

Sentencia T-101/16

RETIRO VOLUNTARIO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA-Procedencia cuando es negado bajo razones de seguridad nacional o circunstancias especiales que exigen su permanencia en las filas

Las distintas Salas de Revisión se han encargado de establecer que la acción de tutela se torna procedente en aquellos eventos en los que se estudia la posible vulneración de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares (FF.MM.) y de Policía que, luego de solicitar el retiro voluntario del servicio activo, el mismo les es negado bajo razones de seguridad nacional o circunstancias especiales que exigen su permanencia en las filas.

PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA CUANDO SE LES IMPIDE RETIRARSE VOLUNTARIAMENTE DEL SERVICIO ACTIVO-Precedentes jurisprudenciales

Un miembro de la Fuerza Pública no puede ser obligado a permanecer durante un tiempo amplio e inflexible en el servicio activo, aludiendo únicamente imposiciones temporales contenidas en directivas internas de las instituciones militares o de policía. Impedir injustificadamente el retiro voluntario de un miembro de la Fuerza Pública conlleva a una vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre escogencia de la profesión u oficio y al debido proceso administrativo.

DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO Y AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por parte de la Fuerza Aérea Colombiana al no permitir retiro inmediato de suboficial

La Fuerza Aérea Colombiana vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio y al debido proceso del accionante, por (i) no haber cumplido con su obligación de probar las razones de seguridad nacional o circunstancias especiales del servicio alegadas, (ii) e imponer a una persona un tiempo desproporcionado de permanencia en la institución, el cual fue estatuido en una norma de

carácter interno, que a su vez se torna inconstitucional en razón a haberse suscrito sin contar con competencia para restringir garantías contenidas en la Carta.

DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO Y AL DEBIDO PROCESO-Orden a Fuerza Aérea Colombiana autorizar y hacer efectivo retiro de Suboficial Aerotécnico

Referencia: expediente T-5238095

Acción de tutela instaurada por Jhon Jaiber Soler Navarro, contra la Fuerza Aérea Colombiana.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015); y en segunda instancia, por la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015); dentro de la acción de tutela promovida por Jhon Jaiber Soler Navarro contra la Fuerza Aérea Colombiana.

El proceso de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

I. ANTECEDENTES

El treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), el señor Jhon Jaiber Soler Navarro instauró acción de tutela contra la Fuerza Aérea Colombiana, en defensa de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, debido proceso e igualdad; los cuales estima vulnerados al impedírsele su retiro del servicio activo como Suboficial Aerotécnico de la institución demandada, bajo la exigencia de permanecer allí hasta por lo menos el diecinueve (19) de enero de dos mil diecinueve (2019), por razones de seguridad nacional y especiales del servicio.

Con el fin de desarrollar de forma precisa los antecedentes, a continuación la Sala presentará los hechos en los que se sustenta la acción de tutela y las decisiones de instancia objeto de revisión.

1. Hechos

1.1. Jhon Jaiber Soler Navarro es una persona de veinticuatro (24) años de edad, quien ingresó Escuela de Suboficiales de la Fuerza Aérea Colombiana (ESUFA) el catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), y ascendió al grado de Suboficial Aerotécnico el quince (15) de diciembre de dos mil doce (2012).[1]

1.2. El ocho (8) de noviembre de 2013, el accionante solicitó al Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana (en adelante F.A.C.) su retiro del servicio activo, a partir del treinta (30) de junio de dos mil catorce (2014).[2]

1.3. Según lo manifestó el actor, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013) nuevamente solicitó a la F.A.C. su retiro, aduciendo: inconformidad con la remuneración recibida; desgaste físico y mental; ausencia de herramientas suficientes para desempeñar su labor como controlador de tránsito aéreo; ausencia de vocación militar; y deseos de desarrollar un proyecto de vida civil, y adelantar estudios universitarios.[3]

1.4. Afirma el peticionario que el veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014) se le informó que su solicitud había sido negada, en atención a la Directiva Permanente No. 019 de 2014 de la F.A.C., en la cual se exige a los miembros de la institución permanecer por lo menos seis (6) años en la misma, antes de iniciar cualquier trámite de retiro.

1.5. Aunado a ello, mediante comunicación del siete (7) de julio de dos mil catorce (2014),

el Jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea le informó al accionante 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 [el Comando] con fundamento en el artículo 101 del Decreto 1790/00 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo a partir del 19-ENERO-2019”(SIC).[4]

1.6. Con base en lo anterior, indica el demandante que el hecho de que la F.A.C. le imponga permanecer en el servicio activo, en contra de su voluntad, vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, debido proceso e igualdad, por lo que a través de la acción de tutela objeto de estudio solicita el amparo de los mismos.

2. Respuesta de la parte accionada

A través de comunicación del diez (10) de agosto de dos mil quince (2015),[5] el Jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea Colombiana dio respuesta a la acción de tutela promovida por el señor Jhon Jaiber Soler Navarro, solicitando que la misma sea declarada improcedente, bajo las siguientes consideraciones:

(i) No todas las solicitudes de retiro elevadas por los Oficiales o Suboficiales pueden ser atendidas de forma positiva, pues es deber de la institución evaluar las necesidades del servicio e interés general, que permitan garantizarle al País una Fuerza Aérea con plena capacidad operativa para contrarrestar toda amenaza o ataque contra la Nación.

(ii) Por lo anterior, el Decreto 1790 de 2000,[6] en su artículo 101, establece que los Oficiales y Suboficiales pueden solicitar el retiro y éste se concederá “cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales de servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente”.

(iii) Aunado a ello, la F.A.C. adoptó la Directiva 019 del 20 de marzo de 2014, en la que se establece que, entre otras, “el personal de cadetes y alumnos del curso regular de las Escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales tendrán un tiempo mínimo de permanencia en la Institución de seis (6) años contados a partir de la fecha en que ingresen o hayan ingresado al escalafón militar”.[7]

(iv) De esta forma, para dar respuesta a una solicitud de retiro, la institución realiza un “estudio pormenorizado y concienzudo en relación con el cuerpo y especialidad a la que pertenece, la capacitación que ha recibido, la experiencia, el área en la que se encuentra laborando, las necesidades del servicio, el movimiento de rotación (ingresos y ascensos)”.[8]

(v) En cuanto al caso concreto, “el Comando de la Fuerza Aérea autorizó como fecha de retiro el 19 de enero de 2019, por ser la fecha razonable en la cual la institución podrá capacitar nuevamente un Suboficial que cumpla las funciones que hoy día cumple el Aerotécnico en mención en su Especialidad, de acuerdo con el Plan Estratégico Institucional, ya que es indispensable para el desarrollo de las operaciones aéreas (...) con el único fin de minimizar el impacto negativo al interior de la Institución”(SIC).[9]

3. Decisiones de tutela objeto de revisión

3.1. Decisión de primera instancia: la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, mediante fallo del dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), decidió “negar” la tutela promovida por Jhon Jaiber Soler Navarro, luego de considerar que (i) no existió vulneración al debido proceso del accionante, pues la negativa dada a la solicitud de retiro estuvo sustentada con los fundamentos legales existentes para tales eventualidades; (ii) no se ha desconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, debido a que fue el accionante quien decidió libremente vincularse con la F.A.C.; y (iii) no existe prueba de afectación alguna al derecho a la igualdad.

