

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

(...) la entidad castrense, al negar una solicitud de retiro voluntario de uno de sus miembros, deberá probar que existe un 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.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-Configuración

(...) se configura una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, en tanto según la información que reposa en el expediente, la accionante trabajó en la FAC hasta el mes de febrero de 2022.

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

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Contenido y alcance/LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Restricciones y limitaciones

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

IUS VARIANDI EN MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Alcance

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

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

Referencia: Expediente T-8.244.162

Acción de tutela interpuesta por Arlex Cifuentes Torres, como apoderado de Daniela Yurley Ávila Vargas, en contra de la Fuerza Aérea Colombiana.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en segunda instancia, dentro del proceso de tutela promovido por Arlex Cifuentes Torres como apoderado de Daniela Yurley Ávila Vargas, en contra de la Fuerza Aérea Colombiana.

I. ANTECEDENTES

A. DEMANDA DE TUTELA

1. En representación de la señora Daniela Yurley Ávila Vargas, el señor Arlex Cifuentes Torres interpuso acción de tutela en contra de la Fuerza Aérea Colombiana (en adelante “FAC”), por considerar que los derechos de su apoderada al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a escoger libremente profesión u oficio y el derecho al debido proceso, se vieron vulnerados al denegarle la desvinculación de la FAC en la fecha solicitada por la accionante.

La señora Daniela Yurley Ávila, solicitó en diciembre de 2020 el retiro voluntario de la FAC, a partir del 1º de marzo del 2021. Sin embargo, luego de realizar el análisis pertinente respecto de dicha solicitud, la entidad aceptó la desvinculación con fecha de retiro del 1º de febrero del 2022.

1. Explica la accionante que ella ha perdido la vocación castrense, razón por la cual no desea continuar en la Fuerza Aérea Colombiana; y que el hecho de tener que permanecer en la entidad por 11 meses más a la fecha en que ella había solicitado su retiro, vulnera sus derechos fundamentales.

A. HECHOS RELEVANTES

1. Daniela Yurley Ávila Vargas ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana el 10 de enero del año 2018, como estudiante de la escuela de suboficiales de la FAC, donde permaneció alrededor de 2 años.

1. En diciembre del 2019, se graduó como Aerotécnico de la Fuerza Aérea Colombiana, en la especialidad de Comunicaciones - Tránsito Aéreo. Al graduarse, fue destinada a prestar servicios en el Grupo Aéreo del Oriente -GAOR-, lugar en el cual se encuentra prestando sus servicios actualmente.

1. El 4 de diciembre de 2020, Daniela Yurley Ávila solicitó el retiro voluntario de la Fuerza Aérea Colombiana, a fecha del 1º de marzo del 2021, sustentando que había perdido la vocación castrense, y que permanecer en dicha entidad le habría generado estrés laboral.

1. Una vez evaluado el historial militar y la proyección en la institución, el día 23 de febrero del 2021, la Fuerza Aérea Colombiana le notificó a la accionante que por parte de la FAC se le

autorizaba el retiro a partir del día 1º de febrero del 2022, 11 meses después de la fecha solicitada por la accionante.

1. La señora Daniela Yurley Ávila resalta que, en la Fuerza Aérea, así como en el Grupo Aéreo del Oriente, hay suboficiales de grado aerotécnico con la misma especialidad e incluso con mejor entrenamiento que podrían reemplazarla de manera inmediata, por tanto, considera que no está justificada la prolongación de su permanencia en la institución.

A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. La respuesta de la FAC se basó en las disposiciones normativas del artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual establece que la solicitud de retiro por parte de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares podrá ser presentada en cualquier tiempo, siempre y cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio, que impliquen la necesidad de permanencia en la actividad ejercida, estimación que se dará de acuerdo al juicio de la autoridad competente. Igualmente, resaltó que dicho Decreto Ley se expidió de acuerdo al mandato constitucional consagrado en el artículo 217 superior.

1. Derivado de la solicitud de la accionante, la entidad procedió a realizar el estudio pertinente de seguridad nacional o de la necesidad del servicio ejercido por la misma. Dentro del estudio mencionado, la Fuerza Aérea encontró que:

i. En oficio emitido por el Mayor Comandante Escuadrón de Combate, y que según la Tabla de Organización y Equipo (TOE) de la FAC , el grupo al cual pertenece la accionante debería contar con 03 suboficiales y 25 oficiales; pero que actualmente cuenta con 01 oficial y 11 suboficiales.

i. La accionante cuenta con conocimiento en el control de tránsito aéreo, cuyas funciones son importantes.

i. Podría ser reemplazada por un Aerotécnico del curso No. 93, que llegaba de traslado al Grupo Aéreo del Oriente del 28 de diciembre del 2020.

i. El impacto institucional del retiro de la accionante repercutiría en la disminución en la planta del personal de controladores de la Fuerza Aérea Colombiana.

1. De acuerdo a dicho oficio, el Mayor General Comandante de Operaciones Aéreas envió concepto indicando que se debería contemplar como fecha de retiro de la accionante el mes de febrero del 2022 debido a que “la Dirección de Navegación Aérea presenta déficit de personal y no hay posibilidad de reemplazo a corto plazo, afectando Operaciones Aéreas y la prestación de los servicios ATS en el Grupo Aéreo de Oriente.”¹

1. Asimismo, el Coronel Jefe de Potencial Humano, emitió concepto donde tuvo en cuenta el documento emitido por el área funcional a la cual ella pertenece, el emitido por la Jefatura de Educación Aeronáutica, donde consta que no se registra que la accionante haya completado cursos de educación superior, concluyendo que se tuviera como fecha propuesta de retiro el 1 de febrero de 2022.

1. De acuerdo a lo anterior, la Fuerza Aérea Colombiana considera que los derechos de la accionante no se han visto vulnerados, debido a que se sustentó la necesidad del servicio que ejerce actualmente la accionante, de acuerdo a un Plan Estratégico Institucional y a la normativa vigente; que la negativa de un retiro inmediato también se sustenta en que la FAC

ha invertido presupuesto público en su educación y que dicha inversión se justifica únicamente si el personal que se vio beneficiado le retribuye a la patria con sus servicios.

A. DECISIONES JUDICIALES EN EL TRÁMITE DE TUTELA

Primera instancia – Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá

1. Con sentencia del 16 de marzo del 2021, el juez en primera instancia resolvió la tutela interpuesta a nombre de la señora Ávila.

1. Decidió acceder a las pretensiones de la accionante, tutelando los derechos a la libre escogencia de profesión u oficio y del libre desarrollo de personalidad. Argumentó que se especificó dentro de la respuesta de la entidad accionada que no se contaba con información que evidenciara que la accionante tuviera cursos de educación superior financiados con presupuesto de la Fuerza Aérea y, adicionalmente, la misma entidad estimó que podría ser reemplazada por un aerotécnico que sería trasladado con fecha del 28 de diciembre del 2020. Estimó que lo único sobre lo cual se sustentó la negativa de una desvinculación inmediata fue la disminución de la planta del personal de controladores de la Fuerza Aérea Colombiana, sin presentar mayores pruebas fácticas que evidenciaran la necesidad de que la accionante fuera indispensable y, por tanto, se requiriera prolongar su estadía en la entidad.

1. Por esta razón, le ordenó a la entidad accionada que en el término de máximo un (1) mes se autorizara e hiciera efectivo el retiro voluntario de la accionante.

