

Análisis del precedente jurisprudencial sobre la vulneración al derecho fundamental de elegir con libertad una profesión u oficio en la Fuerza Pública.

Luisa Fernanda Pérez Gallo

Monografía de compilación presentada para optar al título de Abogada



Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín, Colombia

2023

Contenido

Introducción	4
CAPÍTULO 1. Vínculo laboral Fuerza Publica colombiana	8
1.1 Instrumento Procesal Constitucional: Acción de Tutela	9
1.2 Tensión del derecho Constitucional Fundamental : Libertad de elegir profesión u oficio y el cumplimiento sobre los fines de la fuerza publica	13
1.3.Derecho constitucional: Libertad de escoger el trabajo o actividad a desempeñar	15
CAPÍTULO 2: CONEXIDAD, COMO EFECTO CONSTITUCIONAL ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALIZADOS	16
2.1 Obstáculo frente al derecho fundamental de elegir con libertad una oficio	17
2.2. Precedente judicial: la tendencia a través del tiempo	18
2.3. Núcleo central del problema	20
CAPÍTULO 3: . COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL	21
3.1. Corte Constitucional Sentencia T-178/1994.....	22
3.2. Corte Constitucional Sentencia T-1094/2001.....	24
3.3 Corte Constitucional Sentencia T-457/2003.....	27
3.4Corte Constitucional Sentencia T-1218/2003.....	30
3.5 Corte Constitucional Sentencia T-718/2008.....	32
3.6 Corte Constitucional Sentencia T-038/2015.....	34
3.7 Corte Constitucional Sentencia T-101/2016.....	36
3.8 Nicho Citacional Jurisprudencial.....	38
3.9¿La Fuerza Pública colombiana vulnera Derechos fundamentales a militares que solicitan el retiro voluntario?.....	40
4.0 ANÁLISIS DEL PRECEDENTE JUDICIAL.....	43
4.1 vinculación o desvinculación fuerza pública: inconstitucionalidad.....	42
4.2¿Qué la posición tiene la Jurisprudencia Colombiana respecto a este caso?.....	44
CONCLUSIONES	..46

Resumen

La Fuerza Pública colombiana como entidad que por mandato constitucional está establecida para proteger la libertad, integridad y la soberanía del territorio colombiano, en el manejo del personal ya sea militar o de policía, se han evidenciado una serie de vulneraciones a sus derechos fundamentales, donde se entra a analizar, confrontar y comparar por registros jurisprudenciales expedidos por la Corte Constitucional, dejando por sentado un precedente donde la vulneración al derecho fundamental de escoger libremente una profesión ha sido vulnerado con base a los lineamientos constitucionales en confrontación con la reglamentación administrativa que está a potestad de la Fuerza Pública. Las razones expuestas por los comandantes de la fuerza pública para limitar o vulnerar mencionado derecho, es principalmente razones de especialidades en el servicio o de seguridad nacional, entrando en ponderación el bien común con los derechos fundamentales de cada miembro, esto se ha dado principalmente cuando un activo de la Fuerza Pública manifiesta voluntariamente su deseo por retirarse de la institución para dedicarse a una labor diferente a la prestar laborar en el ámbito militar o policial. Los integrantes activos como militares o policías se han visto obligados a acudir al juez constitucional para reclamar su derecho, donde en la mayoría de las situaciones han sido negados, incluso hasta llegar al recurso de impugnación de tutela que a su vez también es negado, siendo menester de la corte constitucional analizar cada caso en concreto. Por medio de una línea jurisprudencial se plasmará la tendencia de decisiones tomadas por la corte constitucional, frente a las garantías constitucionales sobre el derecho a tutela.

Palabras clave: derecho fundamental, fuerza pública colombiana, tutela, profesión u oficio

Abstract

The Colombian Public Force, as an entity established by constitutional mandate to protect the freedom, integrity, and sovereignty of Colombian territory, has shown a series of violations of its fundamental rights in the management of its personnel, whether military or police. This is analyzed, confronted, and compared through jurisprudential records issued by the Constitutional Court, setting a precedent where the violation of the fundamental right to freely choose a profession has been established based on constitutional guidelines in contrast to the administrative regulations under the authority of the Public Force.

The reasons presented by the commanders of the Public Force to limit or violate this right are primarily related to the special nature of the service or national security concerns. This involves weighing the common good against the fundamental rights of each member, especially when an active member of the Public Force voluntarily expresses a desire to leave the institution to pursue a different profession other than military or police service. Active members of the Public Force have been forced to turn to the constitutional court to claim their rights, and in most situations, these claims have been denied, even reaching the stage of appealing the tutela recourse, which is also denied. It becomes the responsibility of the Constitutional Court to analyze each case individually.

Through a jurisprudential line, the trend of decisions made by the Constitutional Court regarding constitutional guarantees of the right to tutela will be established.

Keywords: fundamental right, Colombian public force, tutela, profession or occupation

Introducción

Los integrantes de la fuerza pública colombiana, en situaciones similares y de manera voluntaria han solicitado su retiro o desvinculación, con la intención de cambiar de actividad laboral, sea por motivación personal o porque se puedan presentar inconformismo en su labor militar o policial. La entidad no siempre ha permitido la desvinculación inmediata de aquellos miembros que lo solicitaron, basada en las normas internas que tiene la institución y en diferentes situaciones rechazando las solicitudes por cuanto han señalado que la estabilidad laboral de un miembro de la institución es primordial para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

En este caso, en el artículo 56 del decreto 1791 de 2000 , clarifica que el retiro voluntario se solicita de la siguiente manera “El personal podrá solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo , el cual se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requerirán su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente” (Decreto 1791,2000, Art.56) por ello es necesario investigar porque se está vulnerando el derecho de los integrantes de la fuerza pública, porque tienen protección constitucional para escoger libremente su actividad laboral, y además este se encuentra en conexidad con otros derechos se han visto limitados. Por ello, los miembros activos militares y policías han acudido a la administración de justicia con el propósito de hacer valer sus derechos, de buscar una protección inmediata sobre sus derechos constitucionales fundamentales, utilizando el mecanismo de protección constitucional conocido como la acción de tutela, que sirve de protección inmediata ante esta eminente vulneración de derechos fundamentales, todo con el propósito de cambiar de actividad laboral mediante la desvinculación de la institución. Frente a estos casos de vulneración de derechos, los miembros activos militares y policiales han acudido a los jueces competentes para conocer el mecanismo de acción de tutela, donde en distintas oportunidades han negado el mecanismo de protección constitucional aludiendo que existe una ponderación de los mismos, por cuanto se ha convertido en un debate constitucional.

A partir de la expedición de la Carta Política de 1991 y de nuevos lineamientos jurisprudenciales como producto en parte del amparo de derechos constitucionales fundamentales y la búsqueda de la acción de tutela de éstos; el conflicto jurídico sobre la vulneración al derecho

fundamental de elegir libremente una profesión hace parte de ese conglomerado y seleccionar sentencias con el mismo precedente llevará a un resultado de las actuaciones de la alta corte Constitucional durante varios años.

El conflicto de la vulneración del derecho a elegir libremente una profesión por parte de los integrantes de la Fuerza Pública ha sido cada vez más evidente cuando estos, ya sea por motivos personales o de salud, requieran el retiro voluntario, y se les ha sido negado en primera instancia alegando razones de seguridad nacional, el reglamento interno y que la función pública y el bien general prima sobre el particular.

Dicha situación, genera el núcleo del conflicto jurídico que versa entre la elección de la escogencia del derecho a tener libertad de elegir una profesión y la finalidad de la función pública por parte de la Fuerza Pública como mandato constitucional. Esto obliga de manera forzada a los miembros de la Fuerza Pública a recurrir a la administración de justicia, agotando cada instancia procesal, hasta llegar a la revisión de tutela por parte de la alta corte constitucional (Flórez,2022).

Empezando desde la sentencia T-178/94 de la Corte Constitucional, se marca el punto de partida sobre el precedente judicial a estudiar. En esta sentencia por primera vez la Fuerza Pública, más precisamente el ejército de Colombia, se evidencia cómo un miembro militar es coaccionado a continuar en servicio, incluso después de solicitar de manera voluntaria la desvinculación y el retiro de sus funciones con la institución.

Teniendo cronológicamente claro el punto de partida, se mostrará detalladamente la definición de función pública por parte de la Fuerza Pública colombiana y desde los fines del Estado cómo justifica el poder de limitar el derecho fundamental a escoger Profesión u oficio.

Es necesario dejar claro cómo la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de protección de derechos fundamentales, este ha sido el medio más eficaz por el cual los miembros de la fuerza pública, han obtenido la protección inmediata de sus derechos, tal como se encuentra taxativamente en la constitución política de 1991 en su artículo 86.

Por lo anterior, la pregunta que lideró esta investigación se formuló así: ¿la línea jurisprudencial sobre esta problemática muestra que efectivamente la Fuerza Pública vulnera los Derechos fundamentales de los militares que desean retirarse voluntariamente de la Institución?

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la discusión que se presenta a nivel jurídico es pertinente, por cuanto en este problema en concreto existe una limitación de un derecho fundamental causado por la fuerza pública colombiana, generando una serie de conflictos a nivel constitucional, conforme a la normativa que posee la institución la cual tiene la facultad legítima de retención de algunos miembros activos, por cuanto existen razones de acuerdo a su función laboral.

Por lo anterior, el objetivo general que se formuló fue el siguiente: analizar, por medio de una línea jurisprudencial, si la Fuerza Pública vulnera los Derechos fundamentales de los militares que desean retirarse voluntariamente de la Institución,

Asunto que permitió formular los siguientes objetivos específicos:

- Señalar el deber ser de la fuerza pública, frente al derecho constitucional de poder escoger libremente una profesión u oficio en conexidad con otros derechos fundamentales que se presentan en relación al conflicto entre miembros activos de la institución y la fuerza pública, en petición sobre el retiro voluntario del servicio.
- Desglosar por medio de una línea jurisprudencial la evolución significativa del precedente sobre la vulneración del derecho a escoger libremente una profesión u oficio.
- Comprender el avance significativo del precedente jurisprudencial, conforme a la inclinación sobre las determinaciones o decisiones de la Corte Constitucional, frente al conflicto que se presenta entre derechos fundamentales y el propósito de la función pública por mandato constitucional.

Metodológicamente, el trabajo se realizó con un enfoque cualitativo haciendo un rastreo Jurisprudencial y normativo con el que se pudo especificar cómo se ha comenzado y evolucionado la vulneración sobre derecho constitucional de escoger voluntariamente una profesión u oficio por parte de la Fuerza Pública y las diferentes posiciones de la Corte Constitucional en casos relevantes, plasmados en diferentes sentencias de revisión de tutela. La técnica de la línea jurisprudencial está inscrita en la estrategia la obra el derecho de los jueces obligatoriedad del precedente

constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, en donde se evidencia la metodología claramente y precisamente, que lleva a obtener respuestas solidas sobre el conflicto que se presenta en derechos fundamentales, como expresa el autor “la metodología de línea de jurisprudencia, por tanto, si se ha de tener algún éxito práctico debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos(o, como les hemos llamado, “escenarios constitucionales”). (Sanchez,2006, p.167).