3.2. Decisión de segunda instancia: en conocimiento de la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia de primer grado, la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), resolvió “confirmar” el fallo impugnado; por considerar que la respuesta dada a la solicitud de retiro del servicio activo es constitutiva de un acto objeto de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4. Pruebas obrantes en el expediente

Al momento de fallar, los jueces de instancia contaban con las siguientes pruebas relevantes: (i) derecho de petición fechado el 18 de julio de 2014, en el que el accionante

insistió en solicitar su retiro:[10] (ii) copia de la respuesta dada a la petición del actor, el 7 de julio de 2014, en la que se informa que su retiro puede darse a partir del 19 de enero de 2019:[11] (iii) copia de concepto remitido por el Comandante del Grupo de Combate No. 11 (E) al Comandante del Escuadrón de Navegación Aérea 115 de la F.A.C., en el que se manifiesta que el comportamiento de Soler Navarro es “destacado” e “intachable”:[12] (iv) copia de la solicitud elevada el 8 de noviembre de 2013, por parte del señor Jhon Jaiber Navarro Soler ante el Comandante de la Fuerza Aérea, cuyo objeto era autorizar su retiro desde el 30 de junio de 2014:[13] copia de la Directriz Permanente de la Fuerza Aérea No. 19 del 20 de marzo de 2014, sobre “tiempo mínimo de permanencia en el servicio activo para personal militar de la F.A.C.”:[14] (v) Directiva Permanente de la Fuerza Aérea No. 53 del 19 de agosto de 2008, sobre “normas y procedimientos para el trámite del retiro del servicio activo del personal militar”:[15] (vi) extracto de la hoja de vida militar del accionante:[16] y (vii) concepto emitido por el Comandante del Escuadrón de Navegación Aérea No. 115, sobre la conducta militar del accionante.[17]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.[18]

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. La Sala Primera de Revisión estudia el caso de un Suboficial Aerotécnico de la Fuerza Aérea Colombiana, quien el 8 de noviembre de 2013 cumplió once meses como miembro de la institución demandada y solicitó su retiro voluntario del servicio activo, a partir del 30 de junio de 2014, el cual le fue negado por autorizarse como fecha para iniciar el trámite de desvinculación el 19 de enero de 2019, bajo los siguientes argumentos: (i) existen circunstancias especiales de seguridad nacional que exigen su presencia en la Fuerza, derivadas de la amenaza y turbación del orden público por parte de organizaciones al margen de la ley; y (ii) de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Permanente No. 019 de 2014 de la F.A.C., previo a solicitar el retiro del servicio, el oficial o suboficial respectivo

debe permanecer activo por lo menos 6 años en la institución.

Con base en la respuesta dada a su solicitud, el señor Soler Navarro promueve acción de tutela, pidiendo el amparo constitucional de sus derechos fundamentales, los cuales estima vulnerados al impedírsele finalizar su ocupación militar.

De esta forma, corresponde a la Sala de Revisión ocuparse de resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera una institución de la Fuerza Pública (Fuerza Aérea Colombiana) los derechos fundamentales a la libertad de escoger profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso de uno de sus miembros (Suboficial Aerotécnico Jhon Jaiber Soler Navarro), al negarle la solicitud de retiro del servicio activo, afirmando que existen motivos de seguridad nacional que exigen su presencia en la institución, y esgrimiendo la necesidad de que permanezca en las filas por el lapso de 6 años, porque así lo dispone una directriz interna?

Con el fin de dar respuesta al interrogante formulado, se acudirá a la siguiente metodología: primero, la Sala establecerá las razones por las que la tutela se torna procedente; segundo, con base en los pronunciamientos de esta Corporación, se identificarán las subreglas jurisprudenciales relacionadas con las condiciones bajo las cuales es legítimo negar una petición de retiro del servicio activo a un miembro de la Fuerza Pública; y, finalmente, se abordará el análisis del caso concreto.

3. La acción de tutela promovida por Jhon Jaiber Soler Navarro contra la Fuerza Aérea Colombiana es procedente

Las distintas Salas de Revisión se han encargado de establecer que la acción de tutela se torna procedente en aquellos eventos en los que se estudia la posible vulneración de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares (FF.MM.) y de Policía que, luego de solicitar el retiro voluntario del servicio activo, el mismo les es negado bajo razones de seguridad nacional o circunstancias especiales que exigen su permanencia en las filas.

Como sustento de lo anterior, se ha indicado que, si bien en estos casos el acto mediante el

cual se niega la solicitud de retiro puede ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ello no representa un mecanismo judicial idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, máxime si se tiene en cuenta que la demora en la solución del litigio implica un desbordamiento injustificado del tiempo respecto del cual el solicitante ha manifestado querer desvincularse de la institución castrense a la cual pertenece.

Así se estableció a partir de la sentencia T-1094 de 2001,[19] en la que se resolvió el caso de un militar al que se le negó su retiro voluntario del servicio activo,[20] estableciéndose, en punto de la procedibilidad de la acción de amparo, que:

“[S]i 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”. [21]

En ese mismo sentido se pronunció la Sala Sexta de Revisión, a través de sentencia T-718 de 2008,[22] en donde, al estudiar una acción de tutela interpuesta por un Teniente de la Policía Nacional –a quien se le negó su solicitud de retiro voluntario–, se dijo que la misma se tornaba procedente debido a que el hecho de prohibir la desvinculación de este integrante de la Fuerza Pública implica que la potencial vulneración de sus derechos fundamentales se vuelva actual, inmediata y verificable diariamente, lo cual hace de los mecanismos dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo una alternativa inidónea.[23]

Con base en lo anterior, resulta claro que lo establecido por la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver en segunda instancia el caso objeto de revisión, es constitucionalmente inadmisibles, pues en

desconocimiento absoluto de la jurisprudencia constitucional antes referida, decidió no estudiar a fondo el asunto, luego de considerar que “la determinación cuestionada por el accionante en sede de tutela se encuentra contenida en un acto administrativo cuya legalidad bien puede ser controvertida ante la jurisdicción contenciosa administrativa”. [24]

Así las cosas, en aplicación estricta de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, concluye esta Sala de Revisión que la acción de tutela de la referencia es procedente, al tratarse de un caso en el que la entidad demandada se ha negado a resolver de forma inmediata la solicitud de retiro voluntario del servicio activo, posponiendo por un lapso excesivamente prolongado (calculado incluso en años) la realización de deseo de separarse de la institución a la que pertenece, lo cual implica una potencial y permanente vulneración a los derechos fundamentales del actor, la cual es verificable diariamente al imponérsele al actor seguir ocupando un cargo sin su aquiescencia, cuyo amparo no puede estar sometido a la tardanza que enmarca a los trámites judiciales ordinarios.

4. Estándares jurisprudenciales frente a la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública, cuando se les impide retirarse voluntariamente del servicio activo

A continuación, esta Sala considera necesario sintetizar las subreglas que resultan determinantes para la solución del caso objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, en los que se han resuelto situaciones similares a la que aquí se analiza.