Impugnación

1. La Fuerza Aérea Colombiana impugnó el fallo resaltando lo siguiente que:

i. Si bien es cierto que se estimó que habría un miembro trasladado a la Unidad de la accionante que podría reemplazar a la señora Daniela Yurley Ávila, el déficit general y unitario persistía en la Institución; por ello, indicaron que la necesidad no se debe medir únicamente en la posibilidad de un reemplazo directo al cargo de la persona que solicita el retiro, sino a nivel de toda la Fuerza Aérea Colombiana.

i. La entidad sí ha invertido recursos públicos en la educación de la accionante como suboficial de la especialidad de comunicaciones aeronáuticas y que, de autorizarse el retiro de la accionante, se podría constituir en un detrimento del erario público.

i. El tiempo en que se requiere la permanencia de la accionante, servirá para el ingreso y capacitación de otro militar para que supla las actividades que cumple hoy en día la accionante.

i. Por último, en general ser miembro de la Fuerza Pública tiene connotaciones excepcionales que le son propias a las funciones que se cumplen como miembro castrense, por lo que los regímenes deben ser diferenciados de otros funcionarios públicos.

Sentencia de segunda instancia- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil

1. Con sentencia del 21 de abril del 2021, el tribunal de segunda instancia revocó el fallo del juez del circuito y decidió negar el amparo invocado por la accionante.

1. Para el juez de segunda instancia, la entidad logró demostrar que existía un déficit de personal en la Dirección de Navegación Aérea, donde se desempeñaba la accionante. Por

tanto, a pesar de que se había indicado que habría un miembro para cumplir su reemplazo, era evidente que el grupo debía contar con 3 oficiales y 25 suboficiales, pero que actualmente contaban solo con 1 oficial y 11 suboficiales.

1. Concluyó que los derechos a la libre escogencia de profesión u oficio y al del libre desarrollo de la personalidad no eran derechos absolutos, por lo que encuentra su limitación cuando las funciones que se ejercen en una labor tienen trascendencia colectiva o general y, en especial, si dichas labores desarrollan fines del Estado.

A. ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante auto del 19 de julio de 2021, la Sala de Selección de Tutela Número Siete, dispuso seleccionar para revisión y asignar al despacho del Magistrado Alejandro Linares Cantillo el expediente T-8.244.1622.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Sala Tercera de Revisión es competente para conocer del fallo objeto de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

A. CUESTIÓN PREVIA: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación por activa. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que toda persona tiene el derecho constitucional de acudir a la acción de tutela en busca de la reivindicación y protección de sus derechos fundamentales, en los eventos en los que éstos se vean vulnerados o amenazados. A partir de las normas de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela.

1. En ese orden de ideas, esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela; (ii) el ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) el ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo. Por último, (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso.

1. En el caso en concreto, se evidencia que la acción de tutela fue interpuesta por el abogado Arlex Cifuentes Torres, como apoderado de la suboficial Daniela Yurley Ávila. En el expediente se encuentra debidamente anexado el poder otorgado por la señora Daniela Yurley Ávila al abogado Arlex Cifuentes, de acuerdo a las disposiciones del Decreto 806 de 2020, cumpliendo de esta manera con la legitimación por activa.

1. Legitimación por pasiva. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública. En sede de tutela, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción, que está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en el evento en que ésta resulte demostrada.

1. De acuerdo a lo anterior, la presente acción de tutela va dirigida en contra del General Ramsés Rueda, como Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, y contra el Coronel Jesús Antonio Martínez Moreno, Jefe de Relaciones Laborales de la Fuerza Aérea Colombiana. Evidenciando que, tanto el General como el Coronel están siendo demandados por el apoderado de la accionante por cumplir sus funciones como servidores de la Fuerza Aérea Colombiana, y atendiendo a la informalidad que reviste a la acción de tutela, se entenderá que esta acción va dirigida en contra de la FAC, como una de las instituciones perteneciente al Comando General de las Fuerzas Militares del Ministerio de Defensa, de acuerdo al artículo 217 de la Constitución Política. Considerando que la accionante se encuentra actualmente vinculada laboralmente a la FAC, concluye la Sala que dicha entidad está legitimada por pasiva para actuar en el presente caso.

1. Inmediatez. La acción de tutela es un mecanismo eficiente de amparo de derechos fundamentales que se encuentren vulnerados o amenazados, razón por la cual debe existir cercanía entre el hecho vulnerador o amenazante y la solicitud de amparo.

1. En el presente caso, la vulneración de los derechos alegada por la accionante se habría materializado con el oficio emitido por la FAC, el día 23 de febrero del año 2021. A través de dicha actuación, la accionada le notificó a la señora Ávila que su retiro voluntario se podrá dar a partir del 1º de febrero del año 2022. Como se evidencia en el expediente, la tutela se habría interpuesto pocos días después de la notificación de este oficio, ya que la sentencia de primera instancia en el proceso de tutela fue emitida el 16 de marzo del 2021. Por tanto, se cumpliría con el requisito de inmediatez.

1. Subsidiariedad. En principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir los actos administrativos, ya que éstos, por su propia naturaleza, se encuentran amparados por la presunción de legalidad, la cual supone que la administración, al momento

de tomar decisiones o de manifestarse a través de actuaciones propias de sus funciones, lo hace acatando las prerrogativas constitucionales y legales que regulan la situación concreta⁴. Asimismo, porque el debate en torno al cumplimiento y aplicación de las normas que regulan la toma de decisiones de la administración le corresponde de manera principal a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no al juez de tutela.

1. Ahora bien, esta regla implica que, de evidenciarse la procedencia de otro medio judicial distinto a la acción de tutela, debe verificarse que éste sea idóneo, es decir que tenga un efecto protector sobre los derechos aducidos; y, adicionalmente, que los proteja de manera efectiva, lo que se refiere a que dicho remedio sea oportuno. También es importante señalar que la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial deben analizarse de acuerdo a las circunstancias particulares del asunto sometido a conocimiento del juez⁵. Es decir, la idoneidad y la efectividad de un mecanismo no pueden ser descartadas de manera generalizada, ya que ciertas características subjetivas de los accionantes podrían permitir la flexibilización del requisito de subsidiariedad.

1. Adicionalmente, resalta esta Sala que, en numerosas situaciones análogas al presente caso⁶, esta Corte ha estimado 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 [...] prolongado 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”⁷.

1. Respecto del caso en concreto, encuentra la Sala que la accionante no agotó los medios judiciales ordinarios, considerando que el oficio por medio del cual se le notificó que la FAC aceptaría su desvinculación a partir del 1º de febrero del 2022, constituye un acto

administrativo, susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de que se decrete su nulidad, y se restablezca el derecho, si así lo considera⁸. Adicionalmente, es importante resaltar que la accionante contaba con la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante dicha jurisdicción, las cuales se encuentran reguladas en la Ley 1437 de 2011.

1. Sin embargo, para el caso de la señora Daniela Yurley Ávila, la Sala concluye que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante lo contencioso administrativo no resultaría una medida eficaz para la resolución de la presente disputa.

