

T-178-94

Sentencia No. T-178/94

PERSONAL MILITAR-Retiro voluntario del servicio/LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-Vulneración/ LIBERTAD PERSONAL-Vulneración/CARRERA MILITAR-Retiro

Como el actor solicitó su retiro de las Fuerzas Armadas y no hay motivo legal para retenerlo en ellas, aparece claro que la falta de la pronta resolución a la petición de retiro, viola el derecho del petente a escoger una profesión u oficio distinto al de las armas. Es claro que el Ejército Nacional, al no resolver la petición del actor con la prontitud exigida por la Constitución y la ley, viene vulnerando, no sólo su derecho de petición y el de escoger libremente profesión u oficio, sino también el derecho a la libertad personal del petente, pues se le está reteniendo en acuartelamiento, después de vencerse el plazo para resolver su solicitud y en contra de su voluntad repetidamente expresada, cuando no existen motivos legales para negarle sus derechos a la libertad personal y a la de escoger profesión u oficio.

PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA/CORTE CONSTITUCIONAL-Función de Protección de Derechos

La Constitución no sería la norma de normas dentro del ordenamiento colombiano, si los derechos y garantías que consagra, luego de ser desarrollados por la ley, pudieran ser ignorados o recortados en su alcance por las reglamentaciones internas de los entes que componen alguna o varias de las Ramas del Poder Público. Y la Corte Constitucional deja de cumplir con la función que le asignó el Constituyente al crearla (revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales), si encuentra que una instrucción de servicio cercena uno de los derechos fundamentales del accionante y no actúa para corregir esa extralimitación normativa y hacer nuevamente efectivo el derecho indebidamente recortado, con todo el alcance que el Constituyente le asignó originalmente.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Directiva

No hay norma constitucional o legal que permita al Ministerio de la Defensa Nacional ni al Ejército Nacional, restringir los derechos fundamentales de las personas de la manera que lo hace la Directiva Permanente, razón por la cual esa directiva, al imponer la permanencia

forzada por uno (1) o dos (2) años a quienes soliciten su baja voluntariamente, viola la ley, y viola la Constitución

Ref.: Expediente No. T-27426

Acción de tutela en contra del Ejército Nacional por la presunta violación de los derechos de petición, asociación, libertad y selección libre de la propia profesión u oficio.

Temas:

Derechos fundamentales de los miembros activos del Ejército Nacional y acción de tutela.

Límites constitucionales a la reglamentación del servicio militar.

Actor: Giovanni Galán García

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En Santafé de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Carlos Gavira Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

Procede a dictar sentencia de revisión del fallo de instancia dentro del proceso de la referencia, luego de considerar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES.

El actor, Giovanni Galán García, teniente en servicio activo del Ejército Nacional acantonado en el Batallón Palacé de Buga, luégo de siete (7) años de vinculación, solicitó su retiro el primero de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), con el fin de permanecer con su esposa y su hija, para dedicarse a una actividad laboral diferente que, él espera, le

permita ofrecer un mejor estar a su familia.

Según relata en la demanda, el veintiuno (21) de septiembre del mismo año, “el señor Mayor Meza, Jefe de Personal de la Brigada, me notificó que mi solicitud de retiro no iba a ser tramitada al Comando del Ejército, por cuanto que (sic) mi General no la había aprobado (visto bueno)...” (folios 5-6).

Continúa su relato, diciendo: “La razón que me dieron fué que ya sólo tengo 10 meses en el grado de Teniente y, según ellos, debo cumplir 2 años en el grado para así poder retirarme...” (folio 6).

Frente a esa información y la perspectiva de tener que permanecer forzosamente en el servicio activo por otros catorce (14) meses, como mínimo, antes de que le concedieran su retiro voluntario, el Teniente Galán García decidió interponer una acción de tutela.