4.1. La negación del retiro voluntario del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública y el límite al ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio

4.1.1. A través de Sentencia T-178 de 1994, [25] la Sala Cuarta de Revisión por primera vez abordó el estudio de un caso en el que un miembro del Ejército Nacional, luego de permanecer en la institución durante 7 años, solicitó su retiro voluntario e inmediato, motivado por la intención de estar más cerca de su esposa y su hija. Sin embargo, su petición fue negada debido a que se le exigía permanecer activo en el servicio por lo menos

durante otros 14 meses, en atención a una “directiva interna de administración de personal”.

Al respecto, la Sala indicó que constitucionalmente el ejercicio de los derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública encuentra restricciones en razón a sus funciones, lo cual hace que, por ejemplo, sea legítimo en nuestro ordenamiento exigirle a un militar o policía prolongar su permanencia en las filas, inclusive en contra de su voluntad, “(...) cuando medien razones de Seguridad Nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad o a juicio de la autoridad competente”, tal como lo disponía en su momento el artículo 130 del Decreto 1211 de 1990.[26] No obstante, se determinó que en algunos eventos esta limitación al goce de los derechos puede significar una vulneración o amenaza de los mismos, por lo que es necesario que el estudio de cada caso se agote “desde los hechos particulares que sirvan de base para impetrar la protección al juez de tutela”. [27]

Bajo esa perspectiva, dado que en el caso revisado en esa oportunidad la entidad demandada se limitó a indicar que la permanencia del demandante al interior del Ejército era exigida en atención a las circunstancias de seguridad e interés general de la Nación, pero teniendo en cuenta que las mismas no fueron acreditadas si quiera sumariamente por parte de la institución; se dijo que la retención injustificada del peticionario “viola el derecho a escoger una profesión u oficio distinto al de las armas”. [28]

La Sala señaló que la actuación de la Fuerza Militar accionada había conducido a la vulneración antes indicada, al obligar al accionante a estar en acuartelamiento y someterlo a ocuparse cotidianamente de los asuntos propios del servicio activo y no de los suyos, en contra de su querer y sin la existencia de motivos legales para negar su solicitud de retiro.

4.1.2. De esta forma, es posible establecer, entonces, que si bien los activos de la Fuerza Pública, al igual que los civiles, cuentan con la titularidad plena de los derechos antes mencionados, éstos se encuentran sometidos a los límites de acuartelamiento y a que su vinculación con el servicio activo se extienda incluso en contra de su voluntad, “cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente”, tal como lo establece el

artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000.

4.2. Un miembro de la Fuerza Pública no puede ser obligado a permanecer durante un tiempo amplio e inflexible en el servicio activo, aludiendo únicamente imposiciones temporales contenidas en directivas internas de las instituciones militares o de policía

4.2.1. Dado que, en el caso abordado en la precitada Sentencia T-178 de 1994, el rechazo de la desvinculación solicitada por el demandante tuvo como justificación adicional la exigencia de permanecer por un determinado tiempo en el cuerpo militar, instituida en una directriz interna expedida por la entidad demandada, la Sala se preguntó: ¿puede el Ejército Nacional o el ministerio de la Defensa Nacional disponer de la libertad y, consecuentemente, de los otros derechos fundamentales alegados por el actor, durante uno (1) o dos (2) años, como lo hace la Directiva Permanente 100-11 de 1986, sin violar la Constitución vigente?[29]

Al respecto, se estableció que:

(i) De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 217 de la Constitución Política, corresponde a la Ley determinar los derechos y obligaciones de los miembros de las FF.MM.[30]

(ii) En uso de tal facultad, a través del artículo 130 del Decreto 1211 de 1990,[31] se estatuyó que la libertad de decidir no continuar en el servicio activo se restringe por “razones de seguridad nacional o especiales del servicio”, y adicional a ello, cuando los Oficiales y Suboficiales sean destinados en comisión de estudios de complementación o especialización, pues en este último caso el artículo 240 del Decreto en mención los obliga a “prestar a la institución su servicio por un tiempo mínimo igual al doble del lapso que hubieren permanecido en comisión”.

(iii) Así, luego de poner de presente que constitucionalmente la regulación de los derechos y deberes de los militares está exclusivamente asignada a disposiciones de rango legal, y al observar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma de tal jerarquía que autorice al Ministerio de Defensa o al Ejército Nacional restringir garantías fundamentales como la libertad, la Sala concluyó que la Directiva Permanente, en cuya virtud se obligaba al demandante a prologar su permanencia en la institución accionada, se

tornaba inconstitucional, pues trasgredía “los artículos 2, 4, 23, 26, 28, 38, 122, 150 numeral 10, 152 literal a, 216 y 217”, y desconocía la Ley “al contradecir el artículo 130 del Decreto 1211/90”.

4.2.2. Con base en tal razonamiento, debe indicarse cuando una directriz institucional –expedida ya sea por el Comandante de determinada Fuerza Pública o por el Ministerio de Defensa Nacional– establece condiciones adicionales a las de la Ley para impedir el retiro voluntario de un Oficial o Suboficial, restringiendo con ello el ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio, sin que exista norma de jerarquía constitucional o legal que así lo autorice, tales disposiciones se tornan contrarias a la Carta Política y por tanto no pueden constituir una causal justificativa para obligar a un funcionario a permanecer por un tiempo irrazonable vinculado a la entidad castrense, en contra de su voluntad.

4.3. Las causas justificativas que dan lugar a negar solicitudes de retiro voluntario del servicio activo deben ser acreditadas por quien las alega

Frente a ese particular, se planteó la pregunta de si la restricción del derecho a la libertad en el caso concreto era razonable y proporcional; la cual fue resuelta afirmativamente, por considerar que en el curso del proceso la entidad demandada había logrado demostrar que la presencia del accionante en su cargo era indispensable, atendiendo a las “circunstancias especiales del servicio”, las cuales eran evidentes porque se trataba de un Suboficial que: (i) había sido capacitado en la Especialidad de Comunicaciones Aeronáuticas y en la Subespecialidad de Mantenimiento en Comunicaciones, (ii) efectivamente se trataba del miembro activo con mayor experiencia en su Unidad Militar, y (iii) ocupaba un cargo directivo fundamental para el desarrollo de las operaciones de la Fuerza (el de Subjefe de una Torre de Control Aéreo). Con base en ello, la Sala decidió no acceder a la solicitud de amparo impetrada por el accionante.

4.3.2. Más adelante, en sentencia T-1218 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Sala Novena de Revisión conoció un asunto en el que a otro Suboficial de la F.A.C. le fue negado el retiro inmediato y voluntario, por considerarse que su permanencia era exigida para “proteger la soberanía, independencia, integridad territorial, orden constitucional, y derechos de los ciudadanos”, por lo cual se dispuso aplazar su desvinculación por un lapso

de 19 meses.