Es por esto que este trabajo examino, agrupo y comprendió, aquellas sentencias que se pueden relacionar con el problema jurídico existente, además de reflexionar sobre las tendencias en cuanto a las decisiones de la Corte Constitucional y permitir ubicar dos puntos extremos o soluciones al problema.

El trabajo permitió visualizar por medio de una gráfica llamada línea jurisprudencial, cómo se ha desarrollado el precedente judicial a lo largo del tiempo e interpretar en qué casos la Corte apunta hacia un extremo y en qué casos hacia otro, los dos puntos extremos son: “A”: la Fuerza Pública en sus facultades que le da el Estado mediante la Constitución Política que tiene la potestad de negarle el retiro legítimamente a un militar que desea retirarse voluntariamente, justificando así el apropiado cumplimiento de los objetivos o fines del Estado y el beneficio general de la sociedad.

“B”: en ninguna circunstancia puede la Fuerza Pública vulnerar la autonomía que tienen los activos militares o policiales sobre el derecho fundamental de escoger de manera libre una profesión u oficio en conexidad con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando su solicitud de desvinculación de la institución sea de manera voluntaria por parte de un militar y policial.

Para desarrollar esta intención, el trabajo se compone de cuatro (3) capítulos desde los que se espera dar cuenta de la problemática y concluir al respecto.

CAPITULO 1. VÍNCULO LABORAL FUERZA PUBLICA COLOMBIANA

Colombia ha tenido un cambio crucial en el sistema legal, por cuanto se da la primacía constitucional de protección de derechos fundamentales, como son la libertad de elegir libremente una profesión u oficio y además de tener un libre desarrollo de la personalidad, conforme se expresa en la sentencia de Revisión de T-1218/2003, en donde existan casos de vulneración de derechos de derechos fundamentales como los expuestos , tanto así que las diferentes autoridades no pueden tener desconocimiento frente a este problema de vulneración de derechos fundamentales. “La Constitución Política se refiere a la fuerza pública en el capítulo 7 del título VII, rama ejecutiva “como aquella integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional” (art.216). Las primeras están constituidas por el Ejército Nacional, La Fuerza Aérea Colombiana y la Armada Nacional, la segunda es un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil”(Vásquez Hincapié y Gil Garcia,2017,p.141), se quiere expresar precisamente la libertad de decidir sobre una profesión u oficio, que deben tener los integrantes de las fuerzas militares de Colombia, por ello es necesario conocer este cambio crucial en el sistema legal colombiano, en base a la protección de derechos fundamentales de los integrantes de la fuerza pública, debido a que a través de ese vínculo laboral con el estado surgen algunas condiciones estrictamente regladas por la institucionalidad de dicha entidad. Que conllevan a que los miembros de la fuerza pública pierdan algunas libertades y garantías constitucionales, establecidos en la Carta política y la ley de todos aquellos residentes en el País.

Existe una gran tensión de intereses, en primer lugar por parte de los integrantes activos de las fuerzas militares o policiales, quienes son los que solicitan de manera voluntaria el retiro o desvinculación de la institucionalidad, con el propósito de cambiar de actividad laboral, y en segunda medida se encuentran los intereses de la fuerza pública los cuales se encuentran basados en que no cuentan con suficiente personal capacitado o especializado para reemplazar el servicio prestado de la persona solicitante, esto conlleva a que se vulneren derechos fundamentales que abarcan el ámbito personal, familiar y en salud, que se encuentran en conexidad con el derecho de

elegir libremente una profesión u oficio, en consideración de que es la institución quien vulnera los derechos fundamentales , cuando se niega a otorgar ese retiro voluntario.

Por ello, es necesario conocer cuál es el instrumento o mecanismo procesal constitucional, para la protección de todos aquellos miembros vinculados a la fuerza pública, con el propósito de que puedan hacer valer sus derechos fundamentales. (Sentencia T-1218/11,2003).

1.1 INSTRUMENTO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución Política de 1991 trajo consigo un cambio crucial en el sistema jurídico colombiano donde se le dio primacía constitucional a la protección de derechos fundamentales consagrados en la carta política; la acción de tutela, como mecanismo procesal de protección constitucional inmediata sobre derechos humanos, es uno de los más grandes avances del derecho en Colombia, y de ahí muchos ciudadanos han podido hacer valer sus derechos de una manera mucho más ágil que por el procedimiento ordinario de la administración de justicia. Este mecanismo de protección es constitucionalmente valido ya sea una persona natural el que vulnere un derecho fundamental o por parte del Estado. Conforme a esto, se reglamenta en el Decreto reglamentario 2591 de 1991, y se expresa en la constitución dentro del artículo 86, donde se establece que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. (Constitución Política de Colombia,1991)

Expuesto lo anterior y teniendo presente que cualquiera puede recurrir al juez de tutela por medio de esta acción, es procedente hacia los funcionarios públicos de la Fuerza Pública, aplicar este mecanismo procesal constitucional y exigir la protección inmediata al derecho fundamental de escoger libremente una profesión, cuando se evidencie la vulneración.

Para este aspecto en específico se observa como todos los casos se resuelvan vía tutela y como todos los jueces se declaran competentes para saber del caso tutelado, pues es el juez constitucional quien concede o no los retiros que se pide por tutela, ya que siempre que se presentan casos similares que argumenta la violación por parte de la institución al Derecho del libre personalidad y Derecho a elegir una profesión u oficio.

Por ello, se ha consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, un mecanismo especial de protección como una propuesta constitucional la cual consiste en brindar protección a todos los habitantes, sin ningún tipo de discriminación con el propósito de garantizar los derechos fundamentales, que se encuentran considerados constitucionalmente y reconocidos en pactos internacionales, asimismo en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 se establece como mecanismo de defensa judicial para que toda persona pueda acudir a los Jueces en todo momento y lugar, en búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales, cuando se encuentren vulnerados sea por autoridad pública o por un particular. Por tal motivo el uso de la acción de tutela cuenta con los medios legales para su Cumplimiento y protección, por ello se accede a la administración de justicia y hacer efectivos sus derechos y encontrar así respuestas oportunas a todas sus necesidades.

Por esta razón se consagro en el artículo 86 de la carta política uno de los mecanismos más importantes que se ha generado en la historia del país, tal como afirma Zaldívar (2012): es “el instrumento técnico- jurídico más importante de la propuesta constitucional” mediante el cual, se pone a disposición de todas las personas, sin discriminación alguna, los medios jurisdiccionales para que se hagan valer los derechos fundamentales (p.246). (citado por Torres Ruda y, al.,2015 p.9).

Es así que de conformidad con el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la constitución política, dentro del artículo 37 del decreto se establece la competencia de aquellos jueces que deben conocer los casos sobre el asunto de acciones de tutela, por cuanto exista una vulneración en sus derechos, por ello según este artículo “en primera instancia son competentes para conocer la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.)*

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad de juramento que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio” (Decreto 2591,1991, art.37).

De acuerdo a la inmediatez de la acción en situaciones que se puedan presentar sobre la vulneración de derechos fundamentales, como es el caso que se expone, cabe recordar que los derechos fundamentales constitucionalizados no tienen prescripción, estos cuentan con una protección jurídica asegurada, es decir puede presentarse la reclamación en el trascurso del tiempo por lo tanto contara con dicha vigencia. De igual modo la corte constitucional por medio de Jurisprudencia estableció que se debe contar con un término de manera razonable desde el momento en que ocurran los hechos. Por tanto, se ha esclarecido que el Juez constitucional tiene el deber de administrar justicia en todo lugar en un proceso caracterizado como referente y sumario con el fin de protección frente a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos para protegerlos de abuso del poder público. La acción constitucional de tutela se ha convertido en un instrumento muy importante para la garantía y protección de los derechos constitucionalizados desde el momento de su implementación en diferentes despachos judiciales, definiendo

“la acción de tutela como acción subsidiaria, residual, y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares”, pudiendo ser interpuesta “por cualquier persona para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos”. (Silva,2011, p.77)

La Corte Constitucional ha sostenido tal como lo expresa en la sentencia C-483 de 2008, que “la acción de tutela es un instrumento para la defensa de las garantías particulares, además que cualquier ciudadano puede acudir con el objetivo de solicitar garantías de sus derechos fundamentales, es decir, la guardiana constitucional ha manifestado que la acción de tutela posee unas características como el carácter subsidiario y residual, lo que significa que su procedencia se daría, si el damnificado no cuenta con otro medio de defensa judicial o en el caso de que existiere este otro medio, por ello la acción constitucional puede ser presentada como un mecanismo transitorio con el fin de prevenir un daño irremediable”.(Sentencia C-483/15,2008)

En la sentencia C-543-1992 la Corte Constitucional sostiene que la acción de tutela ha sido concebida para dar soluciones eficientes a todas aquellas situaciones de hecho, que en tal sentido sean acciones u omisiones que puedan implicar transgresión a un derecho fundamental, además que esta acción de tutela no es un medio alternativo, tampoco un último recurso al alcance del actor, sino que está como medio de protección y ha sido incorporado en la constitución Política con el fin de llenar ciertos vacíos jurídicos y poder otorgar una especial protección de los derechos fundamentales constitucionalizados. (Sentencia C-543/01,1992)

Conforme a las características de esta acción especial, se encuentra en la sentencia T-288-1997, proferida por la guardiana Constitucional, que la acción de tutela posee un carácter sencillo e informal, debido a que no tiene rigurosidad en la presentación donde se encuentren anomalías en el procedimiento, por lo tanto, la Corte en este aspecto se ha pronunciado de forma positiva para que el procedimiento sea rápido y simple, y se dé cumplimiento con el ordenamiento jurídico, para que se llegue a la solución adecuada a las necesidades del accionante, por ello el Juez de Tutela debe cumplir con su función tanto en la interpretación que realiza en cuanto a la solicitud de la protección constitucional, y en su rol de persona activa, además que el amparado no debe poseer una experticia en cuanto a Derecho para hacer valer sus derechos y encontrar solución a sus necesidades, es así que en esta sentencia T-288/1997 se especifica que el Juez de tutela no puede ser idéntico al Juez judicial propio de otra naturaleza, por ello el Juez Constitucional busca garantizar dentro de solicitud de acción de tutela , la efectividad de los derechos constitucionalizados (Sentencia T-288/13,1997)

También la alta Corte ha expresado a través de la sentencia T-068-1998 que para que exista efectividad frente “a la protección de derechos debe existir la base de dos cualidades estipuladas sobre la eficiencia y eficacia en cuanto la administración. En primer lugar, al referirse sobre la eficiencia, la Corte expresa que trata conforme a los medios necesarios para poder dar cumplimiento a la acción, y en segundo lugar en cuanto al cumplimiento sobre las decisiones que toma dicha administración con el fin de cumplir con todos los objetivos propuestos”. Por lo tanto, “la Corte Constitucional ha cumplido un papel fundamental en cuanto a la eficacia de dicha acción constitucional con el propósito de brindar la protección necesaria de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren vulneradas, siendo esta acción sencilla e informal para hacer valer “los derechos fundamentales y garantizar el acceso a la administración de justicia, de

ahí los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 2 y 209 de la constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivo los derechos de los vulnerados y asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones sociales” (Sentencia T-068/05,1998)

