladado a la base militar Tres Esquinas, lugar que por razones logísticas y de aislamiento, no le es posible continuar con los tratamientos médicos y nutricionales ordenados, empeorando su salud física, emocional y psicológica, como consta del análisis de las pruebas y documentos allegados al expediente.

3.2.3 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “D”, admitió la acción de amparo el 29 de abril de 2014.

3.2.3.1 Sobre los hechos el Comandante de la Fuerza Aérea, el día 5 de mayo de 2014, informó que ese comando ha sido respetuoso de los derechos de cada uno de sus

integrantes ya sean civiles no militares y que entienden los motivos del accionante de retirarse en forma inmediata de la institución, pero aclara sobre el procedimiento y las normas que rigen para esos eventos en la carrera militar.

3.2.3.2 Dijo que la solicitud de retiro fue estudiada teniendo en cuenta la especialidad a la que pertenece, la capacitación que ha recibido, la experiencia, el área en la que se encuentra laborando, frente a las necesidades del servicio, el movimiento o rotación, todo ello en pro de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza, y por lo tanto, su retiro no sería inmediato no sólo por la capacitación recibida sino por la experiencia adquirida en las aeronaves, eliminándose de esa manera la arbitrariedad y la subjetividad.

3.2.3.3 Indicó que la Institución cumplió con responder de fondo las peticiones realizadas, sin que ello implique que debían ser favorables al peticionario, y las razones dadas se encuentran acordes con la situación de orden público del país.

3.2.3.4 Aseguró que al accionante se le citó en varias oportunidades en el mes de marzo de 2014, para que se presentara en el Centro de Medicina Aeroespacial para la práctica de los exámenes médicos que lo acreditaban para los ascensos del personal, incumpliendo con las mismas y renunciando a las aspiraciones de obtener el grado de Técnico Cuarto en la Institución.

3.2.4 Con fundamento en lo expuesto, en la presente ocasión la Sala concederá la protección a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio. Sin embargo, se otorgará la tutela en los términos que se exponen a continuación: (i) la negativa actual de autorización para el retiro del servicio es válida en la medida en que se sustenta en motivos de orden público y en necesidades logísticas de las Fuerzas Militares; no obstante, (ii) es inadmisibles y desproporcionada la limitación que nace del hecho de que en enero de 2017 se vuelva a considerar la autorización “según las necesidades del servicio de esa fecha.”

3.2.4.1 Si bien el señor Julio César Castillo Castro es titular de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio, el hecho de que él haya optado por entrar a la carrera militar implica limitaciones a esos derechos, previamente conocidas por el accionante.

La presente negativa de retiro tomada por los superiores del peticionario es razonable en la medida en que se soporta en fundamentos normativos y fácticos. En efecto, tal como se dijo en precedencia, el Decreto 1790 de 2000, por el cual se regula parcialmente la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, señala en su artículo 101 que el retiro del servicio “se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente”.

3.2.4.2 Tal como se observa, de la respuesta del Brigadier General del Aire Jefe de Desarrollo Humano, señala tres puntos que, la institución justifica la permanencia del suboficial Julio César Castillo Castro: (1) la necesidad de formar dentro de ese período a un funcionario con igual perfil, (2) el estado de la situación de orden público y (3) el tiempo y dinero invertidos en la formación del solicitante. Dentro de las razones se configuran las dos causales para no conceder la autorización de retiro del servicio: (1) seguridad nacional y (2) razones especiales del servicio, dado que en el momento, según las respuestas referidas, no hay nadie capacitado para desempeñar sus funciones.

3.2.4.3 No obstante, la Corte encuentra que no es proporcional la limitación derivada del hecho de que, según respuesta a la solicitud, en enero de 2017 se pueda volver a negar el retiro del servicio porque la autorización estará “sujeta a las condiciones especiales del servicio y de seguridad nacional de esa época.” En esa medida, la estadía involuntaria del peticionario en la Fuerza Aérea podría llegar a prolongarse indefinidamente, agravando la situación de salud que presenta.