1. Frente a la cuestión particular, la Sala debe tener en cuenta los extensos plazos que se deben surtir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la resolución de un litigio como el presente que, de acuerdo a las cifras oficiales del Consejo Superior de la Judicatura sobre los tiempos procesales de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si se llevara hasta la segunda instancia, podría tener una duración promedio de 615 días corrientes, lo que corresponde a alrededor de 1 año y 7 meses de duración⁹. Por tanto, se advierte que, de encontrarse probada una afectación a los derechos de la accionante, la vía de lo contencioso administrativo no resultaría oportuna para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que la vulneración de sus derechos fundamentales se volvería “actual, inmediata y verificable diariamente”¹⁰, durante todo la prolongación de la autorización del retiro laboral de la FAC, esto es por 11 meses, lo cual confirmaría que la eventual protección a sus derechos, se podría garantizar de manera idónea únicamente a través de la acción de tutela¹¹, ya que la duración del proceso ante lo contencioso administrativo sobrepasaría, de acuerdo a los datos evidenciados previamente, el tiempo estimado por la FAC para el retiro de la accionante, tornándolo en un proceso ineficaz.

1. Así las cosas, concluye esta Sala que la acción de tutela de la referencia es procedente, al tratarse de un caso en el que la entidad demandada ha postergado la fecha de retiro voluntario de un miembro activo de las fuerzas militares, situación que implica una potencial y permanente vulneración a los derechos fundamentales de la accionante. Igualmente, encuentra la Sala que el proceso de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no resultaría eficaz para la protección de los derechos aducidos en el presente caso, debido a la evidencia de los largos plazos que le tomaría a dicha jurisdicción para resolver el caso en concreto, lo que sobrepasaría de sobremanera el tiempo de prolongación del contrato de la accionante con la FAC. En este sentido, la presente acción de tutela es procedente por subsidiariedad.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. A partir de los hechos presentados en la demanda, y de acuerdo a lo decidido por los jueces de instancia, le corresponde a esta Sala decidir si la FAC desconoció los derechos al libre desarrollo de la personalidad, derecho a escoger profesión u oficio y al debido proceso de la accionante por negar el retiro voluntario en la fecha que ésta pretendía, y posponer su desvinculación por 11 meses adicionales.

1. Para responder al problema jurídico presentado, la Sala desarrollará la siguiente metodología: (i) abordará como cuestión previa, la configuración de una carencia actual de objeto; (ii) determinará el alcance de los derechos a la libertad de expresión y libertad de escoger profesión u oficio y sus limitaciones respecto de miembros de las Fuerzas Militares; y (iii) estudiará derecho al debido proceso en el marco de las solicitudes de retiro voluntario de los miembros de las fuerzas castrenses. Finalmente, solucionará el caso en concreto.

A. CUESTIÓN PREVIA -CONFIGURACIÓN DE UNA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

1. Antes de proceder al planteamiento del problema jurídico del caso, y teniendo en cuenta la información recaudada en sede de revisión, la Sala estima necesario analizar si en el presente asunto se configura el fenómeno de carencia actual de objeto en razón del agotamiento del plazo solicitado por la FAC para acceder al retiro solicitado por la demandante.

1. La carencia actual de objeto, tal como ha sido caracterizada por la jurisprudencia, acaece cuando los supuestos fácticos que motivaron la solicitud de amparo han desaparecido. En tales eventos cualquier determinación del juez de tutela orientada a hacer cesar la presunta conducta vulneradora de derechos fundamentales resultaría inane toda vez que, una vez extinto el objeto del litigio, la salvaguarda constitucional pierde totalmente su eficacia. La doctrina de esta corporación ha identificado y definido tres distintos escenarios en los que el fenómeno de carencia actual de objeto tiene lugar, dependiendo de cuál es la circunstancia que lo origina: el hecho superado, el daño consumado y la situación sobreviniente.

1. Así, el hecho superado se presenta cuando se constata “la satisfacción integral de las pretensiones entre el momento de la interposición de la acción de tutela y la sentencia, con fundamento en actuaciones atribuibles a la mera voluntad del extremo accionado en el proceso. Su ocurrencia implica que el pronunciamiento del juez constitucional se torna inane, como quiera no es posible ordenar (i) hacer algo que ya se realizó o (ii) abstenerse de desplegar una conducta que ya cesó”¹⁴.

1. El daño consumado, por su parte, se configura “cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el plazo previsto para la adopción de la sentencia, se materializa el perjuicio que se pretendía evitar con el amparo constitucional, siempre que el menoscabo se torne irreversible. En este escenario, al no ser posible reestablecer el derecho fundamental vulnerado, lo que corresponde es el resarcimiento del daño causado, pretensión

que, en principio, no puede ser agotada mediante el ejercicio de la acción de tutela, puesto que su finalidad no es la de actuar como mecanismo de reparación de perjuicios”¹⁵.

1. Por último, la carencia actual de objeto en la modalidad más amplia y heterogénea de situación sobreviniente ocurre cuando “entre la interposición de la acción y el momento del fallo, cambian las condiciones fácticas que dieron origen al proceso constitucional, bien sea porque (i) el accionante asumió una carga que no le correspondía; (ii) perdió interés en el resultado del proceso; o (iii) las pretensiones son imposibles de llevar a cabo. En todo caso, esta hipótesis se diferencia del hecho superado, en tanto que la variación de los hechos no ocurre en virtud de una actuación voluntaria del extremo accionado”¹⁶.

1. Es claro que entre la interposición de la acción de tutela y el momento de la presente sentencia, cambiaron las condiciones fácticas. Por lo que, no cabe la duda de que en el presente caso se configura una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, en tanto según la información que reposa en el expediente, la accionante trabajó en la FAC hasta el mes de febrero de 2022 (ver *supra*, numeral 6)¹⁷. Por lo cual, es dado concluir que la tutelante perdió el interés en el objeto original de la tutela.

1. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena reconoció en la sentencia SU-522 de 2019 que frente a los casos de carencia actual de objeto por situación sobreviniente, no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, también indicó que en tratándose de la Corte Constitucional actuando en sede de revisión, podrá emitir un pronunciamiento de fondo “cuando lo considere necesario para, entre otros: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental”.

1. En efecto, la Sala encuentra que en el asunto bajo examen es menester pronunciarse para avanzar en la comprensión del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, así como la tensión de dichos derechos frente a los miembros de las fuerzas militares. De esta manera, sin perjuicio de la carencia actual de objeto evidenciada, en ejercicio de sus competencias constitucionales como tribunal de revisión la Sala procederá a valorar la conducta desplegada por la entidad accionada frente a la solicitud de la accionante, a la luz del precedente jurisprudencial desarrollado en torno a los principios y derechos involucrados.

A. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO Y LAS LIMITACIONES PARA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, amparado por el artículo 16 de la Constitución Política, constituye la libertad de todo ciudadano para decidir respecto de su plan de vida, sin que medie ninguna intromisión irrazonable, ni presiones de ninguna clase, para que cada individuo pueda escoger y crear un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional¹⁸.

1. Por otra parte, de acuerdo al artículo 26 de la Constitución Política, toda persona tiene la libertad de escoger profesión u oficio. Esta libertad que la Constitución le concede a los individuos, se traduce en una garantía positiva, y otra negativa. La positiva garantiza que los individuos tengan la posibilidad de decidir cómo emplear su capacidad productiva y de esta manera, decida autónomamente qué oficio, actividad o labor emplear para el desarrollo de su plan de vida¹⁹. Por otro lado, la garantía en sentido negativo, hace referencia a que nadie podrá ser obligado a ejercer una profesión u oficio determinado, lo cual implica que cada individuo tenga la posibilidad de abandonar o retirarse de un oficio o actividad que ya no satisfaga sus intereses²⁰.