Como afirma Chinchilla (1997), existen tres grandes grupos diversificados de derechos fundamentales , dando importancia al grupo primero “de los derechos fundamentales, esto sin desconocer la importancia de los demás grupos incluidos en el libro de los derechos fundamentales, aunque los fundamentales desde 1991 tienen un blindaje y protección con el mecanismo de acción de tutela, también expresa el autor que existe un propósito sistematizado al hacer una clasificación de los derechos por su contenido y procedencia generacional, así siendo el capítulo 1 de los derechos fundamentales, capítulo 2 de los derechos sociales, económicos y culturales, y capítulo 3 de los derechos colectivos y ambientales, se protegen y se garantizan los derechos fundamentales con el mecanismo eficaz de la acción de tutela, dotándola de una garantía reforzada, es así entonces que un derecho puede ser catalogable como fundamental, en todo sentido de derecho donde se puede evitar un daño por el remedio de la acción de tutela (Chinchilla,1997,p.61)

De acuerdo a los aspectos procesales (Arteaga,2020) expresa que en el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, el cual fue expedido como reglamentación para la actuación de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se manifiesta sobre el sujeto activo, quien en este caso sería la persona indicada para instaurar la acción, se indica que esta persona puede ser natural o jurídica lo que conlleva a que pueda utilizar este mecanismo en caso de vulneración en los derechos fundamentales, dando lugar a interponerla en cualquier circunstancia que se evidencie dicha afectación de derechos constitucionales, y además en el artículo 5 expresa quien es el sujeto pasivo, que puede interponer acción de tutela contra la autoridad que realice una acción u omisión y esto pueda ocasionar una vulneración de derechos fundamentales o en excepción las personas que estén ejerciendo una función pública.(Arteaga,2020,pp.18-19)

1.2. Tensión del derecho constitucional Fundamental: Libertad de elegir profesión u oficio y el cumplimiento sobre los fines de la fuerza pública

Teniendo claro la finalidad de la función pública por parte de la Fuerza Pública y cómo se vincula el personal, se evidencia una fuerte tensión entre los intereses de las dos partes en la situación particular cuando un integrante activo de la Fuerza Pública desea de manera voluntaria solicitar el retiro de sus filas con el fin de cambiar de profesión por motivos personales. Todo ello está evidenciado y registrado en una gran variedad de casos particulares que serán expuestos más adelante, donde la jurisprudencia colombiana marca el precedente a estudiar.

Es comprobable un rastreo en la línea del tiempo de las recurrencias por parte de los integrantes de la fuerza pública con deseos de retirarse de la entidad, en cuanto han tenido que recurrir a la jurisdicción e interponer una acción de tutela al enfrentarse con la negativa por parte de la institución ante los deseos de retirarse voluntariamente de la vida militar.” El derecho a elegir libre y voluntariamente una profesión está prescrito en el artículo 26 de La Constitución Política de Colombia de 1991, directamente en el catálogo de derechos fundamentales, carácter de derechos de primera generación, inquebrantables e inviolables, de tutela inmediata por parte del Estado, que a su vez se ve limitado por parte de la Fuerza Pública por razones de seguridad nacional o especialidad en el servicio. Esto crea una gran tensión jurídica, y lleva un gran estudio de hasta dónde el Estado con fines del bien general, pueda limitar un derecho fundamental. (Constitución Política de Colombia, 1991)

La Fuerza Pública con su argumento de escaso personal activo, principalmente en los cargos de especialidad en el servicio y de seguridad nacional, de manera determinada basados en el reglamento interno ha negado la desvinculación voluntaria de los miembros, generando un perjuicio que abarca desde la área personal, hasta la salud y la vida familiar en algunos casos; por lo tanto, el derecho fundamental a escoger libremente una profesión no es el único afectado por mencionada eventualidad, sino que también otros derechos adyacentes a él se ven vulnerados.

De manera gráfica y empírica en la línea jurisprudencial que se presentará más adelante, se expondrán los casos más relevantes que han sido menester de la Corte Constitucional hacer una revisión de tutela responsable y objetiva sin perder los lineamientos como guardiana de la Constitución. La solicitud de retiro voluntario de la vida militar por parte de los miembros de la

Fuerza Pública, al ser negada, inmediatamente genera un perjuicio para las pretensiones del miembro que desea retirarse en cuanto al ser negada la acción de tutela en primera instancia, al recurrir por impugnación de tutela, y al ser escalada a revisión de tutela por parte de la Corte Constitucional, conlleva tiempo y una larga espera hasta que la Corte Constitucional resuelva cada situación. Se ha demostrado que para algunos miembros que son obligados a permanecer en las filas de la Fuerza Pública, se les ha generado perjuicios psicológicos, de salud y familiares, y más aún, la frustración del deseo de poder dedicarse a otra profesión diferente a la vida militar.

El derecho a escoger libremente una profesión al ser un derecho de carácter constitucional, gracias a teoría de la supremacía constitucional, impera sobre cualquier otra norma de jerarquía inferior. Se evidencia que existe una vulneración por parte de la Fuerza Pública, debido a que en algunos casos se presenta la retención de algunos miembros los cuales desean desvincularse, esto se produce por razones del efectivo cumplimiento por las cuales la institución se encuentra relacionada con los fines del estado y dentro del desarrollo de sus funciones, lo que conlleva a que se evidencia esta situación de vulneración al derecho de escoger libremente una profesión.

1.3. Derecho constitucional: Libertad de escoger el trabajo o actividad que va desempeñar

Desde una mirada del sistema constitucional colombiano, y lo que la misma estructura constitucional emana, en su parte dogmática en su catálogo de derechos fundamentales amparados con prioridad por la misma Constitución, en su artículo 26 le da a cualquier ciudadano la libertad de elegir su profesión. Esto conlleva la libertad de escoger cualquier profesión que sea permitida en Colombia, la forma en que se ejerza, el tiempo, entre otras condiciones; tanto así que el iniciar una vida militar nació de la libertad que el mismo derecho otorga. En este artículo se especifica la protección especial por parte del Estado para que este se dé a cabalidad con los lineamientos constitucionales, el cual prescribe:

Así, como lo expresa Cardozo (2021), no solo existe una protección constitucional sobre el derecho al trabajo, sino que además existen numerosos instrumentos internacionales, los cuales dan garantía del derecho de escoger libremente una profesión u oficio. Por lo tanto, estos instrumentos internacionales cumplen un papel fundamental, pues en ellos se plasma esta Protección internacional y se vincula a la protección nacional, entre ellos tenemos “la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), donde se plasma “en el artículo 23: “Toda persona tiene derecho al

trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”; [...] y el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966) en su artículo 7 señala,” que los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias [...]”que le aseguren en especial: una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores”(Cardozo,2021,p.10)

Se entiende que toda acción que se realice en contra de este derecho protegido Constitucionalmente estaría en contravía de la necesidad básica de una persona, la cual requiere de su trabajo para subsistir y vivir dignamente, por lo tanto, siempre se debe respetar los derechos fundamentales como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad entre otros, para el fin de lograr cumplir en plenitud con el Artículo 26 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo expresado por la Corte en la sentencia C-606/92 sobre los lineamientos de cómo el legislador debería interponer los requisitos para protección del interés general y sobre el grado de libertad que tiene un ciudadano en elegir libremente una profesión u oficio en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se evidencia que la base surge sobre la dignidad humana.

Por esta razón la guardiana constitucional se ha pronunciado sugiriendo en la sentencia C-606/1992 que sea el legislador quien regule este aspecto sobre los intereses que tiene el estado y el derecho fundamental de cada persona, por lo tanto, que perdure sus efectos en el tiempo (Sentencia C-606/14,1992)

CAPITULO 2: CONEXIDAD COMO EFECTO CONSTITUCIONAL ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALIZADOS

Advierte la corte constitucional en sentencia T-282/18, con base en los derechos fundamentales, que estos por su propia naturaleza puede ir en conexidad con otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, para crear un soporte jurídico fuerte a la hora de ponderar derechos fundamentales. Esto se creó con el fin de poder dar más garantías y la libertad de acción por parte del ciudadano siempre y cuando no afecte los derechos ajenos. El derecho a sobre la libertad de escoger una profesión a su vez por la naturaleza de su aplicación también va en conexión con los demás derechos fundamentales, porque razonablemente es imposible concebir este derecho fundamental separado de otros derechos fundamentales como lo son al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, dado que estos en su núcleo esencial constan de la voluntad consciente de cada individuo como ser independiente. (Sentencia T-282/23,2018)

Como lo expresa la corte constitucional en su Sentencia T-224 de 1992, de acuerdo a la libertad de trabajo, acerca de la potestad que puede tener una persona para poder escoger su profesión u oficio, todo para poder asegurar una subsistencia en relación de su trabajo, por tanto este debe ser legal y en ningún momento contrariar la ley, la salubridad o en todo caso el orden público, es así que la corte da claridad mediante este pronunciamiento acerca de la libertad que tiene los funcionarios para escoger la entidad donde desarrollarse profesionalmente. (Sentencia T-224/17,1992)

● 2.1 Obstáculo frente al derecho fundamental de elegir con libertad un oficio

Dejando por sentado cómo el derecho constitucional colombiano protege de manera inmediata los derechos fundamentales, y cómo el derecho de escoger libremente una profesión hace parte de su catálogo de derechos fundamentales, entramos en el debate de cómo la Fuerza

Pública jurídicamente tiene entre su parte normativa, el limitar este derecho hacia los miembros que por razones del reglamento interno no pueden voluntariamente hacer uso de este derecho fundamental. Son muchos los factores en los cuales se ha limitado el citado derecho fundamental, entre estas situaciones está por ejemplo la opción de escoger el lugar donde se vayan a cumplir sus labores, ya que el “Ius variandi” le da la potestad la Fuerza Pública de cambiar unilateralmente las condiciones de trabajo para los miembros militares sin tener en cuenta los deseos, intenciones y voluntad de los miembros activos.

Dado a lo establecido en el Decreto 1790 de 2000, por el cual se decretan las normas donde se estipulan las bases de la carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, donde se consagran en su artículo 101 que “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, tendrán el derecho de realizar una petición o solicitud de su retiro del servicio activo en cualquier momento, aun cuando no existan motivaciones de seguridad nacional o que se requiera permanecer a tal juicio de una autoridad.(Decreto 1790,2000,art.101)

Se puede entender que de acuerdo con este decreto se condiciona la forma como solicitar el retiro voluntario por parte de los funcionarios que se encuentren activos en las fuerzas militares, donde se especifica en qué momento se puede autorizar el retiro, y además en qué circunstancia se deben ceñir los funcionarios, en caso de que el retiro no se autorice.