Si, como se señala en respuesta a la solicitud de retiro, el plazo para que un nuevo funcionario se forme y entre a reemplazar al suboficial Sierra Gómez es de dos años aproximadamente, no se entiende cómo se puede retener en el ejercicio militar al accionante por un lapso más largo del requerido, bajo el argumento de que su ausencia genera problemas logísticos.

3.2.4.4. Con fundamento en lo anterior, la Sala considera necesario ordenar el retiro inmediato del accionante del servicio por la grave vulneración de sus derechos, particularmente de su salud física y psicológica. Lo anterior, por cuanto se observa que el señor Julio César Castillo Castro, solicitó la baja del servicio desde el 9 de mayo de 2012 con efectos a partir del 29 de noviembre de 2014, es decir, un lapso de 2 años y 6 meses,

tiempo suficiente para que la entidad accionada tomara las medidas tendientes a proveer la vacante que generaba el retiro del actor.

Adicionalmente, se evidencia que la situación no es injustificada sino que responde, no solo al criterio de libertad de escogencia de oficio, sino a situaciones de afectación de salud, por lo que es inadmisibile que la entidad no tomara las medidas tendientes a proveer oportunamente la vacante y, en su lugar, siguiera obligando al actor a mantenerse en un cargo a costa de su salud.

En esa medida, la Corte ordenará se autorice de inmediato el retiro de la Fuerza Aérea del suboficial Julio César Castillo Castro, sin posibilidad de reconsiderar la decisión con base en la situación de orden público reinante en el país.

Ahora bien, vale la pena señalar que si el accionante ha cambiado de parecer y desea permanecer en la Institución y no existen limitantes para que esto sea así, esta decisión debe primar sobre la orden de aceptación de solicitud de retiro que se impartirá en la presente tutela.

4. CONCLUSIONES

4.1 De acuerdo con las consideraciones esgrimidas en la parte motiva de esta providencia, el derecho de la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26 C.P.) conlleva la libre escogencia de las opciones vitales por parte de su titular, con el límite que implican los derechos de terceros y el respeto al orden jurídico, en la medida en que la forma en que el individuo decide emplear su capacidad productiva es parte importante del plan de vida.

4.2 La libertad de escoger profesión u oficio se ve garantizada en la medida en que no se puede prohibir que una persona ejerza una actividad laboral lícita, y el individuo no puede ser obligado a permanecer en el ejercicio de un trabajo que no desea. No obstante, éste, como todos los derechos, no es absoluto. La decisión individual puede tener límites por la trascendencia colectiva o general que puede conllevar el ejercicio de determinadas labores, en especial si se trata de una actividad en la que se desarrollen fines del Estado. Sin embargo, tales limitaciones, dentro de un marco constitucional, deben ser razonables y proporcionales.

4.3 Una de las labores donde se da una particular restricción de la libertad de escoger profesión u oficio es en las Fuerzas Militares. Esto, en virtud de que las labores de ésta están “orientadas al mantenimiento del orden público interno, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y de los principios constitucionales, (Artículo 217 Inciso 2 C.P.)”[33] A juicio de la Corte, “si bien a los miembros de la Fuerza Pública se les reconocen las garantías consagradas en el artículo 28 Superior, (...) tales derechos pueden verse limitados por razones operativas propias del servicio, tal como ocurre en los casos donde se requiere el acuartelamiento obligatorio y la prolongación de su permanencia en filas sin que medie ningún tipo de consentimiento.”[34]

El Decreto 1790 de 2000, por el cual se regula la carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, consagra en su artículo 101 que la autorización del retiro del servicio se puede negar “cuando medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio, que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente.”

Ha dicho la Corte que el retiro del servicio activo, como manifestación de los derechos a la libertad personal y a la libre escogencia de profesión u oficio, puede verse limitado en forma legítima, cuando la autoridad competente lo considere necesario y conveniente para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a las Fuerzas Militares [35].

4.4 En este orden de ideas, a lo anterior debe agregarse que, como expresamente lo señala la norma, el retiro voluntario de un miembro de las Fuerzas Militares puede negarse por razones vinculadas con la seguridad nacional y por razones especiales del servicio. Aunque dichas expresiones conceden un marco de discrecionalidad a la autoridad nominadora para establecer cuándo es posible autorizar un retiro voluntario, dicha discrecionalidad no puede derivar en arbitrariedad. Ello supone que las razones por las cuales se niega el retiro de quien voluntariamente desea hacerlo deben fundarse en motivos ciertos, verificables y razonables.