1. Ahora bien, esta Corporación también ha indicado que, tanto el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como el derecho a la libre escogencia de profesión u oficio no son ilimitados. Por ejemplo, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, en su sentido positivo, puede ser regulado por el Estado al exigir títulos de idoneidad que garanticen las capacidades de una persona para ejercer cierta profesión.

1. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que una limitación legítima al derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como al derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, se da cuando se permite “[...]modificar las condiciones de trabajo e, incluso, el derecho a renunciar a un trabajo puede ser limitado por el legislador –con motivos razonables- cuando el trabajo de que se trata compromete directamente los intereses generales [...]”²¹. En este mismo sentido, se reconoció que “[e]l ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio no pueden ser desconocidos por las autoridades ni por la sociedad. No obstante, también ha precisado que tales derechos no son absolutos, ya que pueden verse limitados, por ejemplo, en el caso de personas que desempeñan funciones que comprometen la realización de los cometidos estatales [...]”²².
(subrayas fuera de texto)

1. Tal sería el caso de los servidores públicos, quienes, según el artículo 123 de la Constitución, inciso primero, “están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.” En cuanto a la potestad que ostenta el empleador de definir las condiciones de ejercicio de la labor del servidor público, esta Corte en sentencia T-1094 de 2001 sostuvo lo siguiente:

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

flexibilidad para el ejercicio de esta potestad, precisamente, en razón de la naturaleza de tales actividades y del objetivo social que se persigue con el cumplimiento de las mismas”.
(subrayas fuera del texto)

1. Uno de los casos en donde se presentaría un mayor grado de discrecionalidad, es particularmente en el de la reglamentación de las funciones y responsabilidades que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares²³. Contrario a la regulación que existe para los servidores públicos civiles, no uniformados²⁴, sobre las funciones que deben cumplir los militares existe una especial regulación, situación que se deriva del mandato que se les ha impuesto constitucionalmente, el cual se describe en el artículo 217 superior de la siguiente: “mantenimiento del orden público interno, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y de los principios constitucionales”.

1. Los individuos, quienes de manera autónoma e individualmente deciden vincularse a las instituciones castrenses, asumen ciertos deberes y responsabilidades que ninguna otra persona, sea servidor público o cualquier otro trabajador del sector privado, tiene que asumir. Algunos de estos deberes se evidencian en la Ley 1862 de 2017, la cual establece, entre otras las siguientes normas de conducta:

“Artículo 1º Deber fundamental del militar. Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar²⁵.

Artículo 2º. Comportamiento militar. El militar ajustará su comportamiento a la ética, disciplina, condición, principios, valores y virtudes característicos de las Fuerzas Militares.

Artículo 3º. Disciplina militar. Es el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares.

Es el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado,

será practicada y exigida en las Fuerzas Militares como regla de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.”

1. Al analizar la restricción de las libertades de los miembros de las Fuerzas Militares, esta Corte ha reconocido²⁶ que dichas restricciones son posibles, al concluir que:

“el retiro del servicio activo [de los miembros de la Fuerzas Militares], como manifestación de los derechos a la libertad personal y a la libre escogencia de profesión u oficio, puede verse limitado en forma legítima, cuando la autoridad competente lo considere necesario y conveniente para garantizar el cabal cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a la Fuerza Pública.²⁷” (subrayas fuera de texto)

1. En atención a lo anterior, se emitió el Decreto Ley 1790 de 2000, por el cual se regula la carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares. En dicho decreto se consagra, en el artículo 101, que la autorización del retiro del servicio se puede negar “cuando medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio, que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente.” Esta disposición se basa en el artículo 217 superior, el cual reconoce que se determinará a través de la ley el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio a las fuerzas castrenses. Así, se evidencia que los miembros de las Fuerzas Militares están sometidos a un régimen especial de carrera, al igual que a regímenes especiales de prestaciones sociales y de responsabilidad disciplinaria. Por ende, considerando el impacto nacional, general y de cometido estatal que cumplen las fuerzas castrenses, se les reconoce a éstas un mayor grado de discrecionalidad para delimitar cómo se prestará el servicio por parte de sus miembros, lo que incluye la manera en como los miembros de la institución podrán desvincularse.

1. Por tanto, es factible concluir que a pesar de que todos los individuos están amparados por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y por el derecho a escoger profesión u oficio, dicha autonomía puede ser legítimamente limitada por el Estado cuando las necesidades públicas lo exijan, particularmente, cuando la actividad desplegada por el individuo afecte los intereses generales de la comunidad o se evidencie que las funciones ejercidas comprometen la realización de cometidos estatales, como lo es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares.

1. Ahora bien, el hecho de que se le permita legítimamente a las Fuerzas Militares determinar la manera en que sus miembros podrán desvincularse de las instituciones, no quiere decir que su ejercicio sea completamente discrecional, ya que deberá basar sus acciones en razones legítimas y comprobables, en atención al derecho al debido proceso, amparado por el artículo 29 de la Constitución.

A. DEBIDO PROCESO EN LA SOLICITUD DE RETIRO VOLUNTARIO DE MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

1. Una de las maneras en que se expresa la garantía constitucional del debido proceso es a través de la obligación de que todas las autoridades públicas justifiquen y presenten suficiente motivación en los actos emitidos por estas, sobre todo en aquellas actuaciones en las que su pronunciamiento compromete 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” 28.

1. Como se explicó previamente, debido a que los miembros de las Fuerzas Militares cumplen funciones que comprometen la seguridad integral del Estado y su territorio, la soberanía nacional y el orden público, sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la escogencia de oficio o profesión, pueden verse limitados. Así lo previó el Decreto 1790 de 2000, a través de su artículo 101, condicionando el derecho de retiro voluntario de los miembros de las Fuerzas Militares a que el mismo será viable siempre y cuando no se evidencien (i) razones de seguridad nacional; o (ii) circunstancias especiales del servicio que justifiquen la negación del retiro voluntario.

1. Ahora, si bien se le permite a las Fuerzas Militares obrar con mayor discrecionalidad en cuanto a la imposición de límites a estas libertades constitucionales, deberán en todo caso, actuar bajo las disposiciones del debido proceso, es decir, que su actuar se encuentre justificado y, que sea razonable. Por tanto, el acto que deniega una solicitud de retiro voluntario por solicitud de un miembro de la Fuerza Militar, no podrá simplemente basarse de manera generalizada, en la existencia de alguna de estas dos causales, sin mayor desarrollo o justificación.

1. De acuerdo a lo anterior, a través de la sentencia T-101 de 2016, esta Corte estableció que la entidad castrense, al negar una solicitud de retiro voluntario de uno de sus miembros, deberá probar que existe un 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 respectivo²⁹. Adicionalmente, en esta misma providencia se determinó que un miembro de la Fuerza Pública no puede ser obligado a permanecer durante “un tiempo amplio e inflexible en el servicio activo”. Actuar de manera contraria a lo expuesto, afectaría de manera directa los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre escogencia de oficio o profesión y al debido proceso administrativo.

1. Por tanto, se concluye que el campo de acción de las Fuerzas Militares en materia de desvinculación de sus miembros resulta ser amplio, a causa de que las funciones que

cumplen los miembros castrenses se basan en la protección y garantía del interés general y nacional. Sin embargo, dicha amplitud no se puede convertir en actos arbitrarios, por lo que, a la luz del derecho del debido proceso, las actuaciones de las Fuerzas Militares deberán justificarse de manera razonada, exponiéndose razones que sustenten la conexidad entre alguna de las causales de denegación del retiro -según el artículo 101 del Decreto 1790-, y la necesidad de que el miembro permanezca vinculado al cuerpo militar.