2. DEMANDA DE TUTELA.

Luego de narrar los hechos ya expuestos, el actor impetró la protección tutelar de sus derechos en los siguientes términos:

“Señor Juez, elevo esta acción de tutela ante usted, porque considero que Colombia es una nación en donde sus ciudadanos son libres de escoger su profesión u oficio, en que lapso de tiempo (sic) quieren ejercerla y en que tiempo no. Entonces no sé porqué tengo que seguir en contra de mi voluntad en una institución, hasta el punto de sentirme prisionero, alejado de mi esposa y mi hija; y más, cuando ya han transcurrido 20 días desde que manifesté mi decisión, sin que hasta el momento me hallan resuelto mi situación.”

“Mi único fin es continuar mi vida como ciudadano en el estamento civil, pero necesito que el Ejército me defina mi situación lo más pronto posible; y esto no es más: que se me conceda mi retiro sin presionarme más.”

3. FALLO DE INSTANCIA.

Aunque la demanda fué presentada el veintidós de septiembre del año próximo pasado, sólo se dictó sentencia el veintitrés de noviembre siguiente, pues el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali provocó un conflicto de competencia con el Juzgado Primero Civil del Circuito

de Guadalajara de Buga, que la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de dirimir, “en tanto no existe una verdadera cuestión de competencia que, por haberse producido regularmente, reclame un pronunciamiento de esa naturaleza”. (folio 27) En consecuencia, la Corte remitió nuevamente el expediente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, para que adoptara la decisión correspondiente. Procedió el Juzgado Cuarto a fallar en la fecha anotada, negando la tutela impetrada con base en consideraciones como las que se transcriben a continuación:

“De la información recaudada, con el fin de verificar los hechos que son materia de esta acción, se observa sin entrar en mayor análisis, que si bien es cierto, el señor Giovanni Galán, presentó solicitud de retiro del Ejército, para continuar su vida como ciudadano en el estamento civil, como así lo expresa, no es cierto que ésta no hubiese sido apoyada o tramitada al comando del Ejército, como lo expone en su escrito de tutela, pues, consta en autos, según información del Teniente Coronel Luis Felipe Becerra B., comandante del Batallón de Artillería No. 3 Batallón Palacé, que obra a folios 13, que el conducto regular militar tiene una secuencia lógica que comienza en la unidad táctica o batallón, la cual apoya positiva o negativamente las solicitudes que presentan los oficiales o suboficiales, dándoles el trámite correspondiente a la Brigada, la que a su vez, y previo estudio del caso, las apoya y dá tránsito al comando del Ejército, quien en última instancia y previo cumplimiento de los requisitos que regulan la carrera militar, concede el retiro de la institución al solicitante.”

“Como ya lo había expresado el mismo Giovanni Galán, y lo confirma el comandante del Batallón Palacé de Buga, la solicitud de retiro fué apoyada positivamente y enviada al comando superior inmediato, que en este caso es la Tercera Brigada, de la cual es orgánico el Batallón Palacé. El oficio remisorio fué enviado el 10 de septiembre de 1993.”

“A su vez, el comandante de la Tercera Brigada informa al Juzgado, que la solicitud de baja del Teniente Giovanni Galán García, fué apoyada y enviada al comando del Ejército el día 19 de octubre de 1993, mediante oficio No. 02478 para su trámite correspondiente. Como prueba de lo expresado, anexa copia del oficio mencionado, suscrito por el Brigadier General Rafael Hernández López, comandante de la Tercera Brigada, mediante el cual envía al señor Mayor General Comandante del Ejército Nacional, la solicitud de retiro del servicio activo, mencionando en primer lugar al Teniente Giovanni Galán G., ya que aparecen otros nombres.”

“Finalmente, obra en el expediente el marconigrama enviado por el actual comandante del Batallón Palacé de Buga, en el que haciendo referencia al Decreto 1211 de 1990 expresa, que únicamente el Ministerio de Defensa Nacional ordena desacuartelamiento de oficiales por distintas eventualidades y, por tanto, ese comando cumplirá de inmediato orden pertinente sobre el Teniente Giovanni Galán García.”

“Es así claro que carece de sustento fáctico, la petición de tutela que se resuelve, si se tiene en cuenta que ésta fué presentada al Juzgado de reparto el 22 de septiembre de 1993, cuando aún no se conocía la decisión del comandante de la Tercera Brigada, que fué de apoyo, o sea, se le dió el visto bueno a su petición con posterioridad a la presentación de la solicitud de tutela y continuó con el trámite correspondiente, y nó como lo informa él en su escrito.”