Se puede afirmar que con lo anterior no existiría esa garantía que trae la Constitución Política, donde se establece libertad de elegir la profesión u oficio, por tanto, lo que se evidencia es que existe una limitación en las decisiones tomadas por los funcionarios públicos al retirarse de la institución militar o policial, debido a que existe una gran vulneración en los derechos fundamentales de los funcionarios, por cuanto al solicitar el retiro es negado por razones de seguridad nacional, y además por la situación difícil que se afronta nuestro país, a raíz del continuo conflicto armado interno. Con ello se condiciona, se limita y se afecta la potestad de voluntad de cada uno de los funcionarios de la fuerza pública, en cuanto deciden hacer parte de la institución.

Esto genera una gran tensión entre lo que configura un derecho fundamental y lo que constitucionalmente implica y la norma administrativa de la fuerza pública que, por razones de interés general, de seguridad nacional o de especialidad en el servicio, en Colombia, que constantemente vive un conflicto interno de carácter armado, es muy recurrente que se impongan esta limitación.

Debido a esta vulneración los funcionarios han tenido que acudir a los estrados judiciales y accionar por medio del mecanismo de tutela, buscando justicia y que sea el Juez quien defina su situación y garantizando sus derechos fundamentales desde una perspectiva constitucionalizada. En el Juez de la República se genera automáticamente una gran responsabilidad, ya que hay un choque de trenes entre una norma constitucional y otra de carácter administrativo sustentada en el bien general que también es un principio constitucional. Por lo tanto, la decisión que tome el juez debe ser motivada, estudiada y debidamente sustentada haciendo un estudio responsable tanto de los intereses del peticionario, como de la entidad que debe velar por que los fines del Estado se cumplan y que el bien común prime (Decreto 1790,2000, art.101)

2.2 Precedente judicial: la tendencia a través del tiempo

La jurisprudencia colombiana y el gran avance como Estado Social de Derecho ha traído consigo desde la constitución de 1991 una dinámica progresiva generalmente favorable en la vulneración de derechos fundamentales, y así, de manera lineal en el tiempo se hará un análisis desde 1994 se evidencia el problema jurídico concreto que hay entre la Fuerza Pública y miembros militares o de policía que desean retirarse del servicio.

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *Stare Decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares. (Sentencia Su-354/25,2017)

El análisis jurisprudencial lleva a un margen bastante significativo en la tendencia de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a la intervención en la tutela efectiva de derechos fundamentales; la vulneración de escoger libremente una profesión, no se escapa de la gran compilación de sentencias que hay por sentadas durante los intervalos de tiempo al pasar de los

años, y es de llamar la atención como un mismo problema jurídico ha sido tan debatido desde diferentes posturas, contextos y paradigmas.

Metodológicamente, se plasmará en una línea jurisprudencial las diferentes posturas que ha tenido la Corte Constitucional a través del tiempo, donde en cada una de las sentencias se sitúa la decisión de la Corte entre dos puntos. Inicialmente los puntos A y B, los límites extremos de la respuesta a la pregunta del problema jurídico en cuestión, y de ahí, de acuerdo con el contenido del fallo de la Corte, se ubicará ya sea en el punto A o en el B de acuerdo a la solidez de la decisión, o de manera más gráfica, se ubicará entre A o B si la decisión de la Corte está condicionada de alguna manera en alguna favorabilidad o tendencia hacia el otro punto también. Esto se hace con el fin de poder interpretar el precedente judicial a través del tiempo a partir de las sentencias más importantes con el problema jurídico común, en este caso, la vulneración a escoger libremente una profesión por parte de la Fuerza Pública.

Igualmente, al realizar el análisis hablando de manera conceptual sobre el propósito de una línea jurisprudencial, es primordial plantear el problema jurídico, formular una pregunta dónde va encabezado el problema jurídico con dos posibles respuestas indicadas en los puntos A y B como se mencionó anteriormente, donde el observador puede interpretar los conceptos principales de cada una de las sentencias en la malgama de compilación suficiente y amplia para llegar a un resultado de la tendencia de las decisiones de la Corte a lo largo de los años. Es fundamental tener presente que los conceptos no pueden ser muy particulares o abstractos en cada caso en concreto; la interpretación media de abstracción llevará a un resultado dinámico bastante amplio.

Según Bernal (2005), “los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento Jurídico, entonces la ponderación consiste en aplicar los principios y encontrar la forma de resolver las coaliciones que puedan presentarse entre ellos, y sobre las razones que jueguen en sentido contrario.” es decir, cuando el Juez realiza la ponderación debe sopesar los principios que se presenten en caso concreto, ahora el autor Citando a Dworkin, expresa “que los principios están dotados de una propiedad que las Reglas no conocen: el peso”. En la opinión Dworkin, los principios tienen su peso en cada caso, y se debe determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en coalición, para determinar la solución al caso concreto.

De acuerdo con la ponderación ésta se ha convertido en un criterio metodológico en el ejercicio de la función jurisdiccional en especial para las altas cortes (Bernal Pulido,2005, p.19)

2.3 Núcleo central del problema

En este segmento, se especificará de manera expresa el problema jurídico común en la compilación jurisprudencial que detallaré más adelante con el fin de que haya claridad desde qué óptica se va a analizar toda la investigación y dejar por sentado los resultados expresados gráficamente en la línea jurisprudencial de forma que el observador pueda apreciar de manera objetiva y coherente cómo ha sido a través de los años la tendencia y la variación de las determinaciones de la Corte respecto a la posible vulneración del derecho fundamental de elegir libremente una profesión por parte de la Fuerza Pública con algunos miembros militares con deseo de cambiar de trabajo y que lo solicitan de manera voluntaria.

En este punto, se traerá a colación la pregunta de investigación o llamada también pregunta problema donde se sintetiza el núcleo central del problema, y donde la posible respuesta a esta pregunta está en los límites mencionados con Anterioridad A y B, y graficada de manera ordenada en la línea jurisprudencial.

Pregunta problema:

¿Vulnera la fuerza pública los derechos fundamentales de los militares que desean retirarse voluntariamente de la institución?

Posibles respuestas:

Respuesta “A”: la Fuerza Pública en sus facultades que le da el Estado mediante la Constitución Política tiene la potestad de negarle el retiro legítimamente a un militar que desea retirarse voluntariamente, justificando en dar el efectivo ejecución de los fines de Estado y la primacía del bien común de la nación.

Respuesta “B”: en ninguna circunstancia puede la Fuerza Pública vulnerar el derecho fundamental de escoger libremente una profesión cuando se solicite de manera voluntaria la desvinculación de la institución por parte de un militar.

CAPITULO 3: COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL

En este punto, se llega a la parte fundamental de esta investigación, ya que de aquí en adelante se expone cada una de las sentencias seleccionadas de la gran compilación que comparte la Jurisprudencia colombiana, donde cada una se le hará un breve análisis casuístico y decisional por parte de la Corte Constitucional, y de ahí de manera sigilosa, ubicar en la línea jurisprudencial cada decisión para poder llegar a la gráfica como resultado de la investigación previa. Todo esto se hace con base al precedente judicial en común, donde la transgresión al derecho de elegir libremente una profesión es el núcleo central.

A continuación, basada en la metodología de López Medina (1997), se ubicará las sentencias en orden cronológico, creando un nicho citacional Jurisprudencial, donde la última sentencia, llamada también arquidémica es la más reciente con precedente jurídico en común, y las otras son llamadas sentencias hito que son las que le dan el desarrollo jurisprudencial a través del tiempo.

- 3.1 Corte Constitucional Sentencia T-178/1994

Como inicio, esta sentencia marca la pauta inicial para un precedente que a través de los años hasta el 2016, marca el precedente judicial en la búsqueda de la tutela del derecho fundamental a elegir libremente una profesión por parte de la Fuerza Pública; por primera vez en la jurisprudencia colombiana, un militar activo solicita voluntariamente el retiro del servicio, donde este de manera unilateral se le es negada por razones que a continuación detallaremos:

En el año de 1993 el teniente Giovanni Galán García del Ejército Nacional de Colombia, solicitó de manera voluntaria la terminación del vínculo laboral administrativo con la institución, con el fin de cambiar de profesión a una diferente a la de las armas, y poder tener una vida familiar al lado de su familia, y así poder mejorar su relación familiar.

El teniente, al no tener una respuesta positiva a su solicitud y al ver que el paso del tiempo la institución no cumplía con su pretensión, y al no ver ningún argumento legal por parte de la entidad para la retención en contra de su voluntad en su cargo, este decide acudir a el juzgado cuarto civil del circuito de Cali para interponer una acción de tutela, solicitando que se le ampare el derecho a escoger libremente una profesión y así poder retirarse de la vida militar. El juzgado, falló negando la tutela.

Las razones del juzgado fueron principalmente basadas en que no había prueba a favor del teniente Giovanni Galán García donde se demostrara que en materia de derechos fundamentales se le había vulnerado a escoger una profesión diferente, en tanto los altos mandos del Ejército Nacional habían recibido la solicitud y de acuerdo con el conducto regular se estaba tramitando.

Esta tutela por caducidad procesal no se recurrió a la impugnación de tutela entre los términos legales, lo cual fue de conocimiento de la Corte Constitucional la pertinente revisión. Aunque la Corte encontró procedente el fallo que negó la tutela impetrada, si se vieron amenazados algunos derechos fundamentales del teniente como lo fueron el derecho de petición, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a escoger libremente una profesión, por lo tanto, en su parte motiva, argumenta la Corte los límites constitucionales respecto a la reglamentación que debe tener la fuerza pública del servicio militar. La Directiva Permanente 100-11 de 1986 expresa que,

“para asegurar una adecuada gestión del personal, el servicio efectivo a voluntad no computará como pensión hasta que el interesado haya cumplido dos (2) años en un puesto similar. Las excepciones son el coronel de Estado Mayor, que puede hacerlo en cualquier momento, y el sargento mayor, que sólo necesita acreditarse por un año”

En cualquier caso, se trata en primer lugar a las personas que han alcanzado el máximo rendimiento.

La norma anterior vigente a la hora de la Corte Constitucional realizar el control de constitucionalidad para el derecho vulnerado, expresa una incongruencia normativa al hacer el análisis de la jerarquía de la norma en la cual se basa la parte demandada para legitimar la retención en contra de la voluntad del teniente para permanecer en el servicio activo.

Por lo tanto, la postura final de la Corte fue: “Con base en los parámetros de la Constitución Política de Colombia, se comprobó la vulneración de derechos fundamentales al teniente Giovanny Galán García por parte del Ejército Nacional de Colombia”.

Al vulnerarse el derecho de petición en primer lugar, ya que, en los términos de respuesta exigidos por la ley hacia el Ejército Nacional, esto en desencadenó de manera proporcional en el tiempo, transgresión de los derechos como el libre desarrollo de la personalidad, y la libertad de escoger libremente una profesión u oficio.

El Ejército Nacional no tiene fundamentos normativos, ni de carácter legal ni reglamentario para retener al teniente Giovanny Galán García en su deseo voluntario de retirarse de la vida militar.