A. SOLUCIÓN EN EL CASO EN CONCRETO. LA FAC NO VULNERÓ LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, A LA LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN Y OFICIO, NI EL DEBIDO PROCESO DE LA ACCIONANTE

1. De acuerdo a lo expuesto en la presente sentencia, se evidencia que la Fuerza Aérea Colombiana no ha vulnerado los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escoger profesión u oficio ni al debido proceso, debido a que la decisión de aceptar su desvinculación a partir del 1° de febrero de 2022, plasmada en el acto administrativo del 23 de febrero del 2021, se fundamentó en las necesidades especiales del servicio, que acusaban su permanencia hasta dicha fecha. Esta circunstancia fue sustentada y probada de manera razonable por parte de la FAC en su actuación administrativa y, posteriormente, en el trámite de la presente acción de tutela. Así, la FAC señaló expresamente a la accionante que, para valorar su solicitud, tuvo como fundamento lo previsto en el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000.

1. En primer lugar, consta que acompañando la solicitud de retiro presentada por la accionante el día 4 de diciembre de 2020, se ponía de presente lo siguiente: “cualquier decisión que se tome ha cumplido con una serie de requisitos preestablecidos, de aplicación a todos los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Aérea, analizando las necesidades de la Institución, capacitación recibida, proyección dentro de la Fuerza, tiempo de servicio en la Institución, desempeño, posibilidad de reemplazo a corto plazo, conveniencia del retiro antes de que otro militar supla el cargo, situación administrativa de vacaciones; entre otros, para poder establecer si concurren razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran la permanencia en actividad del militar, tal y como lo consagra el artículo 101 del

ya citado Decreto Ley 1790 de 2000.30. Lo anterior, supone que la FAC siguió el procedimiento correspondiente para analizar la solicitud de retiro de la accionante, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 1790 de 2000, por lo que no habría sido una decisión arbitraria ni infundada.

1. Asimismo, la FAC resaltó que, al realizar el análisis respecto de la posibilidad de que la accionante se pudiera retirar en la fecha que ella estimaba conveniente –el 1º de marzo de 2021-, se encontró lo siguiente:

Oficio No. FAC-S-2021-000068-CF del 21 de enero de 2021/MDN-COGFM-FACCOFAC- JEMFA-COP-JEPHU

1. En dicho oficio, se hace expresa referencia a la conclusión del área funcional a la que se remitió el señor Coronel Jefe de Potencial Humano, para proponer como fecha de retiro el 1º de febrero de 2022. En este sentido, dicho oficio transcribió el concepto del área funcional, en el que se señaló que “[e]ste Comando (COA) solicita que la fecha de retiro sea contemplada para el mes de febrero de 2022, en vista que la Dirección de Navegación Aérea actualmente presenta déficit de personal y no hay posibilidad de un reemplazo a corto plazo, afectando las Operaciones Aéreas y la prestación de los servicios ATS en el Grupo Aéreo de Oriente. Ésta Jefatura propone como fecha de retiro a partir del 01 de febrero de 2022”.

1. Estas conclusiones se basaron en los siguientes oficios de revisión interna de la institución castrense, que fueron aportados debidamente dentro del expediente de la presente acción de tutela:

i. La información suministrada por la Unidad a la cual pertenece actualmente la señorita Suboficial mediante oficio No. FAC-S 2020 180656-CI del 13-DIC-2020/MDN-COGFM-COFAC-JEMFA SECOMESCOM-ESNAV.

i. El concepto emitido por el área funcional a la cual pertenece la señorita Suboficial mediante oficio No. FAC-S-2020-192462-CI del 31 de diciembre de 2020 /MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COA.

i. El concepto emitido por la Jefatura de Educación Aeronáutica suministrado con radicado No. FAC-S-2021-003838-CI del 8 de enero de 2021/MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COP-JEA, la señorita Suboficial no le registran estudios de educación superior desarrollados con presupuesto de la Fuerza. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que la accionante sí tenía distintos cursos de vuelo y cursos militares, técnicos y otras capacitaciones.³¹

i. De acuerdo a la Resolución 1018 del 16 de diciembre de 2019, la señorita Suboficial ascendió al grado de Aerotécnico con fecha 17 de diciembre de 2019.

1. En dichos oficios constaba la situación de la unidad a la que pertenecía la accionante y revelaba que la entidad accionada procedió a analizar la situación de personal que afrontaría por la desvinculación de la señora Ávila, proponiendo la fecha del 1° de febrero de 2022 con base en los conceptos elaborados a partir de la situación de servicio relevantes.

Oficio No. FACS-2020-180656-CI del 13-DIC-2020/MDN-COGFM-COFAC JEMFA-SECOMESCOM-ESNAV

1. En este oficio, firmado por el Comandante del Escuadrón de Combate, Mayor Jorge Ernesto Luna Muñoz, se evidenció un déficit de personal del GAOR- grupo al cual pertenecía la accionante-, pues se debería contar con un total de 25 suboficiales y 3 oficiales; y actualmente dicho grupo cuenta con tan solo 1 oficial y 11 suboficiales.

1. Asimismo, se estimó que “el cargo ocupado [por la accionante] es importante para el control del tránsito aéreo” y que ésta “es una suboficial con conocimiento en el control del tránsito aéreo, ejemplar responsable y comprometida con las funciones asignadas [...]”, adicionando que la accionante ha pertenecido al GAOR 1 año y 3 meses, y que ha sido altamente capacitada por parte de la FAC para el oficio que lleva a cabo.

1. En el mismo oficio, se estimó que la accionante podría ser reemplazada, a consideración, por “el Señor Aeronáutico del curso N°93 que llega de traslado al Grupo Aéreo del Oriente el 28 de diciembre del 2020 con asignación a la Escuadrilla de Navegación Aérea”.

1. Resalta por último que “el impacto institucional por el retiro de la señorita suboficial es la disminución en la planta de personal de controladores de la Fuerza Aérea Colombiana”. Por consiguiente, en este caso, resulta claro que el servicio impactado por la solicitud de la accionante es el del control del tráfico aéreo, relevante de cara a las funciones y propósitos de la FAC, que propone de cara al impacto de la desvinculación de la accionante, alternativas para la mitigación de dicho impacto identificado en el servicio.

Oficio No. FAC-S-2021-000295-CF del 12 de marzo de 2021 / MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-COPJEPHU

1. En este oficio, el Jefe de Potencial Humano de la FAC, el Coronel Mauricio González Rodríguez, estimó que “La señorita suboficial ha tenido una trascendencia de más de 1 año de experiencia y que hoy en día desempeña sus funciones como controladora de tránsito aéreo desde el Grupo Aéreo del Oriente; además ha fortalecido su formación profesional durante su tiempo de permanencia en esta Unidad, desarrollando conocimientos y destrezas laborales que son indispensables para el desarrollo de la misión encomendada a la Dirección Navegación Aérea desde esta zona recóndita de la geografía colombiana”.