El anterior fallo no fué impugnado en la oportunidad legal, por lo que fué remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

4.1. COMPETENCIA.

Es competente la Corte Constitucional para conocer de la revisión del fallo de instancia proferido en el presente proceso, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Constitución. Le corresponde pronunciarse a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en virtud de las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 y del auto de la Sala de Selección Número Uno, fechado el catorce (14) de enero del año en curso.

4.2. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DEL EJÉRCITO NACIONAL Y ACCIÓN DE TUTELA.

Se puede pertenecer al ejército colombiano, por reclutamiento forzado o por adscripción voluntaria.

Si se está en el servicio activo por reclutamiento forzado, siempre se tratará de una vinculación temporal, durante la cual se separa a la persona de sus actividades laborales ordinarias y de su entorno social, para cumplir con la obligación ciudadana que impone el artículo 216 de la Constitución. Ordinariamente, esta clase de vinculaciones al ejército duran

el año requerido para cumplir con el servicio militar obligatorio, según la regulación de la Ley 48 de 1993. Eventualmente, “cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (inciso segundo, art. 216 C.P.), tanto las personas que cumplen con su servicio militar como las que pasaron a las reservas, y otras particulares, pueden ser movilizadas y obligadas a permanecer en servicio activo, el tiempo requerido para atender a tales necesidades.

En cambio, si se ingresa al ejército por adscripción voluntaria, en tiempos de normalidad, se opta por una ocupación profesional prevista constitucionalmente en el artículo 217 de la Carta, para la cual “La ley determinará el sistema de reemplazos..., así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio” (inciso 3° del artículo citado), sea que ingresen como soldados, a la primera categoría del escalafón de la carrera, sea que lo hagan como suboficiales, luego de cursar estudios superiores en o fuera de la institución armada (Decreto 1211 de 1990).

Sin embargo, todas las personas incorporadas como militares -nó como parte del personal civil-, gozan de los mismos derechos y garantías constitucionales mientras permanezcan en filas, diferenciándose entre sí por la jerarquía que ocupan en el escalafón militar y la destinación que a cada quien le asignan sus superiores jerárquicos.

Algunos de los derechos y garantías constitucionalmente consagrados para los ciudadanos y para las personas en general, aparecen, sin embargo, limitados para los militares en servicio activo. Por ejemplo, se les garantiza el derecho a la vida y, por eso, se impone al superior el deber de no arriesgar injustificadamente la vida de las personas bajo su mando; pero, son - con los miembros de la Policía Nacional-, las únicas personas obligadas por el ordenamiento a arriesgar la propia vida en el cumplimiento del deber; por eso existe el delito de cobardía en la regulación legal de su comportamiento (Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar).

Gozan del derecho de petición, pero están sometidos al conducto regular para su ejercicio y las normas del Código Contencioso Administrativo que reglamentan de manera general y abstracta este derecho, sólo les son aplicables en caso de no existir norma especial para el Ejército.

Gozan del derecho a la libertad para determinar su comportamiento, pero están sometidos al

deber de obediencia no deliberante. Por esto, los militares en servicio activo son exceptuados de la disposición (art. 91 C. N.) que establece que el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. “Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

Tienen derecho a la libertad personal y, por ende, a las garantías consagradas en el artículo 28 de la Constitución; pero están sometidos a las restricciones del acuartelamiento y a que su permanencia en las filas se prolongue, aún en contra de su voluntad, “...cuando medien razones de Seguridad Nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente...” (Art. 130 del Decreto 1211 de 1990, Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares).

Como puede apreciarse, la situación jurídica de los militares en servicio activo, respecto de ciertos derechos fundamentales, no es igual a la de los civiles y, por ello, el examen de la violación o amenaza de esos derechos ha de verificarse desde la definición del alcance de cada derecho para los militares activos y desde los hechos particulares que sirvan de base para impetrar la protección al juez de tutela.