Bajo ese contexto, la Sala revocará las decisiones del 31 de julio de 2014, expedida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, y del 13 de mayo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda –

Subsección “D”. Y, en su lugar, se ampararán los derechos fundamentales a la libertad de oficio, a la salud y a la dignidad humana del accionante, y en consecuencia, se ordenará al Comandante de la Fuerza Aérea, que inicie los trámites pertinentes tendientes a la aprobación del retiro inmediato de esa Institución al suboficial Julio César Castillo Castro.

4. DECISIÓN

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

PRIMERO.- Por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, REVOCAR las decisiones del 31 de julio de 2014, expedida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, y del 13 de mayo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “D”, y en su lugar, se ampararán los derechos fundamentales a la libertad de oficio, a la salud y a la dignidad humana del suboficial Julio César Castillo Castro, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- ORDENAR al Comandante de la Fuerza Aérea o quien haga sus veces, para que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites administrativos pertinentes tendientes para que se autorice el retiro inmediato de esa institución al suboficial Julio César Castillo Castro.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

[1] “Por el cual se establecen las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.”

[2] Artículo 127 de la Constitución política.

[3] Sentencia T-1190 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[5] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Entre otras, las sentencias T- 1094 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil; T-1218 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-457 de 2003 y T-718 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[7] Sentencias T-1218 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[8] Sentencia T-718 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[9] Ibídem.

[10] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[11] Lo anterior, sin perjuicio de que el Estado, por mandato del artículo 26 superior, pueda mediante ley exigir títulos de idoneidad y requisitos para el ejercicio de ocupaciones, artes u oficios, que impliquen un riesgo social.

[12] Ibidem

[13] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[14] Sentencia T-718 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[15] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[16] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[17] MP. Marco Gerardo Monroy cabra.

[18] Ver sentencia T-1094/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión, la Corte conoció de una tutela en la cual el accionante, miembro de la Fuerza Aérea Colombiana, había solicitado traslado para poder estar con su familia, y, en virtud de la negativa, en enero de 2001 había solicitado autorización para retiro del servicio, obteniendo como respuesta que sólo se podía retirar hasta marzo de 2002, debido a la necesidad inminente de que él, en su calidad de suboficial de mayor experiencia, transmitiera sus conocimientos al personal que lo podía reemplazar.

La Sala de Revisión encontró legítima tal restricción en virtud de la naturaleza de la actividad desempeñada por el accionante, el tiempo que tomaría formar a su reemplazo, la importancia del cargo que ocupaba y la normatividad vigente en materia de retiro del servicio.)

[19] Ibídem

[20] Sentencia T-457 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Ibídem

[22] ARTICULO 217. “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

[23] Sentencia T-1218 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[24] Sentencia T- 1094 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[25] Sentencia T-718 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[26] Sentencia T- 1094 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[27] Sentencia T-718 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[28] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[29] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

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

[31] ARTÍCULO 101. SOLICITUD DE RETIRO. Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente.”

[32] 29 de noviembre de 2014.

[33] Ver sentencia T-1094/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión, la Corte conoció de una tutela en la cual el accionante, miembro de la Fuerza Aérea Colombiana, había solicitado traslado para poder estar con su familia, y, en virtud de la negativa, en enero de 2001 había solicitado autorización para retiro del servicio, obteniendo como respuesta que sólo se podía retirar hasta marzo de 2002, debido a la necesidad inminente de que él, en su calidad de suboficial de mayor experiencia, transmitiera sus conocimientos al personal que lo podía reemplazar.

La Sala de Revisión encontró legítima tal restricción en virtud de la naturaleza de la actividad desempeñada por el accionante, el tiempo que tomaría formar a su reemplazo, la importancia del cargo que ocupaba y la normatividad vigente en materia de retiro del servicio.)

[34] Ibídem

[35] Sentencia T-457 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy cabra.