Al respecto, la Sala determinó que, dada la inexistencia de pruebas que dieran cuenta de las razones de “seguridad nacional o especiales del servicio” y por tanto de la necesidad de prolongar la permanencia del accionante en la F.A.C., no resultaba razonable ni proporcionado obligarlo a mantener su vinculación durante el lapso de 19 meses adicionales y en un cargo que perfectamente podría ser ocupado por cualquier otra persona capacitada para tal fin. Con base en ello, se decidió tutelar los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio y al trabajo del actor, los cuales le fueron vulnerados al negársele injustificadamente su retiro voluntario.

Lo anterior porque, según se estableció en la providencia en mención, cualquier restricción legítima de los derechos fundamentales, tales como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio, debe obedecer estrictamente a los criterios de necesidad y proporcionalidad para alcanzar un fin legítimo, lo cual implica que toda negativa de solicitudes militares de retiro voluntario del servicio activo exige que la causa justificativa deba “acreditarse de manera cierta por quien la invoca”; esto debido a que: (i) en tratándose de limitación de prerrogativas constitucionales de que son titulares los miembros de la Fuerza Pública, es imprescindible que exista una correlación entre los fundamentos de dicha limitación y la realidad; y (ii) es la institución castrense la que cuenta con la información necesaria para probar los hechos que sustentan la decisión de impedir el retiro de uno de sus miembros.

Igualmente, cuando la razón para negar la desvinculación voluntaria es el orden público relacionado con el conflicto interno del País, es indispensable valorar las circunstancias de cada caso particular, de tal manera que se logre probar “sólidamente” el nexo entre las funciones cumplidas por el peticionario y la respuesta a las amenazas de las organizaciones delictivas. De tal forma que, si bien debe entenderse que es obligación de todos los integrantes de las FF.MM. defender la soberanía, independencia, integridad del territorio nacional y del orden constitucional, no puede perderse de vista que cada institución tiene una jerarquía muy clara, en cuya virtud es posible identificar la importancia de las funciones que desarrolla cada persona, dependiendo de, por ejemplo, el grado militar con el que cuenta, su especialidad, experiencia y capacitación.

4.3.3. En ese sentido, la Sala Sexta de Revisión, a través de sentencia T-457 de 2003,[33] estudió el caso de un Subteniente de la F.A.C., a quien de igual manera le fue negada su solicitud de retiro voluntario inmediato, bajo el argumento de que la inversión realizada por la institución militar en la formación del solicitante ascendía a los \$41'371.969, en tan solo 1 año y 11 meses, y aunado a ello, resultaba necesario esperar 2 años para estudiar nuevamente si se autoriza su retiro, con el fin de formar al personal sustitutivo.

En esa oportunidad, se encontró que la demandada había logrado acreditar las causales de restricción del retiro voluntario del solicitante, correspondientes a “motivos de seguridad nacional y razones especiales del servicio”, pues en el asunto concreto se presentaban tres situaciones justificantes: (i) la necesidad de formar dentro del periodo de 2 años a una persona con igual perfil, pues el demandante era el único capacitado para desarrollar las funciones por él cumplidas; (ii) existía un decreto de estado de conmoción interior; y (iii) se daban particularidades temporales y económicas importantes que habían sido invertidas en la formación del Oficial.

Bajo esa perspectiva, concluyó la Sala que el tiempo dispuesto por la F.A.C. para mantener la vinculación del accionante era proporcionado y se encontraba plenamente sustentado, por lo que además era razonable. Sin embargo, teniendo en cuenta que la respuesta dada a la solicitud de retiro dejaba abierta la posibilidad de que, al cumplirse el periodo de 2 años, se le volviera a negar su petición, se decidió tutelar los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio del Subteniente, con el fin de ordenar a la entidad que, una vez cumplido el lapso durante el cual se debía extender la permanencia en el cargo, se autorizara de forma inmediata la desvinculación del actor.[34]

4.3.4. Aunado a ello, recientemente la Sala Séptima de Revisión, en sentencia T-038 de 2015,[35] conoció de un asunto en el que un Suboficial Aerotécnico de la F.A.C. –especializado en estructuras y láminas–, luego de permanecer por cerca de 17 meses en la entidad, solicitó su retiro del servicio activo a partir del 29 de noviembre de 2014; el cual le fue negado “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”, y se dispuso como fecha para considerar su solicitud el

17 de enero de 2017.

En ese momento, la Sala concedió el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio, bajo el entendido que si bien el hecho de haber negado la solicitud de retiro se tornaba válida al sustentarse en circunstancias comprobables de orden público y necesidades logísticas de las FF.MM., la limitación temporal para reconsiderar la desvinculación del actor era “inadmisibile y desproporcionada”, por lo que se ordenó que, en el término máximo de 15 días, se iniciaran las gestiones para autorizar el retiro inmediato del Suboficial.

4.3.5. Con base en lo anterior, es posible determinar que aunque la prolongación de la permanencia de un Oficial o Suboficial al interior del cuerpo castrense encuentra como únicas causas justificativas el que existan (i) razones de seguridad nacional, o (ii) circunstancias especiales del servicio; el simple hecho de afirmarlas no es suficiente para frustrar el deseo de un miembro de la Fuerza Pública de retirarse voluntariamente de la institución a la que pertenece, pues los criterios de razonabilidad y proporcionalidad imponen a la autoridad castrense el deber de probarlas. Esto encuentra soporte en, por lo menos, dos circunstancias importantes: en primer lugar, por tratarse de restricciones de derechos fundamentales; y en segundo lugar, porque son dichas entidades las que cuentan con la información necesaria para demostrar fácticamente que la presencia de un Oficial o Suboficial en el cuerpo castrense respectivo se torna indispensable, ya sea por el grado con el que cuenta, por la experiencia sustancialmente diferenciada a la de sus compañeros o por su formación especializada.[36]

Además, cuando la existencia del conflicto interno sea el hecho alegado como “causal de seguridad nacional”, y en tal virtud sea negada la solicitud de retiro voluntario del servicio activo, es deber de quien lo afirma demostrar estrictamente cómo en el caso particular la permanencia del solicitante en cumplimiento de sus funciones es imprescindible para mantener el orden público y contrarrestar la amenaza de las organizaciones ilegales.

4.4. Impedir injustificadamente el retiro voluntario de un miembro de la Fuerza Pública conlleva a una vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre escogencia de la profesión u oficio y al debido proceso administrativo

En ese sentido, desde sus inicios, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la limitación legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad se da frente a “circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento jurídico, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias”.[39]

4.4.2. Por su parte, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26 de la Carta)[40] se constituye como una garantía constitucional autónoma, en virtud de la cual se protege la facultad que poseen las personas de elegir libremente las labores a las cuales desea dedicarse; y en consecuencia, se ha dicho que el contenido de este derecho se relaciona con la “decisión autónoma del individuo respecto de la forma como desea utilizar su tiempo y sus capacidades creativas y productivas”.[41] por lo cual representa, además, una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y se materializa de forma concreta a través del derecho fundamental al trabajo.[42]

Aunado a ello, se ha dicho que el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 26 constitucional encuentra una doble dimensión, a saber: una positiva, relacionada con la idea de que a nadie se le puede impedir desempeñarse en una labor lícita; y otra negativa, consistente en que ninguna persona puede estar obligada a desarrollar una actividad que no es de su libre elección.[43] No obstante, existen eventos en los que ésta última encuentra una permisión constitucional y legal, tal como ocurre en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, pues, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, es posible que las condiciones de seguridad nacional o determinadas circunstancias especiales del servicio exijan prologar su presencia en la institución, en contra de su propia voluntad.