4.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Según el fallo del Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, la solicitud de retiro del Teniente Galán García fué tramitada debidamente, no se violó su derecho de petición y, en consecuencia, tampoco existió vulneración a su derecho a escoger libremente profesión u oficio, ni a ninguno de los otros aludidos en la demanda. Así, se encontró que lo procedente era negar la tutela impetrada. Empero, la Corte no puede aceptar la fundamentación del fallo de instancia, ni compartir la decisión adoptada, pues encuentra que en el trámite de la petición de baja, sí se violaron y amenazaron algunos derechos fundamentales del actor. Véase el porqué:

4.3.1. DERECHO DE PETICIÓN.

Afirma el actor que solicitó su baja el 1º de septiembre de 1993 y que, transcurridos 20 días, lo único que se le había notificado era que su solicitud no iba a ser tramitada hasta la última etapa del conducto debido, por virtud de una disposición interna para el manejo del personal del Ejército, que ordena no considerar esas peticiones sino cuando el solicitante haya

cumplido 2 años de servicio activo en el último grado que se le hubiera conferido.

Luego de recolectar las pruebas que consideró pertinentes, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, encontró que la petición había sido presentada el 1° de septiembre de 1993, que fué apoyada por el comandante del Batallón Palacé de Buga y remitida a la Tercera Brigada el 10 de septiembre; luégo, el comandante de la Tercera Brigada también la apoyó y la envió al comando del Ejército el día 19 de octubre. Teniendo como fundamento las pruebas de ese trámite incompleto, concluyó el a-quo: “Es así claro que carece de sustento fáctico, la petición de tutela que se resuelve...” (folio 49, vuelto).

Es claro para la Corte que el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución para “toda persona”, fué expresamente limitado para los miembros de la fuerza pública, por el artículo 219 del Estatuto Superior, al señalar: “La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, NI DIRIGIR PETICIONES, EXCEPTO SOBRE ASUNTOS QUE SE RELACIONEN CON EL SERVICIO Y LA MORALIDAD DEL RESPECTIVO CUERPO Y CON ARREGLO A LA LEY” (inciso primero, mayúsculas fuera del texto).

La solicitud de retiro del Teniente Galán García, se relaciona obviamente con el servicio y, se ajusta a la ley, pues el comandante del Batallón Palacé de Buga, quien debió controlar ese “arreglo a la ley”, la apoyó y remitió al superior jerárquico. En lo demás, el derecho de petición de los miembros activos de la Fuerza Pública, se identifica con el derecho de todas las personas y, por tanto, también estos servidores públicos tienen derecho “a obtener pronta resolución.” (artículo 23 C.P.).

Fijado el alcance del derecho de petición para el actor, en cuanto militar activo, la Corte ha de señalar que el fallo de instancia desconoce la doctrina reiterada sobre este derecho, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado y, por eso, resulta inaceptable. Dijo la Corte en la Sentencia No. T-481/92 -12 de agosto, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Sanín Greiffenstein-:

“En lo pertinente, el artículo 23 de la actual Constitución consagra el derecho de petición en los mismos términos que venía de la anterior, bajo la cual fué concebido en la forma más amplia, pues de él se derivan facultades y poderes tan amplios como los de pedir en contención ante la administración de justicia, por un extremo, hasta los de, mediante su

ejercicio, cumplir una función de control de la función pública, de manera que su importancia es manifiesta. Es de notar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades SINO DE QUE HAYA UNA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO SOLICITADO, LO CUAL SI BIEN NO IMPLICA QUE LA DECISIÓN SEA FAVORABLE, TAMPOCO SE SATISFACE SIN QUE SE ENTRE A TOMAR UNA POSICIÓN DE FONDO, CLARA Y PRECISA, POR EL COMPETENTE; por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la Administración, especialmente con vista en la promoción de las acciones judiciales respectivas, PERO QUE EN FORMA NINGUNA CUMPLE CON LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES QUE SE DEJAN EXPUESTAS Y QUE RESPONDEN A UNA NECESIDAD MATERIAL Y SUSTANTIVA DE RESOLUCIÓN Y NO A UNA CONSECUENCIA MERAMENTE FORMAL Y PROCEDIMENTAL, ASÍ SEA DE TANTA IMPORTANCIA.”