Solo entraría en consideración el limitar el derecho tutelado ya mencionado, cuando el motivo por el cual se medie sea razones de especialidad en el servicio para la seguridad nacional, como lo impone el Decreto 1211/90.

Después de un responsable análisis de cada punto relevante en este caso particular, la decisión final de la Corte Constitucional fue la de revocar la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, y ordenar la tutela los derechos fundamentales de libertad de escoger libremente una profesión, la libertad y el derecho de petición solicitada por el teniente Giovanny Galán García. (Sentencia T-178/13,1994)

- 3.2 Corte Constitucional Sentencia T1094/2001

“El 11 de octubre del 2000 el Señor Ricardo Barón Hurtado, Suboficial y especialista en comunicaciones aeronáuticas de la Fuerza Aérea Colombiana, solicita al General de la institución que reconsideren su traslado del comando aéreo del municipio de Madrid-Cundinamarca al comando aéreo” del municipio de Puerto Salgar-Cundinamarca, argumentando que su vida familiar se vería directamente afectada, ya que no era posible trasladar a sus hijos y a su esposa cerca de su nuevo lugar de destino”. Ante la negativa de la solicitud, el Suboficial Barón Hurtado fue trasladado el 15 de enero de 2001 en contra de su voluntad, con fundamento principal al *Ius Variandi*.(Sentencia T-1094/17,2001)

Según la Corte, en esta sentencia, define para el caso en específico, que al *Ius Variandi* como la facultad legítima, al empleador público, en modificar o variar de manera razonable las

condiciones laborales de manera unilateral de sus trabajadores (en este caso, la relación laboral administrativa entre la Fuerza Pública y el Suboficial Ricardo Barón Hurtado); por consiguiente es potestad de la institución velar por que los fines del Estado se cumplan, dándole al empleador mayor flexibilidad y discrecionalidad en cumplimiento de esta potestad por el objetivo social de bienestar general. Debido a la naturaleza de lo anteriormente mencionado, la Fuerza Pública está legitimada para trasladar a cualquier militar activo del lugar de servicio, si es de necesidad de seguridad nacional para el cumplimiento de su razón de ser.

Inconforme con su traslado, el Suboficial Barón Hurtado, con base al Decreto 1790 de 2000, el cual se expide la normativa de la carrera de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, solicita su retiro de la vida militar, ya que, por tiempo del servicio prestado, ya se hace acreedor al derecho de la asignación de retiro.

La respuesta por parte del Brigadier General, comandante del Comando Aéreo N. 1, el 19 de febrero de 2001 fue negativa, argumentando que, aunque el Suboficial Barón Hurtado ya cumplía con el tiempo estipulado por la Ley para la asignación de retiro, este solo contaba con un mes en la nueva base aérea y era el militar con más experiencia en comunicaciones aeronáuticas, por lo que se requería de un tiempo considerable para capacitar a otro personal en la misma especialidad.

Al no recibir respuesta, el Suboficial el 16 de abril de 2001 eleva un derecho de petición ante las directivas, el cual el 27 del mismo mes recibió una respuesta donde le programaron el retiro para mayo de 2002, argumentando que durante ese lapso era el suficiente para capacitar a otro personal para que reemplace sus funciones de una manera efectiva y segura.

Ante la negativa de la Institución, el Suboficial Ricardo Barón Hurtado interpone una acción de tutela ante

el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, con sentencia al 1 de junio de 2001, donde fue negada el amparo de los derechos fundamentales de la libertad de escoger libremente una profesión y el derecho a la libre expresión de la personalidad. El tribunal argumenta que no se le están vulnerando los derechos fundamentales demandados debido a que la Fuerza Pública en su potestad legítima de la

prevalencia del interés general, la permanencia del Suboficial era necesaria por motivos de seguridad nacional y especiales del servicio. (Sentencia T-1094/17,2001)

En consecuencia, de lo anterior, es de menester y de competencia para la guardiana Constitucional hacer la revisión de tutela sobre la decisión del Tribunal con base al caso mencionado. A continuación, se expondrán los argumentos más importantes de la posición de la Corte Constitucional como fundamento para la decisión final, la alta Corte Constitucional cumple un papel fundamental como guardiana suprema de la Constitución, por cuanto tiene el deber de hacer control de proporcionalidad y en relación con racionalidad, en este caso se disputa una tutela objetiva entre derechos fundamentales e interés general en función de una seguridad nacional, preciso cuando el país enfrentaba una crisis de seguridad nacional como consecuencia se generaba una amplia problemática de orden público, debido a la guerra y los diferentes grupos armados al margen de ley, lo que llevo a tomar decisiones negativas sobre los miembros militares, cuando se solicitaba el retiro voluntario, y más cuando existía una especialidad de por medio. Además, un miembro de las fuerzas militares, tienen derecho “libre desarrollo de la personalidad, y a las garantías que se encuentran estipuladas en el artículo 28 de la Constitución Política Colombiana, contrario a ello, estos miembros se encuentran sometidos a restricciones de acuartelamiento y a su permanencia en la institución, en contra de su voluntad, por razones de seguridad nacional o especiales de dichos servicios lo que requiere de su permanencia (Constitución Política de Colombia ,1991)

Conforme a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 (art.130), el cual reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas militares. En base a Ius Variandi, la entidad puede modificar aquellas condiciones de servicio militar, incluyendo lugar de residencia en caso de interés general y seguridad nacional colombiana. Otro aspecto fundamental consiste en el reconocimiento

al libre desarrollo de la personalidad, con el que se busca proteger la potestad del miembro militar, con la posibilidad de que este no tenga presión de ninguna, que tenga un modelo de vida acorde a sus convicciones y deseos, respetando los derechos ajenos y aquellos de orden constitucional.

De acuerdo a este caso en especial, para aquel tiempo, la especialidad era fundamental en comunicaciones aeronáuticas, razón por la que la institución de manera imperativa tomaba la decisión de retener aquellos militares especializados, con el propósito de transmitir dicho conocimiento a el personal nuevo, antes de aceptar la solicitud de retiro del personal especializado.

La Corte Constitucional en sus consideración y análisis, determinó que a pesar de que se estaba limitando un derecho fundamental, la retención legitima por el lapso de tiempo estipulado por las directivas de la Fuerza Aérea Colombiana se daba de manera razonable y proporcional en virtud de la experiencia y la especialidad, era imposible para la Institución encontrar un reemplazo inmediato para poder concederle el retiro petitionado por el Suboficial Ricardo Barón Hurtado, ya que para el Estado había un bien jurídico protegido de seguridad nacional y especiales del servicio, que en el caso de ser concedidas las pretensiones por el accionante, se abría desestabilizado la programación operacional de la base aérea. Con base a lo anterior, la Corte Constitucional con fallo del 17 de octubre del 2001, resuelve “confirmar el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A”. (Decreto 1211,1990,art.130).

- 3.3 Corte Constitucional Sentencia T-457/2003

El Subteniente Juan Carlos Sierra Gómez actuando por medio de su abogado el 8 de julio de 2002, solicita el retiro voluntario de la vida militar para el mes de septiembre de la misma anualidad. Sus motivos principalmente son los de profesionalizarse en otras áreas diferente a las de la vida militar y poder dedicarse de manera más efectiva a su familia, ya que al ser el único hijo varón, este no puede hacerse cargo de sus problemas familiares, y más aún, ayudar a su familia con una calamidad domestica que enfrenta su padre.

“El 27 de septiembre, el Subteniente recibe una respuesta a su petición por parte del comandante de la Fuerza Aérea señalando que la petición sería reconsiderada para diciembre de 2004, en vista de la cuantiosa inversión en su formación como Cadete y Alférez en la escuela de formación de oficiales. Por otro lado, argumenta la institución que, a pesar de tener poca experiencia en su especialidad, ha demostrado excelentes resultados y que estos le traían un beneficio mayor a la seguridad de la nación ya que el país estaba pasando por una época de

seguridad y orden público bastante perturbadores, casi al punto de declararse estado de conmoción interior” (Sentencia T-457/05,2003)

Con base al artículo 101 del Decreto Ley 1790/00, el tiempo en que será reconsiderada la petición del Subteniente es proporcional y razonable para que pueda preparar uno de los alumnos de la mencionada escuela para que lo pueda reemplazar.

El subteniente manifiesta que en la respuesta a su petición no se manifiestan respecto a la invocación y exigencia del cumplimiento de sus derechos fundamentales, donde evidentemente primaron los intereses de orden legal por encima de las disposiciones constitucionales, por lo que nuevamente dirige una petición a la institución, pero esta vez solicitando el retiro inmediato, por lo que es respondida con los siguientes argumentos: Para regular la solicitud de “retiro voluntario de un miembro de las fuerzas militares en servicio, se encuentran reguladas en el decreto 1790/2000, el cual estipula que aquellos miembros pertenecientes a las fuerzas militares de grado oficiales y suboficiales solicitaran el retiro voluntario en cualquier tiempo, este se concederá cuando no se encuentren razones de seguridad nacional o especiales del servicio las cuales requieran permanencia”, en este caso el retiro del miembro oficial no se negó de manera absoluta, sino que mediaba el tiempo por considerar que el vulnerado tenía la obligación de capacitar al otro militar que lo reemplazaría. (Sentencia T-457/05,2003)

El 20 de noviembre de 2002 El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, negó la tutela del Subteniente Juan Carlos Sierra donde pretendía el retiro inmediato de la vida militar, aduciendo el Tribunal que fallaron conforme al imperativo legal del Decreto Ley 1790/00.

En segunda instancia el 16 de diciembre de 2002 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, impetrado el recurso extraordinario de Casación, se confirma la decisión tomada por el Tribunal por las mismas razones. Agotadas las instancias procesales de la justicia ordinaria, es de menester de la Corte Constitucional hacer la revisión de tutela de la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, respecto a la tutela o no de los derechos fundamentales a proteger por parte del accionante.

La Corte en su labor de hacer el más meticoloso estudio a la luz de la Constitución en ponderar y hacer un balance razonable de proporcionalidad de que derecho primaría en este caso, si el derecho fundamental a escoger libremente una profesión y los demás directamente

relacionados, o el derecho que tiene la Fuerza Pública en retener legítimamente al Subteniente con fines de interés general y seguridad nacional.

La guardiania Constitucional tiene las siguientes consideraciones:

Después de realizar un análisis entre la relación del derecho “al libre desarrollo de la personalidad” conforme al (Artículo 16 C.P.) y el derecho de “escoger libremente una profesión u oficio” (Artículo 26 C.P.) pertenecientes a los derechos fundamentales, expresa que el derecho de escoger libremente una profesión u oficio debe ser garantizado cuando la actividad ejercida es lícita, y que no se debe obligar a la persona a permanecer en esta actividad en contra de su voluntad, pero aunque existan decisiones voluntarias están pueden tener límites, cuando se trate del interés general, es decir cuando se involucren con los fines del estado colombiano. La fuerza pública colombiana tiene ciertas restricciones, que le permiten limitar el derecho de escoger una profesión u oficio, como se presenta en este caso en especial, que resulta ser bastante complejo y desproporcional, porque se obliga al subteniente a permanecer 2 años en la institución porque media la seguridad nacional, y con base a este argumento se aduce su permanencia, y al capacitar a otro miembro militar en la misma especialidad se daría en el tiempo de 6 meses, tiempo en que este quedaría con los conocimientos necesarios para cumplir con la función. Por ello, es esta decisión se afecta el bien jurídico del Subteniente.