4.4.3. Asimismo, resulta importante hacer referencia a la garantía constitucional del debido proceso (Art. 29 de la C.P.), pues si bien esta Corporación no ha tenido un pronunciamiento concreto respecto a su vulneración en casos similares al que aquí se estudia, las distintas Salas de Revisión sí se han encargado de establecer su importancia en aquellos eventos en los que las instituciones de la Fuerza Pública deciden, inmotivadamente, retirar a alguno de los miembros del servicio activo.

En ese sentido, se ha determinado que una de las manifestaciones más relevantes del debido proceso está representada en la motivación de los actos emitidos por cualquier

autoridad pública, en aquellos eventos en los que su pronunciamiento comprometa el ejercicio de derechos fundamentales. De esta forma, se ha dicho que “la motivación permite dilucidar el límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que contraviene los postulados esenciales de un Estado de Derecho en donde lo que impera no es el poder puramente personal, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley”. [44]

De tal manera que en esta oportunidad la Sala encuentra necesario establecer que cuando una institución de la Fuerza Pública niega la solicitud de retiro voluntario elevada por alguno de sus miembros, poniendo de presente una manifestación genérica de las causales establecidas en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, sin cumplir con los parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, en cumplimiento de los estándares aquí descritos, no sólo incurre en una vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16 y 26 de la Constitución Política, sino también del debido proceso, al restringir el ejercicio de derechos fundamentales a través de un acto administrativo inmotivado y, en consecuencia, arbitrario.

4.4.4. Así las cosas, resulta necesario establecer que siempre que una solicitud militar de retiro voluntario sea negada (i) sin que logre acreditarse plenamente el nexo entre el contexto urgente de seguridad nacional o las condiciones particulares del servicio y la necesidad de mantener vinculado a un miembro activo en el cuerpo miliar respectivo, o (ii) aludiendo a regulaciones internas de rango inferior al constitucional o legal, tal actuación deviene en una vulneración de, por lo menos, tres derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, y el debido proceso.

5. La Fuerza Aérea Colombiana vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio, y al debido proceso del Suboficial Jhon Jaiber Soler Navarro

5.1. Jhon Jaiber Soler Navarro es un joven de 24 años de edad, quien en el año 2010 se incorporó a la Escuela de Suboficiales de la F.A.C., obteniendo su grado de Suboficial Aerotécnico al finalizar el año 2012; sin embargo, un año después de permanecer como

miembro de la institución, manifestó a sus superiores el deseo de retirarse voluntariamente a partir del 30 de junio de 2014, en atención a lo dispuesto en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Sin embargo, la entidad demandada, a través de respuesta contenida en un único folio, le informó que:

“El Comando, 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 1790/00 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo a partir del 19-ENERO-2019, salvo que la situación mencionada perdure o se agrave”(sic).[45]

Bajo estas circunstancias, el Aerotécnico Soler Navarro promovió acción de tutela, con el fin de obtener el amparo de, entre otros, su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y así permitirle retirarse inmediatamente de la F.A.C.

Antes de abordar el análisis del caso, resulta importante aclarar que, aunado a lo indicado en la respuesta dada a la solicitud de desvinculación elevada en su oportunidad por el actor, la Jefatura de Desarrollo Humano de la F.A.C. comunicó a la autoridad judicial que conoció en primera instancia del presente asunto, que la fecha estimada para el retiro del Suboficial también había sido definida en consideración a la fecha en que él ingresó al escalafón en el grado de Aerotécnico, puesto que:

“la Fuerza Aérea estableció la Directiva 19/2014 –MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JOA-JED-23,1 del 20 de marzo de 2014, con el propósito de establecer por escrito las Políticas del Comando de la Fuerza y que el personal conozca los tiempos mínimos de permanencia en la Institución” (sic).[46]

5.2. Teniendo en cuenta las condiciones fácticas del presente caso, de entrada la Sala advierte que, en subsunción de las subreglas jurisprudenciales descritas previamente en esta providencia, la actitud asumida por la institución demandada, respecto de la solicitud de retiro voluntario del actor, constituye una vulneración al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, por las razones que en adelante

se desarrollan.

5.3. En primer lugar, la F.A.C., al conocer el deseo del actor de desvincularse, se limitó a invocar de forma abstracta las dos causales contenidas en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000, sin sustentar fáctica, clara y detalladamente cómo las mismas hacían de la permanencia del Suboficial en el cargo una situación indispensable. Como corolario de tal situación, le entidad accionada incurrió en una omisión absoluta de su deber constitucional de acreditar de manera cierta la materialización de las condiciones de seguridad nacional o circunstancias especiales del servicio alegadas en su favor, dejando de hacer un análisis de la relación entre la composición de la Fuerza, y las particularidades de escalafón, experiencia y formación del señor Soler Navarro, que dieran cuenta de la necesidad de prolongar su estadía en el servicio activo.

5.4. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el concepto expedido por el Comandante del Escuadrón de Navegación Aérea al cual se suscribe el actor, y que fue allegado como anexo a la contestación de la acción de tutela, el comportamiento militar del Suboficial Soler era objeto de reproche por parte de sus superiores, pues allí se describe:

“DESEMPEÑO DEL CARGO:

(...) a pesar de tener las facilidades y acompañamiento necesario no demuestra motivación hacia el trabajo ni interés en realizar funciones adicionales o encargos no relacionados con los servicios de Tránsito Aéreo por iniciativa propia, motivo por el cual se le ha llamado la atención en repetidas ocasiones.

ÉTICA MILITAR:

(...) presenta novedades para cumplimiento de las normas militares relacionadas con la subordinación, obediencia y el cumplimiento de las ordenes que se le imparte, por lo cual fue sancionado en repetidas ocasiones durante el último lapso evaluable, destacan novedades como: salir del área de la guarnición sin autorización previa, no cumplir con órdenes simples como la de portar el peluqueado adecuado, realizar el trote ordenado para todos los funcionarios de la unidad y no cumplir con la firma del libro de vacaciones y presentaciones.

(...) demuestra desgano y displicencia en el cumplimiento de las órdenes que se le imparten, ha desmejorado su cortesía militar y se le realizó una anotación de demérito por no cumplir con una formación ordenada por el Comando de la Unidad, (...) de igual forma, persiste su actitud de no generar ningún tipo de iniciativa en pro del Escuadrón de Navegación Aérea 115 demostrando falta de disposición y actitud hacia la colaboración en las actividades que realiza, así mismo fue sancionado por su impuntualidad a los actos del servicio y/o presentaciones, al no presentarse a laborar el día que se le terminaba su turno vacacional.

CULTURA FÍSICA:

El suboficial presentó un desempeño deficiente en este ítem durante el último lapso evaluable".[47]

5.5. Es importante precisar que en el concepto antes referido jamás se indica que la presencia del funcionario resulta necesaria al interior del Escuadrón al cual pertenece, y que exigir la permanencia injustificada del accionante en la Fuerza Aérea no sólo vendría en desmedro de los intereses de él mismo, sino también de los de la institución, pues implicaría que una persona que no tiene vocación para realizar una determinada actividad deba permanecer en una institución cuyo servicio es tan importante para el Estado.