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia se revocará la decisión del a-quo, pues la Corte encuentra que, al momento de fallar, el derecho de petición del actor estaba siendo violado y, a pesar de existir pruebas de ello en el expediente, el Juez de instancia lo negó, confundiendo trámite con resolución y olvidándose de la prontitud que la Constitución exige para la resolución de las peticiones respetuosas.

Respalda esta conclusión de la Corte, el hecho de que, según el informe del Comandante del Ejército Nacional, General Hernán José Guzmán Rodríguez, fechado el 15 de marzo de 1994 - ¡seis meses y medio (6 1/2) después de presentada la solicitud de baja!-: “Estima este Comando que para la sesión del 08-ABR-94, la Honorable Junta Asesora decidirá, con novedad fiscal 01-MAY-94, lo relativo a la solicitud de retiro formulada por el Teniente Galán García, instancia necesaria para la producción del acto administrativo que acepta la solicitud de retiro presentada”(folio 66).

4.3.2. DERECHO A ESCOGER LIBREMENTE PROFESIÓN U OFICIO.

El Teniente Galán García, al ingresar al Ejército Nacional, optó por la carrera militar y aceptó la restricción de algunos de sus derechos fundamentales, implicada en la calidad de militar en servicio activo que libremente escogió. Sin embargo, según la Constitución Política (art.

217) y la ley (artículo 130 del Decreto 1211 de 1990), la opción por la carrera militar no crea estado; quien ingresa a ella puede retirarse en cualquier momento, siempre que no existan motivos de seguridad nacional o de necesidad del servicio que hagan necesaria su permanencia en las filas por un período adicional, cuya duración será fijada en cada caso según las razones de seguridad nacional o de prestación del servicio presentes en la situación particular.

La Corte entiende, dados el apoyo expreso que los superiores dieron a la solicitud de retiro del actor y el informe del señor Comandante del Ejército, que en el caso del Teniente Galán García no hay razones de seguridad nacional o de necesidad del servicio que obliguen la permanencia en filas del accionante, en contra de su voluntad expresa. Al respecto, son muy claros los textos de los artículos 26 de la Constitución y 130 del Decreto 1211 de 1990, al establecer:

“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...”

“Artículo 130. Solicitud de retiro. 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...”

En consecuencia, como el actor solicitó su retiro de las Fuerzas Armadas y no hay motivo legal para retenerlo en ellas, aparece claro que la falta de la pronta resolución a la petición de retiro, viola el derecho del señor Galán García a escoger una profesión u oficio distinto al de las armas; esta violación, que ni siquiera fué considerada por el a-quo, es la segunda razón por la que la Corte revocará el fallo de instancia.

Pero, ¿existía esa violación al momento de fallar el a-quo? Sí, esa violación al derecho de escoger libremente profesión u oficio, existía al momento de fallar el a-quo, como se expone a continuación.

El Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, derogó expresamente el Decreto-ley 95 de 1989 y,

tácitamente, las “demás disposiciones que le sean contrarias.” (artículo 270). Revisado su articulado, no se encuentra en él una norma especial que fije el término para decidir sobre la petición voluntaria de retiro de un suboficial; ha de acudirse entonces a las normas generales del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, que, en su artículo 1° incluye, dentro de su campo de aplicación, al procedimiento administrativo iniciado por la petición del actor. Siendo ésta una petición en interés particular, está regida por las normas del Capítulo III, “Del Derecho de Petición en Interés Particular”, del Código citado, en el que no se fija un término específico para la pronta resolución de las peticiones, sino que, en el artículo 9°, se remite al Capítulo II del mismo estatuto: “...A éstas se aplicará también lo dispuesto en el capítulo anterior.” Y, en el Capítulo II, el artículo 6°, establece: “Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta...”

Así, a partir de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud de retiro del Teniente Galán García, sin que se hubiera dado aplicación a las normas contencioso administrativas citadas, se viene violando su derecho a escoger libremente una profesión u oficio distinto al militar y, el a-quo, no lo declaró así, ni tuteló el derecho.