1. Adicionalmente, señaló que la suboficial, por sus conocimientos técnicos, ha “brindado asesorías a las diversas tripulaciones que vuelan a lo largo y ancho del departamento del Vichada y sus alrededores”, por lo que su salida repercutiría en un “impacto institucional considerable [...] generando una disminución en la planta del personal de controladores aéreos afectando el correcto funcionamiento de las operaciones aéreas que se llevan a cabo desde el Grupo Aéreo del Oriente”. Por último, se señala que, durante su permanencia en el GAOR, esto es 1 año y 3 meses, la suboficial ha recibido nueve (9) cursos de capacitación técnica, entre los cuales se encuentran diversos cursos prácticos, técnicos y teóricos que son necesarios para el buen funcionamiento de las operaciones aéreas en la región oriental.

1. De los oficios anteriormente desglosados, se resalta principalmente que el Jefe de Potencial Humano de la FAC, evidenció la necesidad de permanencia de la accionante como técnica en comunicaciones de tránsito aéreo, esto principalmente debido a que, en el GAOR, grupo al cual pertenece la accionante, se evidenció una falta de personal capacitado para el cumplimiento de las funciones que ella supe. Hay un déficit de 14 suboficiales y 2 oficiales en el mencionado grupo.

1. Ahora bien, se evidencia igualmente que la accionante podría haber sido reemplazada por “el señor Aeronáutico del curso N° 93”. Sin embargo, como lo evidenció la FAC, dicho reemplazo no supliría la falta de personal total del GAOR, pues faltaría por llenar las plazas de 14 suboficiales y 2 oficiales. Igualmente, respecto de la evidente falta de personal, se denotó la importancia que la FAC presta a la capacitación que ha recibido la suboficial y la experiencia que esta tiene, pues la labor que ejercer la suboficial necesita de conocimientos técnicos y de diversas capacitaciones prácticas y teóricas, como fue demostrado por la FAC, para poder garantizar una óptima capacidad operativa de la institución. Es decir, que no cualquier servidor podrá reemplazar en sus funciones a la suboficial.

1. Adicionalmente, la FAC evidenció en las pruebas enviadas durante el proceso de tutela, que la señorita ha recaudado experiencia de más de 1 año, fortaleciendo sus capacidades

profesionales, las cuales se consideraron indispensables para el buen funcionamiento de la institución, sobre todo en la zona geográfica del país en donde funciona el GAOR, esto es, en el oriente.

1. A partir de los anteriores elementos, considera esta Sala de Revisión que: (i) la entidad atendió la solicitud de desvinculación de la señora Ávila, con fundamento en las normas aplicables, en especial, lo previsto por el artículo 101 del Decreto 1790 de 2000; (ii) se estudió el impacto en el servicio de control del tráfico aéreo de la dimisión de la accionante; (iii) se analizaron alternativas para mitigar el impacto de la salida de la señora Ávila del grupo al que pertenecía; (iv) que basado en estudios y conceptos relevantes, se propuso una fecha de desvinculación que hacía compatible el deseo de la accionante de abandonar la fuerza, y al mismo tiempo reducir el impacto de la desvinculación en un área afectada por la falta de personal. Estas circunstancias indican que la determinación de la FAC en este caso no se basó en un ejercicio desbordado de sus facultades; por el contrario, se evidencia que la intención de la institución accionada fue la de compatibilizar el deseo de la accionante de desvincularse de la Fuerza Aérea Colombiana, con la exigencia de grado legal que busca que no se afecte el servicio cuando una solicitud de este tipo se presenta.

1. En suma, encuentra esta Sala que, de acuerdo a los estudios realizados por la FAC ante la solicitud de retiro voluntario de la accionante, primero, se demostró la realización de un proceso de verificación de la posibilidad de otorgar un retiro inmediato a la accionante, concluyendo que éste no se podría dar, debido al déficit de personal en el grupo al cual pertenece la accionante. Segundo, la FAC logró demostrar de manera justificada un nexo entre la necesidad de permanencia, con las condiciones particulares del servicio prestado por la accionante, expresado así en el oficio notificado a la accionante. Por tanto, no se evidencia la vulneración del debido proceso administrativo de la accionante en el presente caso.

1. Por último, esta Sala considera importante resaltar que Daniela Yurley Ávila Vargas, ingresó de manera voluntaria a la FAC, de acuerdo al plan de vida que quiso escoger para ella en ese momento. En efecto, ingresó a la escuela de formación de suboficiales de la FAC el 10 de enero de 2018. En el año 2019, se graduó de dicha escuela como Aerotécnica de la

FAC, con especialidad en comunicaciones de tránsito aéreo. Inmediatamente, ingresó al Grupo Aéreo del Oriente, conocido como GAOR. Esto implica que conocía de las condiciones y exigencias propias de su pertenencia a una fuerza militar como es la FAC, entre las que se incluye que el servicio no puede verse amenazado por la voluntad de desvinculación que, válidamente, pueden elevar sus miembros. En este sentido, se reconoce como parte integral del plan de vida escogido por la accionante la razonable carga de someterse a las regulaciones y requisitos que, dada la naturaleza y el régimen legal y constitucional aplicable a la actividad castrense, le resultan aplicables a cualquier otra persona en su condición. Por lo anterior, es necesario resaltar que, en situaciones como la presente, en las que el debido proceso para responder a la solicitud de desvinculación se ha atendido satisfactoriamente, no se puede predicar una afectación del libre desarrollo de la personalidad o desconocimiento de la libertad de escogencia de profesión u oficio pues, se insiste, corresponde con las cargas propias y consustanciales de la pertenencia a la FAC, elegida inicialmente por la accionante.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión analizar la acción de tutela interpuesta por una suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana frente a la decisión de la institución de postergar el retiro solicitado por 11 meses adicionales a la fecha inicialmente estimada por ella. Consideró la accionante que tal determinación vulneró sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a escoger libremente profesión u oficio y al debido proceso, pues no encontró justificado que debiera continuar con sus funciones, observando que había perdido el llamado a servir en la fuerza.

1. Frente a esta situación, la Sala analizó la existencia de una carencia actual de objeto por situación sobreviniente. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala decidió pronunciarse de fondo en virtud del precedente dispuesto en la sentencia SU-522 de 2019. En esta línea, el alcance de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger oficio o profesión,

en el marco de los miembros de las Fuerzas Militares. Debido a que estos servidores públicos ejercen funciones de mantenimiento del orden público interno, de la defensa de la soberanía, de la independencia, integridad del territorio nacional y protección de los principios constitucionales, así reconocido por el artículo 217 de la Constitución, las libertades enunciadas resultan ser más limitadas respecto de la que gozan otros servidores públicos o privados. Se reconoce que las Fuerzas Militares gozan de una mayor discrecionalidad para regular la vinculación o desvinculación de sus miembros, y que existen respecto de las mismas obligaciones de mantener el servicio y atender la seguridad nacional, que podrían verse impactados ante la desvinculación del personal.

1. En efecto, la discrecionalidad relacionada con la desvinculación del personal resultará legítima cuando se evidencie, de manera probada y razonable, que existen razones de seguridad nacional, o circunstancias especiales del servicio, que justifiquen denegar el retiro de manera inmediata o en la fecha solicitada por el interesado. En conexión con lo anterior, la Sala estimó que las decisiones que se tomen por parte de las instituciones de las Fuerzas Militares en esta materia deberán estar fundamentadas y probadas, de acuerdo a las disposiciones del debido proceso, derecho amparado en el artículo 29 de la Constitución.