5.6. Lo anterior, valga aclarar, no implica que el Suboficial Aerotécnico Jhon Jaiber Soler Navarro pueda desatender sus obligaciones, ya que mientras se encuentre vigente su vinculación con la F.A.C., es su deber constitucional desarrollar las labores encomendadas con ocasión del servicio, en pos de garantizar el cumplimiento de las finalidades primordiales asignadas a las FF.MM., descritas principalmente el artículo 217 superior; y en ese sentido, no puede perderse de vista que, aun cuando medie una vulneración de sus derechos fundamentales al exigirle injustificadamente permanecer al interior de las filas en contra de su voluntad, ello no podría constituir un eximente de responsabilidad disciplinaria o penal-militar respecto de los actos que eventualmente ameriten sanción.

5.7. En segundo lugar, dado que una de las afirmaciones expuestas por la accionada, orientadas a dar cuenta de las razones de seguridad nacional que impiden el retiro del accionante, se relaciona con la existencia de una afectación al orden público en razón del conflicto interno; es claro que se trata de manifestaciones generales, y que conforme a la

jurisprudencia de esta Corte, siempre que la negativa de una solicitud de retiro voluntario esté motivada por la condición de violencia estructural que atraviesa el país, es deber de la autoridad castrense acreditar que el desempeño de las funciones del peticionario se vincula estrictamente con el propósito de contrarrestar la amenaza de las organizaciones ilegales, lo cual, en el caso particular, no ocurre, en tanto la demandada simplemente trae a colación la situación del conflicto como una manifestación genérica, sin abordar un análisis concreto.

5.8. Por consiguiente, si bien es posible señalar que el mantenimiento de la seguridad nacional constituye un fin legítimo de máxima importancia constitucional, en el asunto analizado no existe evidencia de cómo la restricción de los derechos fundamentales del actor representa un medio cierto para materializar dicho fin, por lo cual la medida adoptada por la F.A.C. no se torna razonable ni proporcionada.

5.9. En tercer lugar, frente a la Directiva Permanente No. 019 –MDN-CGFM-FAC-COFAC-JEMFA-JOA-JED-23.1, del 20 de marzo de 2014, en cuyo literal “c”, numeral 1 se establece:

“El personal de cadetes y alumnos del curso regular de las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales tendrán un término mínimo de permanencia en la institución de seis (6) años contados a partir de la fecha en que ingresen o hayan ingresado al escalafón militar”. [48]

5.10. Esta Sala debe señalar que tal normativa introduce una nueva causal para el retiro voluntario de los miembros de la F.A.C., [49] que resulta contraria a la Carta Política, pues a través de la Directiva Permanente en cuestión se decidió imponer una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y libertad de escoger profesión u oficio del actor, lo cual se materializa con el hecho de obligar a las personas a permanecer durante un periodo no inferior a 6 años en el servicio activo, en contra de su voluntad, pese a que dicha facultad está reservada exclusivamente a la Ley, en los términos del artículo 217 superior.

5.11. Como resultado de lo anterior, debe sostenerse que respecto de la solicitud de retiro voluntario del señor Jhon Jaiber Soler Navarro, es necesario incorporar una excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto, y como consecuencia de ello inaplicar la norma

interna aludida por la accionada, pues tal como lo señalaron los magistrados de la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, en la sentencia T-178 de 1994,[50] una institución de la Fuerza Pública o el Ministerio de Defensa “no puede disponer de la libertad y, consecuentemente, de los otros derechos fundamentales alegados por el actor (...) sin violar la Constitución”. En consecuencia, es necesario indicar que el periodo de 6 años, impuesto como límite para hacer uso del derecho a retirarse voluntariamente del servicio activo, es abiertamente irrazonable por no existir motivos demostrados fácticamente que legitimen el obligar al demandante a permanecer vinculado a la F.A.C.

5.12. Así, en respuesta al problema jurídico formulado en esta providencia, la Sala determina lo siguiente: teniendo en cuenta que al accionante se le negó su solicitud de retiro voluntario (i) sin demostración de la relación entre la necesidad de mantener vinculado al accionante en su cargo militar y las razones de seguridad nacional o condiciones especiales del servicio alegadas por la demandada, y (ii) con base en una directiva interna que, al limitar el ejercicio de garantías fundamentales, se torna inconstitucional; debe establecerse que en el presente caso se produjo la vulneración, por parte de la institución demandada, de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, al impedir injustificadamente que el actor decida sobre su plan de vida; y la libertad de escoger profesión u oficio del demandante en su dimensión negativa, al obligarlo, sin ninguna razón admisible, a desempeñarse en una labor que no es de su libre elección; lo cual conlleva, indefectiblemente, a una vulneración al debido proceso, toda vez que en el acto que dispuso negar el retiro del accionante nunca se hizo una exposición clara y detallada de los motivos que dieron lugar a tomar la decisión, yendo en contravía de los parámetros que esta Corporación ha desarrollado y que pueden definirse como imperativos constitucionales, con base en los cuales las instituciones de la Fuerza Pública deben actuar frente a las solicitudes de separación voluntaria del servicio activo de uno de sus integrantes.

5.13. De esta forma, al haberse establecido en el caso concreto una nueva restricción para el retiro voluntario, representada en el paso del tiempo, pese a que tal causal no está contenida en el Decreto Ley que se ocupa de esta materia, la Fuerza Aérea Colombiana vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio y al debido proceso del accionante, por (i) no haber cumplido con su obligación de probar las razones de seguridad nacional o circunstancias especiales del

servicio alegadas, (ii) e imponer a una persona un tiempo desproporcionado de permanencia en la institución, el cual fue estatuido en una norma de carácter interno, que a su vez se torna inconstitucional en razón a haberse suscrito sin contar con competencia para restringir garantías contenidas en la Carta.

Por las consideraciones antes expuestas, la Sala Primera de Revisión:

- Decidirá revocar la sentencia de segunda instancia, proferida el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015) por parte de la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual se resolvió confirmar el fallo de primera instancia, proferido el dieciocho (18) de agosto del mismo año, por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en el cual se decidió “negar” la acción de tutela promovida por Jhon Jaiber Soler Navarro contra la F.A.C. Como consecuencia de ello, se tutelarán los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio, y al debido proceso del actor.
- Ordenará al comandante de la Fuerza Aérea Colombiana que, a través de la dependencia competente y en un término máximo de 1 mes, haga efectivo el retiro del servicio activo solicitado por el accionante.
- Teniendo en cuenta el concepto emitido en relación con el comportamiento del Suboficial Soler Navarro al interior de la F.A.C., se le advertirá al accionante que, mientras esté vinculado con la institución demandada, se encuentra obligado a cumplir con los deberes propios de su ocupación militar, bajo el propósito de contribuir a la realización de las finalidades constitucionales asignadas a las FF.MM.