4.3.3. DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

En el artículo 28, el Constituyente de 1991 estableció que: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia...” Y, el actor en su demanda planteó: “...Entonces no sé porqué tengo que seguir en contra de mi voluntad en una institución, hasta el punto de sentirme prisionero, alejado de mi esposa y mi hija...” (folio 6).

La inquietud que el señor Galán García planteó en los términos transcritos, se desprende de una limitación al derecho a la libertad de los militares en servicio activo: mientras no reciban su baja, sean llamados a calificar servicios, sean separados o cumplan con la edad de retiro forzoso, ha de entenderse que continúan voluntariamente en el servicio activo o, aún involuntariamente, han de permanecer en él de manera temporal, por las razones de seguridad nacional o necesidad del servicio antes aludidas.

Pero se ha de objetar a esta explicación que, en el caso del Teniente Galán García, ni existen las razones de seguridad nacional o necesidad del servicio, ni tampoco la voluntad de permanencia y, como quedó expuesto, además se le están violando sus derechos fundamentales ¿porqué entonces ha de permanecer en filas?

El Teniente Galán García ha de permanecer en las filas del Ejército, hasta que sea debidamente autorizado para retirarse de ellas, porque si procede a abandonarlas sin autorización, se le acusaría de haber incurrido en uno o varios de los delitos contemplados en la Sección Segunda, Parte Especial, De los Delitos en Particular, Título II, Delitos contra el Servicio, del Código Penal Militar, que en los artículos 108 a 117 establece los tipos penales denominados: abandono del puesto, abandono del servicio y deserción.

Ni la voluntad ya expresada en la solicitud de retiro de querer abandonar las filas, ni la separación de su familia, ni la necesidad de conseguir mayor remuneración por su trabajo, servirían en esa hipotética situación, para exculpar al señor Galán García. Es más, la alegación de que se le estaban violando sus derechos fundamentales tampoco serviría para exculparle, pues la Constitución y la ley le facultan para impetrar del juez de tutela la constatación de esas violaciones, su declaración competente y la protección correspondiente; pero no le autorizan para declarar, él mismo, que las violaciones o amenazas efectivamente se dieron y, menos aún, para proceder a aplicar sus propias razones, abandonando el cargo y el servicio. Aquí se puede apreciar la importancia de una pronta resolución de las peticiones de baja.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte tiene que declarar también que, con la demora de más de seis meses en resolver la petición de retiro del actor, el Ejército Nacional le está violando el derecho al libre desarrollo de su personalidad, al mantener al señor Galán García en la obligación de ocuparse cotidianamente de los asuntos del servicio activo y no de los suyos, cuando están vencidos los términos para resolver sobre su retiro y no existen las razones constitucionales o legales que justificarían su permanencia forzada en el Ejército.

4.4. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA REGLAMENTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR.

En el Estado de Derecho vigente en Colombia, por regla general, los derechos y garantías fundamentales son consagrados en la Carta Política, sea de manera absoluta o relativa, por el Constituyente; el legislador los desarrolla a través de la ley, sin que le sea permitido

restringir el alcance de los derechos o garantías, más allá de los límites expresamente señalados en el Estatuto Superior, y las autoridades administrativas reglamentan esas leyes, cuando resulta necesario para ejecutarlas cumplidamente, sin poder sobrepasar los límites constitucionales y legales, so pena de nulidad originada en la violación de las normas superiores.

La Constitución no sería la norma de normas dentro del ordenamiento colombiano (art. 4 C.P.), si los derechos y garantías que consagra, luego de ser desarrollados por la ley, pudieran ser ignorados o recortados en su alcance por las reglamentaciones internas de los entes que componen alguna o varias de las Ramas del Poder Público. Y la Corte Constitucional deja de cumplir con la función que le asignó el Constituyente al crearla (revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales -art. 241, numeral 9 C.P.-), si encuentra que una instrucción de servicio cercena uno de los derechos fundamentales del accionante y no actúa para corregir esa extralimitación normativa y hacer nuevamente efectivo el derecho indebidamente recortado, con todo el alcance que el Constituyente le asignó originalmente.