1. En el caso en concreto, se evidenció del acervo probatorio, que constaban suficientes y justificadas razones para determinar la permanencia por 11 meses más de la accionante en la FAC -entidad accionada-, pues se acreditó un impacto en el servicio, atendiendo la función de control de tráfico aéreo desempeñado por la accionante y un déficit de personal sustancial que afectaría el correcto funcionamiento de la FAC en la zona oriental del país. Debido a ello, se encontró que la determinación de la FAC en este caso no se basó en un ejercicio desbordado de sus facultades; por el contrario, se evidenció que la intención de la institución accionada fue la de compatibilizar el deseo de la accionante de desvincularse de la FAC, con la exigencia de grado legal que busca que no se afecte el servicio cuando una solicitud de este tipo se presenta.

1. En conclusión, encontró la Sala que no hubo trasgresión al debido proceso adelantado para conocer y decidir sobre la solicitud de desvinculación de la accionante. Asimismo, que no se presentó una afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, pues parte integral de la decisión de vida de pertenecer a la FAC comprendía soportar las cargas razonables, impuestas por la ley, para llevar a cabo la desvinculación. En este caso, dichas cargas suponían un ejercicio de sustentación y verificación de parte de la fuerza sobre el impacto en el servicio de la solicitud de la accionante que, habiéndose adelantado en el presente caso de manera satisfactoria, no pueden derivar en la afectación inicialmente alegada por la demandante.

1. En consecuencia, y con base en las consideraciones desarrolladas a lo largo de esta providencia, la Sala Tercera de Revisión habrá de revocar el fallo de segunda instancia proferido el 21 de abril del 2021 por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, por medio del cual se revocó el fallo de primera instancia, proferido el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá; y en su lugar, declarar la carencia actual de objeto por configurarse una situación sobreviniente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, el fallo de segunda instancia proferido el 21 de abril del 2021 por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, por medio del cual se revocó el fallo de primera instancia, proferido el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá; y en su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por configurarse una situación sobreviniente, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Por Secretaría General, LIBRENSE la comunicación prevista en el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-460/22

Referencia: expediente T-8.244.162

Solicitud de tutela presentada por Daniela Yurley Ávila Vargas en contra de la Fuerza Aérea Colombiana

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría me permito aclarar mi voto pues, si bien comparto que en el asunto examinado se configuró una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente, me aparto del análisis de fondo que llevó a cabo la mayoría

de la Sala, pues, en mi criterio: (i) la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) no cumplió con su obligación de probar las circunstancias especiales del servicio alegadas para no conceder el retiro de la accionante a partir del 1 de marzo del 2021, sino desde el 1 de febrero de 2022, y, en consecuencia, (ii) le impuso a la accionante la obligación de permanecer durante un año más en servicio activo, de manera injustificada. Fundamento esta aclaración de voto en las siguientes razones.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades, el derecho de los miembros de la fuerza pública a solicitar su retiro del servicio, en ejercicio de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad para escoger profesión u oficio, está limitado por razones de seguridad nacional y razones especiales del servicio, en los términos del artículo 101 del Decreto 1790 de 2000. Por lo tanto, la autoridad competente está legitimada para negar la solicitud de retiro o concederlo en una fecha posterior a la propuesta por el solicitante, si tales razones se encuentran acreditadas. Esta restricción a las garantías fundamentales de los miembros de la fuerza pública tiene plena justificación constitucional, habida cuenta de que la función primordial de las Fuerzas Militares, al tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Constitución Política, consiste en “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, valores de indiscutible trascendencia e interés para el Estado, la República y las personas que la integran, que priman sobre los intereses particulares de quienes ejercen funciones militares.

No obstante, esta Corte también ha sostenido que las razones por las cuales la autoridad competente niega o aplaza el retiro del servicio de un oficial o un suboficial de la fuerza pública deben encontrarse probadas, es decir, que dentro del correspondiente trámite administrativo se debe demostrar que la permanencia del solicitante en el cargo que ocupa es indispensable para no afectar el cumplimiento de los fines institucionales de las Fuerzas Militares. Lo anterior, por cuanto “(i) en tratándose de limitación de prerrogativas constitucionales de que son titulares los miembros de la Fuerza Pública [en este caso, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad para escoger profesión u oficio], es indispensable 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”³². Así las cosas, cuando el juez de tutela examina este tipo de asuntos, debe valorar las circunstancias de cada caso

particular, con el fin de determinar si existe o no un nexo entre las funciones ejercidas por el solicitante y las razones de seguridad nacional o especiales del servicio alegadas por la institución militar.

A diferencia de lo sostenido por la mayoría de la Sala, considero que, en el asunto analizado, no se acreditó la existencia de dicho nexo y, en consecuencia, no está probado que la permanencia de la suboficial en servicio activo hasta el 1 de febrero de 2022 (es decir, durante 11 meses más en relación con la fecha propuesta en la solicitud de retiro) fuera indispensable para no afectar el cumplimiento de la misión institucional de la FAC por razones especiales del servicio.

Ello es así, en la medida en que (i) la razón por la cual se consideró necesario autorizar el retiro 11 meses después de la fecha solicitada consistió en que “la Dirección de Navegación Aérea actualmente presenta déficit de personal y no hay posibilidad de reemplazo a corto plazo, lo que afecta la prestación de los servicios ATS en el Grupo Aéreo del Oriente”; no obstante, (ii) está acreditado que, de acuerdo con el comandante de Escuadrón de Combate, mayor Jorge Ernesto Luna Muñoz, la suboficial podía “ser reemplazada por el Señor Aerotécnico del curso N° 93 que llega[ba] trasladado al Grupo Aéreo del Oriente el 28 de diciembre de 2020”; (iii) este concepto del comandante no fue valorado en el trámite administrativo que se le dio a la solicitud de retiro y (iv) si bien en dicho trámite se solicitó información sobre la experiencia académica y profesional de la accionante, no se acreditó que su permanencia en el cargo hasta el 1 de febrero de 2022 fuera necesaria para garantizar que su reemplazo contara con su misma experticia para desempeñarse como controlador aéreo. A continuación, justifico las premisas del argumento:

Primero, la razón por la cual se decidió postergar por casi un año el retiro de la accionante consistió en que, a pesar de que la Dirección de Navegación Aérea debía estar integrada por 3 oficiales y 25 suboficiales, únicamente contaba con un oficial y 11 suboficiales. Sin embargo, la autoridad competente (i) no justificó por qué no era posible garantizar que, a la fecha de retiro propuesta por la accionante, una nueva persona asumiera las labores ejercidas por ella y, en consecuencia, se mantuviera el personal con el que ya venía operando dicha dirección, y (ii) no explicó por qué razón era necesario esperar 11 meses más para cubrir la vacante que se generaba con el retiro de la suboficial. Como se indicó previamente, el único fundamento consistió en que “la Dirección de Navegación Aérea

actualmente presenta déficit de personal y no hay posibilidad de un reemplazo a corto plazo”.

Segundo, además de lo anterior, la autoridad competente no descartó que, como lo indicó el comandante de Escuadrón de Combate, la suboficial pudiera ser reemplazada en el corto plazo por un técnico aeronáutico que llegaba trasladado al mismo grupo aéreo apenas tres semanas después de presentada la solicitud de retiro. Esta información era relevante para adoptar una decisión al respecto, en particular, si se tiene en cuenta que la persona trasladada (i) tenía la misma formación académica de la accionante (técnico aeronáutico) y (ii) contaba con un tiempo prima facie razonable para adaptarse al cargo (dos meses), mientras se hacía efectivo el retiro en la fecha propuesta (1 de marzo de 2021).