6. Conclusión

Si bien se reconoce la relevancia cardinal de garantizar la seguridad nacional en nuestro territorio, ante ésta no puede sucumbir injustificadamente el ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que se deba establecer que cuando una institución de la Fuerza Pública deba estudiar una solicitud de retiro voluntario de un Oficial o Suboficial, el negarla bajo las causales contenidas en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000 sólo se torna legítimo cuando la autoridad castrense cumpla con sus deberes, así:

(i) Probar de forma cierta la concurrencia de dichas causales en el caso particular, de tal manera que se evidencie cómo la presencia del peticionario en las filas militares es materialmente necesaria para mantener la seguridad nacional o para responder a circunstancias especiales del servicio. (ii) Estas últimas, a su vez, deben ser acreditadas fácticamente y obedecer a la valoración de condiciones tales como la composición de la Fuerza, el escalafón del peticionario, la experiencia sustancialmente diferenciada a la de los otros miembros de la institución, o el dominio especializado.

(ii) Además, no debe imponer restricciones al ejercicio de derechos fundamentales a través de regulaciones internas, sin que medie norma legal que expresamente lo permita.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), por parte de la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el que se resolvió confirmar la sentencia de primer grado, proferida el dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), en la cual se decidió negar la acción de tutela interpuesta por Jhon Jaiber Soler Navarro contra la Fuerza Aérea Colombiana; y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio, y al debido proceso del accionante.

Segundo.- ORDENAR al Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana que, por conducto de la dependencia competente, autorice y haga efectivo el retiro del Suboficial Aerotécnico Jhon Jaiber Soler Navarro, en un término que no podrá exceder un (1) mes calendario, contado a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

Tercero.- ADVERTIR al señor Jhon Jaiber Soler Navarro que aun cuando su deseo es el de retirarse del servicio activo, no puede perder de vista que, mientras se encuentre vinculado a la Fuerza Aérea Colombiana, tiene la obligación de cumplir con los deberes propios de su

ocupación militar, bajo el propósito de contribuir a la realización de las finalidades constitucionales asignadas a la Fuerza Pública.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría de esta Corporación la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

A LA SENTENCIA T-101/16

RETIRO VOLUNTARIO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA-La FAC desconoció los lineamientos por ella fijada para absolver este tipo de situaciones (Aclaración de voto)

La FAC trasgredió los derechos fundamentales invocados por el actor, pues no brindó razones suficientes para exigir su permanencia durante seis años en la institución y, además, pretendió aplicarle una norma que entró a regir tiempo después de haber presentado la solicitud de retiro. Sin embargo, encuentro desacertado el argumento relativo a que sólo mediante una ley de la República puede regularse lo relativo a los tiempos de permanencia en el servicio cuando los mismos estén asociados a procesos de formación y capacitación, vinculados a su vez, con las necesidades del servicio y la seguridad nacional.

Expediente T-5238095

Acción de tutela de John Jaiber Soler contra la Fuerza Aérea Colombiana.

Con el acostumbrado respeto, expongo a continuación las razones que me llevan a aclarar mi voto en el presente caso.

Es claro que uno de los cuestionamientos planteados por el demandante frente a la decisión de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) de no desvincularlo sino hasta el año 2019, se sustenta en la aplicación retroactiva de la Directiva Permanente 019 de 2014, pues solicitó su retiro de la institución el 16 de diciembre de 2013. En efecto, entre los elementos probatorios visibles en el acervo se halla la petición elevada, el 18 de julio de 2014, en la que expresamente se señala que persigue que “se lleve a cabo el procedimiento correcto (...) para su retiro del servicio activo, teniendo en cuenta que dicha solicitud fue requerida desde el día dieciséis (16) de diciembre de 2013, fecha anterior a la de la directiva permanente (...) “[51]

Comparto, en este sentido, que no resulta apropiada la aplicación retroactiva de una norma que regula la desvinculación de un miembro de la FAC, si se tiene en cuenta el momento en el cual presentó la solicitud de retiro, no se había producido una directiva que tendría la virtualidad de modificar unilateralmente las condiciones dadas de antemano en una relación bilateral, que, por lo demás, tienen incidencia en la libertad de escogencia de profesión u oficio. Adicionalmente, en principio, parece desproporcionado exigir la permanencia durante seis años en una institución de la que hace parte un suboficial desde el 19 de diciembre de 2012[52], sin que se observen razones para ello.

Así mismo, a mi juicio, la autoridad pública demandada, al momento de resolver la petición del actor, desconoció sus propios lineamientos establecidos en la Directiva General que pretendía aplicarle. En efecto, a folio 27 se observa el informe que le brindaron al señor Soler de la decisión adoptada frente a su requerimiento y sólo se le dijo 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 1790/00 considerar la solicitud de retiro, previo acto administrativo a partir del 19-ENERO-2019, salvo que la situación mencionada perdure o se agrave “[53]. Sin embargo, la propia Directiva indica que, al momento de estudiar las solicitudes de retiro, las entidades responsables de absolver la petición “(...) realizarán un estudio juicioso y argumentarán frente a cada solicitud, las necesidades del servicio que sustentan la fecha recomendada de retiro (...)”[54]. Es claro que la respuesta brindada al demandante no cumple con tales requisitos, razón por la cual la FAC desconoció los lineamientos por ella fijada para absolver este tipo de situaciones.

Por lo anterior, acompañé la decisión adoptada por la Sala. Con todo, la exigencia de que se regule una relación bilateral a través de una Ley, como aquella existente entre los suboficiales y la entidad demandada, desborda a mi parecer las dinámicas propias de asuntos como el presente.

En este sentido, de conformidad con las sentencias T-718 de 2009 y T-038 de 2015, es claro que profesiones u oficios como aquellos que prestan los miembros de la fuerza pública son esenciales en el Estado, pues existe una incuestionable relación entre seguridad nacional y este tipo de trabajos. Esto se desprende del segundo inciso del artículo 217 del Texto Superior, que establece que “Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

También es claro que, por el impacto social que tienen, pueden existir restricciones fundadas, razonables y proporcionadas para ejercer la labor o apartarse de ella, en virtud de los intereses generales de la comunidad, entre los cuales se halla, precisamente, la seguridad. Es más, de conformidad con las providencias mencionadas, si la actividad prestada es esencial para el Estado y la sociedad, mayor será el grado de discrecionalidad

para delimitar cómo se prestará el servicio, lo que incluye la manera como los miembros de la institución podrán desvincularse. Ahora, lo que no resulta adecuado, es pretender que esas condiciones sean fijadas por el legislador, pues es el propio empleador, en este caso la FAC, quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para saber el contexto específico en el cual se desarrolla la permanencia de los suboficiales en la entidad.

Dicho esto, es claro que es esa institución la que puede determinar -en concreto-elementos como los costos en los que ha incurrido para formar las competencias de las personas que prestan en ella sus servicios, las dificultades que acarrearía la desvinculación inmediata de la entidad, o el tiempo que se demoraría en formar a un nuevo suboficial, capacitarlo y que éste adquiriera la experiencia necesaria para el cumplimiento de los fines institucionales. Todo lo cual se relaciona inexorablemente con las necesidades del servicio y puede quedar consignado entre los términos que regulan una relación que es bilateral, particularmente cuando la persona empleada accede a una capacitación que puede estar condicionada a un tiempo de permanencia en la institución.