Más aún, el Estado Social de Derecho adoptado por la Constitución (art.1º) y las leyes, desaparece si las autoridades constituídas para defenderlo y hacerlo eficaz, ponen sus intereses por encima de los fines esenciales del Estado y, en lugar de dedicar su actividad a “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...” (art.2 C.P.), se dedican a ampliar indebidamente los deberes que exigen de las personas, a costa del consecuente recorte de sus derechos y garantías fundamentales.

En el Estado Social de Derecho existente en Colombia, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” (art.122 C.P.). Y la regulación de los derechos y deberes de las personas, reconocidos por el Constituyente, es una competencia exclusiva del Congreso, según lo ordenan los artículos 152, literal a y 150, numeral 10 de la Carta. Durante los estados de excepción y, sólo durante ellos, respetando las reglas del Derecho Internacional, dentro de los límites establecidos por una ley estatutaria, con control de constitucionalidad previo, sólo con la firma -y el consiguiente compromiso de su responsabilidad- del Presidente y TODOS los Ministros, puede el Gobierno y sólo el Gobierno, restringir temporalmente algunos derechos fundamentales.

Estas consideraciones, se hacen necesarias para el examen de uno de los cargos planteados en la demanda del Teniente Galán García: afirmó el actor en su libelo, que sus derechos de petición, libre asociación, libertad para escoger profesión u oficio, libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo, libertad personal, estaban gravemente amenazados por la existencia de la Directiva Permanente 100-11 de 1986, donde se dispone:

“c) Con el propósito de velar por la correcta administración de personal, ningún retiro del servicio activo por “solicitud propia” se reconocerá antes de que el interesado haya cumplido dos (2) años en el respectivo grado. Se exceptúa el personal de Coroneles, quienes pueden hacerlo en cualquier momento y los Sargentos Mayores, quienes deben acreditar solamente un año en el grado. En todo caso, se tramitarán preferencialmente las de personal que haya llegado al máximo de su rendimiento.” (página 38 de una copia incompleta que el Ejército remitió al Juzgado de instancia -folio 45- y a la Corte -folio 68).

La cuestión que la Corte ha de considerar entonces, es: ¿puede el Ejército Nacional o el Ministerio de la Defensa Nacional -pues la copia parcial aportada no permite identificar a quien expidió tal regla-, 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?

Clara, expresa y terminantemente, la Corte ha de responder: nó, no puede hacerlo sin violar la Constitución. Véanse las razones en las que se fundamenta esta respuesta:

El artículo 28 de la Carta, establece: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...” Pero, en el caso de los militares, señala el artículo 217 del Estatuto Superior que: “La ley determinará... los derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

La ley determinó claramente que el derecho a la libertad personal de los militares en servicio activo está limitado por el deber de obediencia no deliberante, al definir, en el artículo 108 del Decreto 1211 de 1990 -Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales-, que la DESTINACIÓN “Es el acto de autoridad militar competente por el cual se asigna a una Unidad

o Dependencia Militar a un Oficial o Suboficial cuando ingresa al escalafón o cuando cambia su situación jerárquica por ascenso.” El abandono voluntario y no justificado por un traslado, comisión, licencia o cambio de destinación, dará lugar al retiro del servicio, si se prolonga más de cinco (5) días (artículo 137, Decreto 1211/90) y, aún si es menor, a la acción penal correspondiente, por los delitos contra el servicio regulados por el Código Penal Militar, a los que se hizo alusión antes.

Si la persona no desea continuar en el servicio activo y, por tanto, sometida a esa restricción a sus derechos fundamentales, el artículo 130 del Decreto 1211/90 le garantiza su retiro, siempre que no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio a juicio de la autoridad competente. Fuera de las “razones de seguridad nacional o especiales del servicio”, el Decreto 1211 de 1990 sólo autoriza la retención forzosa en filas de un militar en servicio activo que solicite su retiro, en el caso contemplado en el artículo 240: “Obligatoriedad de la prestación de servicios. Los Oficiales y Suboficiales que sean destinados en comisión de estudios de complementación o especialización en el país o en el exterior, deberán prestar a la institución su servicio por un tiempo mínimo igual al doble del lapso que hubieren permanecido en comisión.