Tercero, aunque la viabilidad de reemplazar a la suboficial accionante con la persona que llegaría trasladada a su mismo grupo aéreo hubiera podido ser desvirtuada por diversas razones, como, por ejemplo, la no efectividad del traslado anunciado o la insuficiencia de tiempo para garantizar que las labores de control del tráfico aéreo fueran asumidas sin dificultades por esta nueva persona, nada se dijo al respecto dentro del trámite administrativo de respuesta a la solicitud de retiro.

Cuarto, si bien la autoridad competente solicitó información relacionada con la formación académica y la experiencia profesional de la accionante y dicha información fue efectivamente suministrada al trámite administrativo, no explicó por qué era necesario contar con la experticia de la suboficial durante 11 meses más para garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas al Grupo Aéreo del Oriente y, en particular, para que el control del tráfico aéreo en la zona oriental del país no sufriera traumatismos. Tampoco expuso ningún argumento relacionado con, por ejemplo, la necesidad de que la persona que asumiera el cargo fuera entrenada durante ese mismo lapso, en aras de garantizar el normal desarrollo de dichas actividades aéreas y militares.

En suma, la decisión cuestionada en el asunto examinado no se encuentra suficientemente justificada, por cuanto, si bien se fundamentó en un déficit de personal en la Dirección de Navegación Aérea, no se indicó de qué manera la desvinculación de la accionante a partir del 1 de marzo de 2021 afectaba el cumplimiento de la misión institucional de la FAC y, por lo tanto, era necesario postergarla hasta el 1 de febrero de 2022 por razones especiales del

servicio.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 Escrito de contestación de la acción de tutela, suscrito por el Comandante de Personal (E), pág. 6.

2 Los criterios objetivos invocados para la selección fueron los siguientes: exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial y posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional. También se invocó el criterio subjetivo relacionado con la urgencia de proteger un derecho fundamental.

3 Decreto que según su artículo 16 tendrá una vigencia de 2 años a partir de su expedición, dada el 4 de junio de 2020.

4 Corte Constitucional, sentencia T-076 de 2018.

5 Corte Constitucional, sentencia T-222 de 2014.

6 Corte Constitucional, sentencias T-1094 de 2001, T-1218 de 2003, T-457 de 2003, T-718 de 2008, T-038 de 2015 y T-101 de 2016

7 Corte Constitucional, sentencia T-101 de 2016.

9 Consejo Superior de la Judicatura y Corporación Excelencia en la Justicia, “Resultados de Estudio de Tiempos Procesales”, Tomo I, (2016), págs. 207-208. Se tuvieron en cuenta las cifras expuestas en las páginas 207, donde se evidencia en la Tabla 209 la duración de la primera instancia por tipo de proceso en el promedio general, que estima que para este tipo de procesos la primera instancia tendrá una duración de 285 días corrientes; y para calcular la segunda instancia, se tuvo en cuenta la media eficiente para procesos que cursaron la primera instancia, que estima que los tiempos entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de la segunda instancia está en 330 días corrientes. Si se tuviera en cuenta el

cálculo de la duración del promedio de las fases que cursaron la primera instancia (no solo la media efectiva), se tendría que de la sentencia de primera a la sentencia de segunda instancia, podrían transcurrir 1345 días corrientes, lo que conllevaría a que el proceso en términos generales tenga una duración aproximada de 4 años y 5 meses (correspondería a 1630 días corrientes). Cabe anotar que en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 10 de octubre del 2019, con radicado número 05001-23-33-000-2013-01028-01 (1920-2015), le tomó a la jurisdicción resolver el caso de un retiro voluntario solicitado a la FAC, un tiempo aproximado de 4 años. En los hechos del caso estudiado por el Consejo de Estado, se analizó la legalidad de un oficio del año 2013, concluyendo ante el alto Tribunal en el año 2019.

10 Corte Constitucional, sentencias T-1094 de 2001, T-1218 de 2003, T-457 de 2003, T-718 de 2008, T-038 de 2015 y T-101 de 2016.

11 Así lo estableció la Corte a partir de la sentencia T-1094 de 2001, en la que se resolvió el caso de un militar al que se le negó su retiro voluntario del servicio activo.

12 Decreto 2591 de 1991, artículo 14. Adicionalmente, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 10 de octubre del 2019, con radicado número 05001-23-33-000-2013-01028-01 (1920-2015), se estimó que “como medida cautelar solicitó la suspensión provisional del acto demandado y ordenar al Ministerio de Defensa Nacional el retiro del demandante de la Fuerza Aérea [...] El Tribunal Administrativo de Antioquia [...] considera irrelevante desde el punto de vista práctico para la parte actora la toma de una medida cautelar de suspensión del acto. Considera entonces que no se podrá dar el restablecimiento del derecho en este momento [...]”.

13 Consejo Superior de la Judicatura y Corporación Excelencia en la Justicia, “Resultados de Estudio de Tiempos Procesales”, Tomo I, (2016), pág. 208. Se tuvo en cuenta la cifra de admisión de la demanda relacionada con la duración promedio de las fases para procesos que cursaron la Primera instancia.

14 Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2022.

15 Ibidem.

16 Ibid.

17 La Sala de Revisión al verificar el reporte de afiliación en salud, encontró que la accionante se encuentra afiliada como beneficiaria, lo cual reafirma su desvinculación de la FAC, como se evidencia a continuación:

Ver informe disponible en:
https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=S9KypEVDjqk8eIB45ztINA==

18 Corte Constitucional, sentencia SU-642 de 1998.

19 Corte Constitucional, sentencias T-718 de 2008 y T-038 de 2015

20 Ibid.

21 Corte Constitucional, sentencia T-718 de 2008.

22 Corte Constitucional, sentencia T-1218 de 2003.

23 De acuerdo al artículo 217, hacen parte de las Fuerzas Militares, el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

24 Ver, Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública. En el artículo 2.2.13.1.13 se distingue claramente que las reglas que se exponen sobre los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, al personal civil del Ministerio Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de dicho Decreto aplicarán al personal no uniformado y civiles que trabajen en dichas instituciones.

25 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-430 de 2019.

26 Corte Constitucional, sentencias T-457 de 2003 y T-038 de 2015 y T-101 de 2016

27 Corte Constitucional, sentencias T-457 de 2003 y T-038 de 2015.

28 Corte Constitucional, sentencias T-1168 de 2008 y T-101 de 2016.

29 Frente a esto, la sentencia T-101 de 2016 estableció que dicha solicitud de pruebas encuentra fundamento “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”.

30 Fuerza Armada Colombiana, Contestación de la acción de tutela, Oficio FAC-S-2021-006269-CE, página 11.

31 Ibid., página 7. En este caso se transcribe la información dada por el señor Brigadier General Jefe Educación Aeronáutica, mediante oficio No. FAC-S-2021-003838-CI del 8 de enero de 2021/MDN-COGFM-FACCOFAC-JEMFA-COP-JEA, frente al caso en particular de la aquí accionante. Dicha información se presenta a continuación tal como fue adjuntada en la contestación de la acción de tutela:

32 Sentencia T-101 de 2016. El apartado citado recoge los criterios expuestos por la Corte en la Sentencia T-1218 de 2003.