Es diferente que se pueda, eventualmente, ejercer un control sobre directivas que regulen la relación de la FAC con los oficiales y suboficiales que la conforman, pero de allí no puede desconocerse que es esa entidad la que tiene la experticia necesaria para planificar de manera estratégica su despliegue institucional y funcional.

En suma, comparto que la FAC trasgredió los derechos fundamentales invocados por el actor, pues no brindó razones suficientes para exigir su permanencia durante seis años en la institución y, además, pretendió aplicarle una norma que entró a regir tiempo después de haber presentado la solicitud de retiro. Sin embargo, encuentro desacertado el argumento relativo a que sólo mediante una ley de la República puede regularse lo relativo a los tiempos de permanencia en el servicio cuando los mismos estén asociados a procesos de formación y capacitación, vinculados a su vez, con las necesidades del servicio y la seguridad nacional.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

[1] Así lo acredita el extracto de la hoja de vida allegado por la F.A.C., obrante en los folios 82 y 83 del cuaderno principal (de ahora en adelante, siempre que se haga alusión a un folio del expediente, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, salvo que se diga otra cosa).

[2] Folio 52.

[3] Folio 1.

[4] Folio 27.

[5] Folios 37 a 95.

[6] “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”.

[7] Folio 41.

[8] Folio 40.

[9] Folio 39.

[10] Folios 24-26.

[11] Folios 27 y 49.

[12] Folios 28 y 29.

[13] Folio 52.

[14] Folios 53-61.

[15] Folios 62-81.

[16] Folios 82 y 83;

[17] Folios 98 a 103.

[18] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[19] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[20] Se advierte que al momento de desarrollarse el acápite considerativo No. 4 de la presente sentencia, se profundizará respecto de este precedente, por lo que en este punto la Sala se limita en lo concerniente a la procedibilidad.

[21] Tal criterio jurisprudencial fue reiterado en la sentencia T-1218 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, en la que la Sala Novena de Revisión se ocupó de estudiar un caso en el que un Suboficial de la F.A.C. había solicitado su retiro, y el trámite del mismo le fue autorizado únicamente hasta que se cumplieran dos años luego de su petición.

[22] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[23] Este criterio ha sido aplicado incluso en relación con los mecanismos judiciales dispuestos en la Ley 1437 de 2011 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, a través de la reciente sentencia T-038 de 2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se estudió una acción de tutela interpuesta por un miembro de la Fuerza Aérea, a quien se le había negado su solicitud de retiro voluntario del servicio activo, bajo los argumentos de mediar razones de seguridad nacional y circunstancias especiales del servicio, en virtud de las cuales era necesario prolongar la presencia del uniformado en la institución militar. Al respecto, la Sala resolvió tutelar los derechos fundamentales del actor y ordenar el adelantamiento de los trámites pertinentes para la desvinculación del mismo.

[24] Folio 13 del segundo cuaderno de tutela.

[25] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[26] “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

[27] Sentencia T-178 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

[28] Ibídem.

[29] Ibídem.

[31] Artículo 130 del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

[32] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[33] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[34] Lo dispuesto en la providencia antes referida fue estrictamente aplicado en la sentencia T-718 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), en donde la misma Sala de Revisión resolvió el caso de un Teniente de la Policía Nacional que, luego de haber cumplido 7 años en el servicio activo, solicitó su retiro voluntario; no obstante, éste le fue negado porque existía una amplia inversión en su formación como Piloto de helicópteros tipo UH-1H II, y la institución no contaba con personal disponible para reemplazarlo, por lo que se hacía necesario extender el estudio de su solicitud por 2 años. Al respecto, la Sala reiteró las conclusiones de la sentencia T-457 de 2003, por lo que decidió tutelar los mismos derechos fundamentales y ordenó que, al cumplirse con el lapso dispuesto por la entidad, se avale inmediatamente el retiro del interesado.

[35] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] MP. Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto, remitirse al acápite considerativo No. 4.3.

[37] Artículo 16: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

[38] Al respecto, en la sentencia SU-642 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, se dijo que “Para la Sala, no existe duda alguna de que todo colombiano, sin distingo alguno de edad, es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual, como lo ha manifestado la Corte, constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana. Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y

efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros.” Y en sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Sala Plena indicó que “del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno”. En igual sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-124 de 1998, M.P. T-015 de 1999, T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-473 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-491 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, A.V. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Araujo Rentería, S.V. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis; T-839 de 2007 y C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y más recientemente la sentencia T-562 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[39] Así se aclaró en la sentencia T-124 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, lo cual ha sido reiterado permanentemente por las distintas Salas de la Corte.

[40] Artículo 26: “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. || Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles”.

[41] Sentencia T-881 de 2000, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[42] Ver fundamentalmente las sentencias T-475 de 1992 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-355 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

[43] Al respecto, ver la sentencia T-1094 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

[44] Cfr. Sentencia T-1168 de 2008, en donde la Sala Primera de Revisión estudió varios

casos en los que unos agentes de la Policía Nacional fueron despedidos a través de actos administrativos inmotivados. En esa oportunidad, se encontró que esta situación constituía una vulneración de, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso, por lo que se decidió otorgar el amparo del mismo. Así fue reiterado con posterioridad en las sentencias T-1173 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño; T-456 de 2009 y T-638 de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-719 de 2013, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-424 de 2013, MP. Andrés Mutis Vanegas. Adicionalmente, la Corte, a través de sentencia SU-053 de 2015, unificó el criterio jurisprudencial respecto de la necesidad de motivar los actos discrecionales de la Fuerza Pública en los que se decide retirar a un miembro de la institución respectiva, estableciendo los lineamientos para su cumplimiento. En este punto, resulta importante poner de presente que dado que los pronunciamientos precitados no constituyen precedente directa de aplicación, los mismos no se incorporan como criterio estructural de la decisión que en esta sentencia se toma, únicamente se trata de una referencia pertinente, en relación exclusiva con la protección del derecho fundamental al debido proceso.

[45] Folio 27.

[46] Folio 41.

[47] Folios 99-103.

[48] Folio 57.

[49] Las causales se encuentran dispuestas en el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, el cual establece textualmente 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, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto”. A su vez, el artículo 102 dispone: “[a] partir de la vigencia de la presente ley, los Oficiales que asciendan al Grado de General, Almirante o General del Aire, pasarán al retiro temporal con pase a la reserva al cumplir dos (2) años de servicio en el Grado, a excepción de quien ocupe el cargo de Ministro de Defensa Nacional, por ser su nombramiento y separación potestad del

Presidente de la República, conforme al numeral 1o de la Constitución Política. || El Gobierno Nacional podrá prorrogar hasta por dos (2) años el término de retiro de los Oficiales Generales y Almirantes de que trata el presente artículo, cuando a su juicio las condiciones de Seguridad y Defensa Nacional así lo aconsejen”.

[50] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[51] Cuaderno 1, folio 25

[52] Cuaderno 1, folio 82.

[53] Cuaderno 1, folio 27.

[54] Cuaderno 1, folio 57.