Cuando se trate de comisiones en el exterior, salvo las comisiones de tratamiento médico o diplomáticas, la obligación será igual a la establecida anteriormente.”

Es importante aclarar que los cursos para ascenso dentro del escalafón militar, siendo parte de la carrera, no dan lugar a una comisión de estudios como las contempladas en el artículo 240 del Decreto 1211/90. El mismo Decreto 1211, en su artículo 41, expresamente lo aclara al establecer: “Selección de Suboficiales. Los Comandantes de Fuerza podrán seleccionar dentro del personal de Suboficiales a quienes por sus condiciones militares, experiencia y conocimientos puedan ser preparados como Oficiales en las respectivas Escuelas de Formación, a las cuales pasarán EN COMISIÓN DEL SERVICIO por el tiempo de duración de los correspondientes cursos.”

Queda establecido entonces, que no hay norma constitucional o legal que permita al Ministerio de la Defensa Nacional ni al Ejército Nacional, restringir los derechos fundamentales de las personas de la manera que lo hace la Directiva Permanente 100-11 de 1986, razón por la cual esa directiva, al imponer la permanencia forzada por uno (1) o dos (2)

años a quienes soliciten su baja voluntariamente, viola la ley, al contradecir al artículo 130 del Decreto 1211/90 y, viola la Constitución al transgredir los artículos 2, 4, 23, 26, 28, 38, 122, 150 numeral 10, 152 literal a, 216 y 217, tal y como quedó expuesto anteriormente en esta providencia.

Para concluir, la Corte no puede ignorar que, a folio 42 del expediente que se revisa, obra un documento que textualmente dice: "...este Comando, se permite informar que la solicitud de baja del señor Te. Giovanni Galán García CM 8704916, fué enviada al Comando del Ejército el día 19 de octubre de 1993, mediante Oficio No. 02478, PARA SU TRÁMITE CORRESPONDIENTE DE ACUERDO A (sic) LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LA DIRECTIVA PERMANENTE 100-11 DE 1986 SOBRE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL."(mayúsculas fuera del texto). Además, que a folios 66 y 67 del expediente, obra el informe que el señor Comandante del Ejército, General Hernán José Guzmán Rodríguez, remitió a la Corte y en él se lee: "Como quiera que... esa Magistratura requiere información sobre el estado actual de la solicitud, le manifiesto que esta se encuentra lista para ser presentada en Junta Asesora. CON RESPECTO A LA DIRECTIVA SOBRE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL 100-11 DE 1986 LE INFORMO QUE AÚN SE ENCUENTRA VIGENTE."(mayúsculas fuera del texto).

Por tanto, en la parte resolutive de esta providencia, al ordenar que se resuelva la petición del actor, también se ordenará que la restricción inconstitucional contenida en la Directiva Permanente 100-11 de 1986, sea inaplicada en la consideración de la solicitud de retiro del Teniente Galán García.

5. DECISIÓN.

En razón de las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), que negó la tutela de los derechos fundamentales del señor Giovanni Galán García. En su lugar, otorgar la tutela impetrada por violación a los derechos de petición, libertad y libre selección de profesión u oficio.

SEGUNDO. Ordenar a la Junta Asesora del Ministerio de la Defensa Nacional para las Fuerzas Armadas, que en la primera reunión que celebre a partir de la notificación de esta providencia, decida la petición de baja del Teniente Giovanni Galán García.

Para decidir la petición del señor Galán García, la Junta no tendrá en cuenta lo dispuesto en la Directiva Permanente 100-11 de 1986 sobre tiempo mínimo de servicio en el grado de Teniente, pues tal disposición es abiertamente violatoria de la Constitución y la Junta Asesora debe cumplir con el artículo 4 de la Carta.

TERCERO. Remitir copia del presente proceso al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, pues, según la Corte Suprema de Justicia, la demora que ocasionó el a-quo provocando un conflicto de competencias inexistente, no fué justificada.

CUARTO. Comunicar la presente providencia al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, para los fines señalados en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase,

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General