El 5 de junio de 2003, la Corte Constitucional ordena revocar la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y ordena el retiro del servicio de la vida militar al Subteniente Juan Carlos Sierra Gómez, condicionados a los 6 meses siguientes al presente fallo. (Sentencia T-457/05,2003)

- 3.4 Corte Constitucional Sentencia T-1218/2003

En esta providencia, el Subteniente Álvaro Pastrana Guevara elevó el 16 de octubre de 2002 de una petición ante el comandante de la Fuerza Aérea una solicitud de retiro para el 1 de mayo de 2003 con base a los fundamentos del Decreto Ley 1790 de 2000. La petición fue respondida el 13 de diciembre de 2002 aduciendo que, si se le concederá el retiro, pero para el mes de diciembre del

año 2004, por lo que el subteniente inconforme instaura una acción de tutela en contra del General comandante.

El subteniente, argumenta que esta decisión ha sido de gran perjuicio para su vida, dado a que a las intensas jornadas de trabajo no ha podido dedicarse a buscar otro empleo, y a que a su vez no se ha podido dedicarle tiempo de calidad a su familia, especialmente a sus hijos. El accionante considera que se le han desconocido los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a escoger libremente una profesión, ya que no ha podido tomar sus propias decisiones en función a su proyecto de vida.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante escrito del 12 de junio de 2003, le es allegado por parte del comandante de la Fuerza Aérea, donde argumenta que los miembros de las fuerzas militares tienen un régimen especial constitucional debido a que su labor principalmente está destinada a proteger la seguridad, la soberanía, independencia y orden constitucional. Mencionado régimen al que es sometido el miembro de la fuerza pública es diferente a cualquier otro trabajador o servidor público. En relación con el punto anterior

“no puede a su arbitrio decidir cuándo deja de cumplir tal misión ya que esa decisión no solo lo involucra a él sino a un conglomerado social; fue un compromiso que él adquirió cuando tomó la decisión de pertenecer a la Fuerza Pública.” (Sentencia T-1218/11,2003)

Por otro lado, la decisión de mantener al subteniente en la institución se debe también a los recursos que se han invertido en su capacitación, especialidad desempeñada, méritos y calidad como militar. No es arbitraria la decisión de la institución al garantizar la misión por la cual le ha sido asignado; su excelente desempeño en la institución lo hace alguien imprescindible para la institución por lo que su permanencia debe esperar. Por otro lado, advierte que no se le está negando el retiro, solo que debe esperar 19 meses que son los razonables para la institución en preparar otro militar especializado en mantenimiento aeronáutico para sustituir en su lugar.

Todo lo solicitado por el Subteniente Álvaro Pastrana Guevara resulta improcedente a la luz del Tribunal que con base al Decreto Ley 1790/00 y con lo planteado por él general de la Fuerza

Aérea, afirman que no se le están vulnerando los derechos mencionados en cuanto la institución no estaba negando el retiro, solo lo concedió en un lapso mayor de tiempo, con sus debidas justificaciones en el marco legal.

Por consiguiente, la Corte Constitucional se considera competente para hacer la revisión de tutela del presente caso y hace aclaración en lo siguiente:

"...la Sala debe manifestar su desacuerdo con uno de los criterios utilizados por el a quo para rechazar la tutela, cual es el de la existencia de otros medios de defensa judicial, pues si bien el oficio mediante el cual se le negó al actor su retiro del servicio es susceptible de impugnación por la vía contenciosa, previo cumplimiento de las formalidades legales establecidas para el efecto, dicho mecanismo judicial no resultaría idóneo para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en el caso de que el juez encontrara probado la afectación de los derechos fundamentales invocados. De hecho, es evidente que, si la fecha del retiro del servicio se pospuso por espacio de 10 meses, y el querer del actor es que el mismo se produzca en un plazo menor, la eventual protección a sus derechos sólo sería posible en el esquema de la acción de tutela, por tener ésta un carácter preferente, breve y sumario (C.P. art. 86), no previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."(Sentencia T-1218/11,2003)

Por aparte la Corte argumenta que indudablemente el Derecho a escoger de manera libre una profesión u oficio tiene una relación estrecha con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que libremente puede escoger el oficio a dedicar, lleva también la tarea de determinar de manera autónoma de cómo va distribuir el tiempo y las capacidades productivas y creativas, por lo tanto, esto también es desarrollo de la personalidad.

De esta manera cualquier restricción a estos dos derechos fundamentales debe ser por medio de una decisión adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar los fines legítimos de la institución solo de esta manera podrá considerarse un límite conforme a la Constitución Nacional por esta razón

“la permanencia en el servicio militar por un periodo adicional se fija en cada caso según las razones de seguridad nacional o de prestación del servicio presentes en la situación particular”.
(Sentencia T-1218/11,2003)

En este orden de ideas el rechazo al retiro inmediato de un militar que lo solicita ya sea por razones de seguridad y defensa nacional, por la necesidad del servicio o por cualquier otra causa que lo justifique, deberá acreditarse por quien la invoca, es decir que se impone una carga argumentativa y probatoria amplia.

Considera la Corte por último que cuando se va a alegar el argumento del orden público para mantener activo a un miembro se debe de analizar objetivamente el caso en particular y contar por parte de la institución con un soporte solido que demuestre esa necesidad de permanencia para cumplir con el argumento. (Sentencia T-1218/11,2003)

- 3.5 Corte Constitucional Sentencia T-718/2008

El accionante en este caso es Carlos Andrés Suárez Amador, teniente de la Policía Nacional y su función es ser piloto de helicóptero, en agosto del año 2007 solicitó su retiro voluntario de la institución por razones o motivos personales entre ellas el poder dedicarse a su familia y a sus negocios personales, pasada su solicitud, la institución le informa que debe de esperar la decisión de la Junta Asesora, quien la conforma el Ministerio de Defensa y esto tendrá fecha para el mes de septiembre de 2007, luego de dicha junta se le informó al teniente que no era posible su retiro, porque el director de recursos humanos quería conocer los motivos del por qué la voluntad de retirarse, luego se le informó que el decreto de retiro estaría listo para el 10 de octubre.

El día 10 de octubre del mismo año el teniente instauró un derecho de petición en el que pidió explicación del por qué su nombre no se había tenido en cuenta en la Junta, a finalizar el mes el 30 de octubre se le informó simplemente que su nombre sería tenido en cuenta en la próxima junta. El 6 de noviembre del mismo año el secretario de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa le informó al teniente que él era oficial piloto y que la institución pagó un costo muy elevado para la capacitación de los pilotos y que su solicitud será nuevamente considerada en el año 2009, siendo estas razones de supuestos que nada tenían que ver con el retiro.

En la sentencia de primera instancia se le dio la razón a la institución (Policía Nacional) ya que capacitar de nuevo a otros pilotos es un gasto muy grande que no puede suplir la institución en esos momentos y que en profundidad no tiene competencia para referirse en este caso pues la Policía Nacional tiene sus reglamentos y procesos internos. Razones que obviamente el teniente no aceptó y procedió a impugnar el fallo.

Las razones expresadas fueron:

- Este tribunal no estudió si la permanencia obligada constituye violación del derecho a la libertad individual, ni estudió la incidencia de la arbitrariedad en el libre desarrollo de la personalidad.
- No analizó la decisión de permitir el retiro de pilotos con menos experiencia que su prohijado e ignoró que el curso que adelantó el oficial lo hizo en la propia policía, no en ningún instituto diferente, y que de eso hace seis años, tiempo durante el cual ha venido volando.
- También dice que el fallo transcribió preceptos legales que la Policía nunca invocó; que el tribunal no tuvo en cuenta que la solicitud de retiro fue considerada completa por la Policía; que el demandante no está volando y hay más pilotos que helicópteros en la unidad. (Sentencia T-718/17,2008)

Como este caso fue tratado particularmente vía proceso ordinario corrió a una segunda instancia y en sentencia del 5 de febrero de 2008 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado. Diciendo que

el retiro voluntario del servicio es un derecho que se encuentra sometido a limitaciones, en casos excepcionales. En el caso concreto, la oficina de Talento Humano de la Policía informó al tutelar que, por razones de seguridad nacional, derivadas del ejercicio de los derechos y libertades públicas, y debido a la función de piloto que cumple el oficial demandante, no era posible atender su solicitud de retiro voluntario. No obstante, señaló que la Policía estudiaría su caso en el término de dos años, término requerido para preparar a nuevos pilotos (Sentencia T-718/17,2008)

Por lo que la Corte Constitucional se pronunció fuertemente manifestando que el derecho al retiro de miembros de la Fuerza Pública no es absoluto y que en la reiterada jurisprudencia se ha explicado las limitaciones, pero agrega que aunque este retiro voluntario puede negarse por razones de orden público, cumplimiento de los fines esenciales del Estado y seguridad nacional esta facultad no puede derivar en arbitrariedad, por lo tanto la razón para negar el motivo de retiro por parte de la Institución debe de estar motivada con argumentos ciertos, verificables y razonables.

Finalmente, la Corte alude que: los argumentos dados por la Policía Nacional de Colombia, para denegar el retiro del oficial son desproporcionados a la facultad Constitucional y al Decreto 1791 del año 2000, por cuanto no se está vulnerando el Derecho a la libertad de escoger la profesión u oficio, porque se le está dando un lapso de tiempo para concederlo mientras capacitan pilotos nuevos, con esto la Corte confirma “la decisión de la Corte Suprema de justicia y concederá la tutela del derecho a escoger profesión u oficio en el sentido de que, en aras de la protección de los derechos fundamentales del accionante, en noviembre de 2009 la Policía Nacional no podrá negar el retiro del oficial(Sentencia T-718/17,2008)

- 3.6 Corte Constitucional Sentencia T-038/2015

La presente “acción de tutela la interpuso el señor Julio César Castillo Castro, contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea. El señor interpuso tutela porque la institución no quiso acceder a su retiro de forma temporal en el grado Aerotécnico de la Fuerza Aérea a partir del 29 de noviembre del año 2014” (Sentencia T-038/28,2015)

Por medio de la solicitud puesta el día 9 de mayo de 2012, en dicha solicitud el miembro afirma que decide retirarse por “motivos personales y familiares que le han generado problemas, afectando su calidad de vida en la salud no tanto física sino también mental, aparte argumento el señor que ya no siente vocación por sus labores ni sentido de pertenencia por la institución, por lo que seguir con su puesto de trabajo le ha generado estrés laboral que da reflejo así como lo dice la historia clínica en un cuadro de colon irritable y tratamiento psicológico desde hace más de un año.

Mediante proceso en primera instancia frente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la institución alude que la solicitud de retiro del accionante fue estudiada teniendo en cuenta la especialidad a la que pertenece, la capacitación que ha recibido, la experiencia, el área en la que se encuentra laborando, frente a las necesidades del servicio, el movimiento o rotación, todo ello en pro de garantizar la capacidad operativa de la Fuerza. Y que la fuerza aérea como institución cumplió con la obligación oportuna de responder de fondo las peticiones realizadas por el señor, sin que ello implique que deben ser favorables al miembro.

En conclusión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección “D”-, amparó los derechos fundamentales del accionante, y ordenó al comandante

de la Fuerza Aérea para que iniciara los trámites administrativos para la aprobación y autorización de inmediato del retiro del señor Julio César Castillo Castro, argumentando que el Decreto 1790 del 2000 señala en el artículo 101 que el retiro del servicio “se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en la actividad”(Sentencia T-038/28,2015)

Lo que considera la Corte en este caso es lo siguiente:

La Sala concede la protección a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio. Sin embargo, se otorgará la tutela en los términos que se exponen a continuación: Por tanto, la decisión negativa sobre la autorización de retiro del servicio del miembro militar es válida, por cuanto se argumentaron los motivos de las circunstancias de orden público y aquellas necesidades logísticas de la institución de la fuerza pública, sin embargo es inadmisibles y desproporcionada según la Corte, que la limitación nace del hecho de enero de 2017, y vuelva a considerar la autorización sobre las necesidades del servicio de esa fecha específica.

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

En este orden de ideas “la Corte ordenará se autorice de inmediato el retiro de la Fuerza Aérea del suboficial Julio César Castillo Castro, sin posibilidad de reconsiderar la decisión con base en la situación de orden público reinante en el país” (Sentencia T-038/28,2015)

- 3.7 Corte Constitucional Sentencia T-101/2016

Este caso es del señor Jhon Jaiber Soler Navarro, instauró el 30 de julio del 2015 acción de tutela contra la Fuerza Aérea Colombiana, este hombre solicitó su retiro voluntario del cargo

Suboficial Aerotécnico, la cual le exigió que siguiera desempeñando sus funciones hasta el 19 de enero de 2019 por razones de seguridad Nacional y especiales del servicio.

Desde el año 2013 el señor venía indispuesto en su cargo y se presentó manifestando a la institución que tenía desgaste físico y mental, ausencia de herramientas suficientes para desempeñar su labor como controlador de tránsito aéreo, además manifestaba ausencia de vocación militar y deseos de desarrollar un proyecto de vida civil y adelantar estudios universitarios. A lo que la institución denegó absolutamente y le expreso que debía esperar a que pasar de nuevo 6 años para poder adelantar cualquier solicitud de retiro.

A través del comunicado del 10 de agosto de 2015 el jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea Colombiana se manifestó diciendo lo siguiente: sobre las solicitudes de retiro que presentan los oficiales y suboficiales por cuanto no todas pueden ser atendidas, debido a que dicha institución debe evaluar las necesidades del servicio o del interés general. Conforme a lo definido en el Decreto 1790 de 2000, en relación del artículo 101, donde se enmarca que los oficiales y suboficiales pueden solicitar dicho retiro cuando no medien razones de seguridad nacional. De acuerdo al caso, la fuerza área autorizo fecha de retiro para el aerotécnico a partir del 19 de enero de 2019, por considerar esta una fecha razonable para que dicha institución logre capacitar nuevamente al suboficial, ya que es indispensable para que existiera un buen desarrollo en las operaciones aéreas.

En la sentencia la Corte entró a revisar las decisiones tanto de primera como de segunda instancia, explicando lo que allí se decidió y la motivación argumentativa para proceder a dar sus respectivas consideraciones:

Se basa a partir del siguiente problema jurídico planteado ¿Vulnera una institución de la Fuerza Pública (Fuerza Aérea Colombiana) los derechos fundamentales a la libertad de escoger profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso de uno de sus miembros (Suboficial Aerotécnico Jhon Jaiber Soler Navarro), al negarle la solicitud de retiro del servicio activo, afirmando que existen motivos de seguridad nacional que exigen su presencia en la institución, y esgrimiendo la necesidad de que permanezca en las filas por el lapso de 6 años, porque así lo dispone una directriz interna (Sentencia T-101/01,2016)

Para dar respuesta al problema jurídico hace un análisis de las subreglas que se han dado a partir del precedente en casos similares y utiliza la metodología de línea jurisprudencial dentro de la sentencia, para llegar a la conclusión de que siempre es necesario plasmar cuando hay una solicitud de retiro voluntario de un miembro militar que es negada; 1. El nexo entre el contexto de seguridad social y la necesidad de mantener vinculado al oficial. 2. Analizar las regulaciones internas que están por debajo a la Constitución o la ley.

Como resultado de dicho análisis alude la Corte: Que ha de sostenerse la solicitud sobre el retiro voluntario del vulnerado el señor Jhon Jaiber Soler Navarro, e incorporar la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto se debe inaplicar la norma aludida por la entidad accionada, además como se señaló por la Sala Cuarta de Revisión de esta corporación, en sentencia T-178 de 1994, donde se establece que una institución perteneciente a la fuerza pública o el Ministerio de Defensa en ningún caso podrá disponer de la libertad y en relación con otros derechos fundamentales, además que expresa la corte que el periodo de 6 años impuesto como límite sobre el derecho de retirarse voluntariamente, es irrazonable por no demostrar los motivos facticos que obliguen al demandante a su permanencia en la F.A.C.(Sentencia T-178/13,1994)

Sobre lo planteado y para concluir, decide la Corte según sus consideraciones lo siguiente: En primer lugar, la alta Corte decide revocar la decisión emitida en segunda instancia por cuanto tutela los derechos fundamentales tales como el libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y libertad de escoger profesión u oficio. En segundo lugar, se ordena al comandante de la Fuerza Aérea Colombiana haga efectivo el retiro del servicio al accionante en plazo de 1 mes. Además, se expresa que el accionante mientras esté vinculado a la institución debe tener un buen comportamiento. Cumpliendo con sus deberes y funciones relacionados con el cargo militar y contribuyendo con las funciones del Estado. Conforme a la Sentencia T-101 de 2016 se puede afirmar que actualmente se torna como la sentencia más importante por varias razones: Conforme a dicha sentencia, se encuentra el análisis detallado sobre el precedente del problema jurídico en cuestión, debido a que esta sentencia que ha sido expedida recientemente por la alta Corte, donde se tutela el derecho fundamental constitucional

de escoger libremente profesión u oficio, el cual ha sido vulnerado por parte de la FAC. Esta sentencia es un gran apoyo para la línea jurisprudencial que se argumenta en este trabajo, y que como sirve como apoyo debido a que contiene toda la temática que se ha desarrollado a través del tiempo y además se plasma otros derechos fundamentales que van en conexidad con la escogencia de profesión u oficio, los cuales se ven directamente vulnerados por la fuerza pública, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso.

Breve aclaración de voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez:

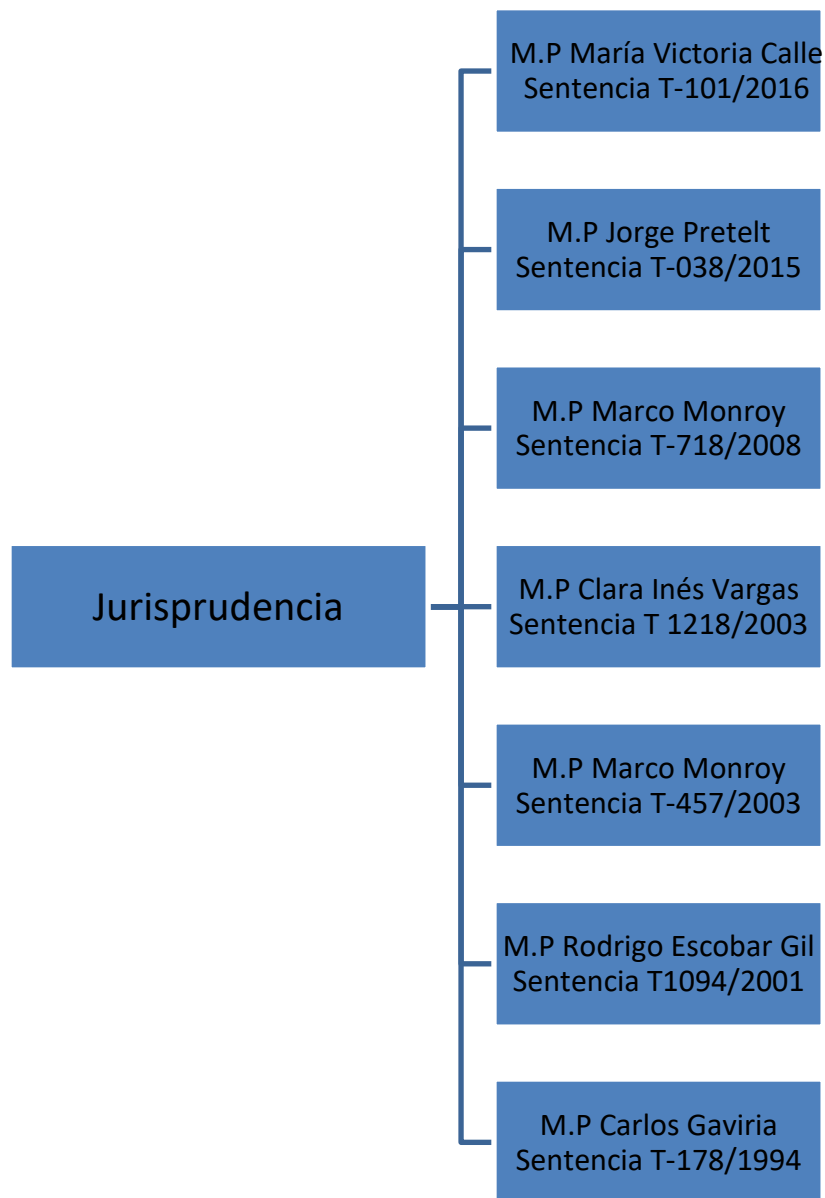
El magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez votó en favor de que se le tutelaran al accionante los derechos fundamentales vulnerados y evidentemente demostrado, dejó claramente su posición en cuanto a que entidad era la encargada de regular la normativa en el caso de vinculación y desvinculación de aquellos miembros pertenecientes a las fuerzas militares, en otro aspecto lo que no resultaría adecuado es que esas circunstancias sean fijadas por aquellos encargados de adecuar las normas, es decir en especial al legislador, pues el encargado sería el propio empleador perteneciente a la FAC, debido a que es quien posee los conocimientos necesarios sobre el contexto de la permanencia de los miembros suboficiales, por cuanto esta mide los obstáculos que trae la desvinculación inmediata de la institución, o en otro aspecto la duración en brindar formación a nuevo suboficial, y que con ello adquiera práctica para cumplir con dichos fines institucionales.

Esta postura, es reprochable al mandato constitucional, aunque de alguna manera hay sentido en dichos argumentos, por cuanto se refiere a la facultad que posee la fuerza pública y que por ello conocen con precisión las obligaciones de dicha institución con el propósito de cumplir con su deber y con los fines del estado. (Sentencia T-101/01,2016)

3.8 Nicho Citacional Jurisprudencial

Figura 1.

Precedente Jurisprudencial: La tendencia a través del tiempo



Nota: La figura muestra la evolución del precedente jurisprudencial de la corte constitucional a través del tiempo entre el año 1994 a 2016. Fuente: Elaboración propia.

Del Nicho o Telaraña Jurisprudencial se observa que se comienza con la sentencia más reciente en el tiempo, este tipo de sentencia se llama sentencia arquidémica y toda línea jurisprudencial comienza con una de estas, de ahí se puede observar que se siguen desprendiendo otra sentencia que es la Sentencia T-101 de 2016 ,T- 038 de 2015, luego se desprende la Sentencia T-718 de 2008, se puede interpretar que en ese lapso de tiempo; entre el año 2008 y el año 2016 la Corte no se pronunció al respecto con casos que tenga exactamente el mismo problema jurídico que estamos tratando en este trabajo de grado, fueron 7 años sin presentarse casos de miembros activos que hayan solicitado su retiro voluntario y la Institución lo haya negado.

De la Sentencia T-718 de 2008 se desprenden dos sentencias que son: la Sentencia T- 457 de 2003 y la Sentencia T-1218 de 2003, ambas sentencias fueron dadas en el mismo año, con el mismo núcleo problema, pero fueron emitidas por diferentes Magistrados ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Clara Inés Vargas Hernández, respectivamente, por lo que fueron dos puntos de vistas diferentes y motivación diferente, aunque los dos hayan seguido el mismo precedente del cual basaron su decisión.

Después se tiene la Sentencia T- 1094 de 2001, siendo de ahí para bajo los pronunciamientos más antiguos en el tiempo con respecto al problema jurídico, le precede la Sentencia T- 881 de 2000 y por último la Sentencia T-178 de 1994, siendo esta última el primer caso que salió en el tiempo, donde se observa el primer pronunciamiento y donde se empezó a marcar el precedente jurisdiccional y las sub reglas de la Corte Constitucional, por último se observa como todo el entramado se une de una manera holística, es decir toda la telaraña vendría siendo una sola.

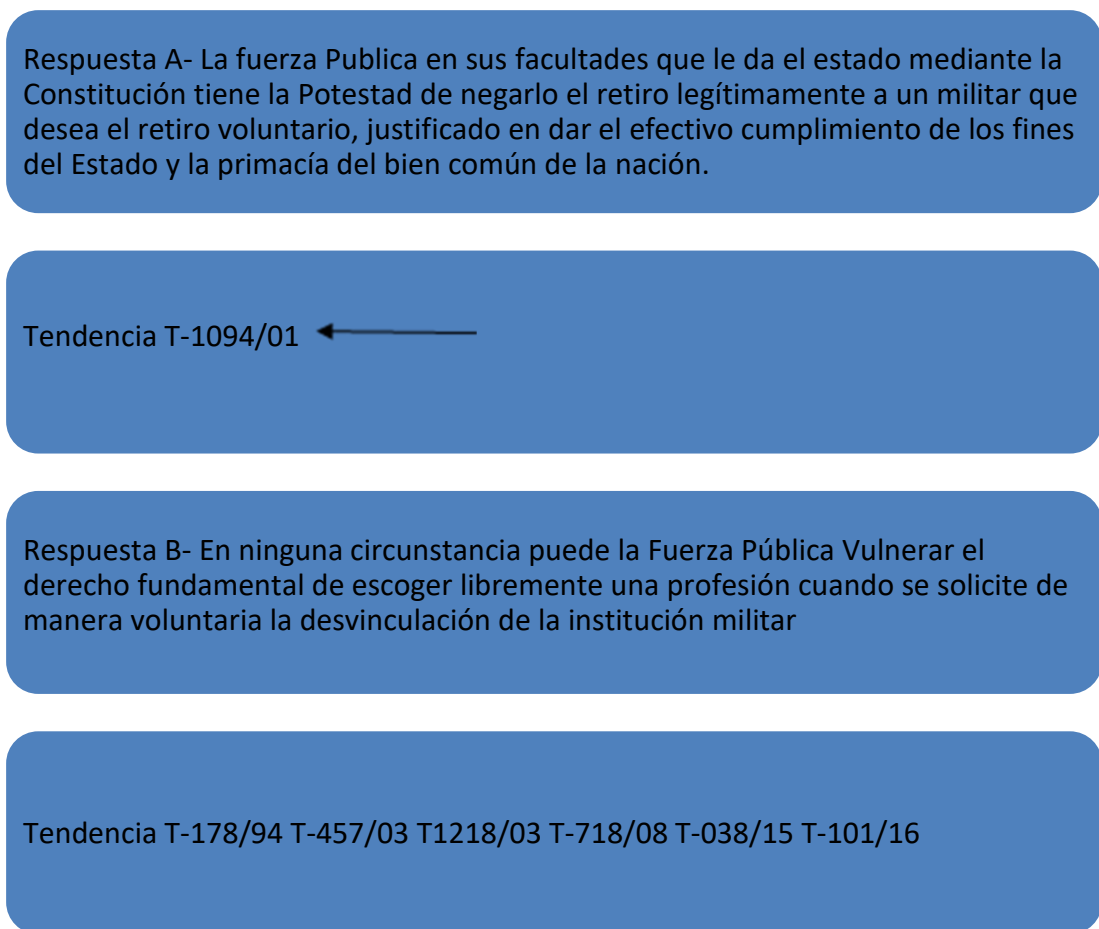
A continuación, se observa la gráfica de la línea jurisprudencial, donde se observa cómo se va moviendo el precedente judicial según la postura que tomen los jueces a la hora de fallar y cuál es la tendencia que tiene la Corte Constitucional según esta gráfica.

3.9 Problema jurídico

Problema jurídico

¿La Fuerza Pública colombiana vulnera Derechos fundamentales a militares que solicitan el retiro voluntario?

Figura 2.



Nota: Compilación Jurisprudencial sobre una vulneración del derecho fundamental de escoger libremente una profesión u oficio. Fuente: Elaboración propia.

Capítulo 4.: ANÁLISIS DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Como se representa en la gráfica anterior la tendencia en las determinaciones de la Corte Constitucional es a conceder el retiro de los miembros que se quieren desvincular, pero limitando esta aceptación a tiempos establecidos, es decir que no concede el retiro inmediato, sino que en determinada fecha, en el caso de la sentencia T-038 de 2015, la Corte Constitucional ordenó que a la institución de la FAC que la desvinculación del accionante se diera en el término máximo de 15 días a partir de la sentencia y así en cada caso, entre más tiempo de la Corte en el fallo para aceptar la desvinculación del miembro activo, más corre el puntico de la línea hacia la mitad, de una manera central, pero nunca pasando los límites hacia el otro extremo, entre más cerca esté a la columna con la respuesta, tiende a tutelarse con rapidez el derecho vulnerado o conceder la retención legítima por parte de la Fuerza Pública contra los accionantes

En la gráfica se tienen dos puntos opuestos, estos son: “A”: la Fuerza Pública en sus facultades que le da el Estado mediante la Constitución Política tiene la potestad de negarle el retiro legítimamente a un militar que desea retirarse voluntariamente, justificando en dar el efectivo cumplimiento de los fines de Estado y la primacía del bien común de la nación. “B”: “B”: en ninguna circunstancia puede la Fuerza Pública vulnerar el derecho fundamental de escoger libremente una profesión u oficio en conexidad con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando se solicite de manera voluntaria la desvinculación de la institución por parte de un militar.

Ambos puntos pretenden dar respuesta a la pregunta: ¿Vulnera la Fuerza Pública los Derechos fundamentales de los militares que desean retirarse voluntariamente de la institución?

Es muy importante aclarar que cada sentencia emitida por la Corte Constitucional son diferentes, así tengan similitudes como el problema jurídico por ejemplo, por eso es tan importante una buena revisión del caso por parte de la Corte y que a la hora de fallar el juez Constitucional no solo tenga en cuenta el precedente, sino que también haga dentro de la sentencia una buena parte motiva, es decir un buen estudio sobre el nexos causal entre la Institución y el Derecho que se dice

ser vulnerado para así poder argumentar bien su decisión y no incurrir en arbitrariedad y buscar siempre la proporcionalidad del caso, pues la Corte ha sido objetiva y nunca ha negado o a desconocido la necesidad que tiene la Fuerza Pública de mantener a sus miembros activos para poderle dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado

Sin embargo, si se realiza el análisis a la gráfica se puede ver que los punticos se mueven especialmente para un extremo, de manera repetitiva, esto quiere decir que, a la hora de fallar, la Corte ha tenido en cuenta el precedente jurisprudencial y ha decidido tutelar el Derecho a la profesión u oficio de los accionantes que desean desvincularse con las anotaciones anteriormente dichas.

4.1 Vinculación o desvinculación Fuerza Pública: Inconstitucionalidad

De acuerdo a lo establecido en el artículo 217 numeral 3 de la Constitución Política de Colombia, referente a los reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los integrantes de las Fuerza Pública, será la ley la que determine estas acciones, pero de acuerdo al análisis que se viene realizando esta ley no existe, porque lo que regula esta situación son los decretos los cuales son expedidos por la parte ejecutiva y por la institución. Se evidencia que existe una inconstitucionalidad frente a este problema jurídico, lo que conlleva a que existe cierta inseguridad en el sistema jurídico, limitando así los derechos fundamentales de los miembros de la fuerza pública, por cuanto posterior a la expedición del Decreto 1790/2000 en relación con los artículos 100 y 101, se hace presente la vulneración, debido a que condicionan a los miembros de fuerza pública militares y Policías a continuar de manera permanente en su labor militar, y además se observa que existe vulneración cuando se trata de solicitar el retiro en cualquier tiempo debido a que se concede cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio, con ello se evidencia que la fuerza pública posee el poder de conceder o no el retiro de un miembro militar o policial. En este sentido, al no existir ley estatutaria de regulación estos casos se podrían seguir presentando (Vásquez Hincapié, Gil Garcia,2017, p.157)

Con base a lo anterior, en el artículo 101 del Decreto 1790(2000), se establece que: Los oficiales y suboficiales “podrán solicitar su retiro en cualquier tiempo, y se concederá cuando no

medien razones de seguridad o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente” (Decreto 1790,2000, art.101)

Expresa la Corte constitucional en la Sentencia T-101 de 2016, en relación a precedentes Jurisprudenciales sobre “la protección de derechos fundamentales de los miembros de la fuerza pública cuando se les impide retirarse voluntariamente del servicio activo” por cuanto en virtud de dicha función no pueden ser obligados a permanecer en el cargo por tiempo prolongado y que dicha institución aluda a imposiciones que se encuentran contenidas en las directivas internas, puesto que con impedir dichos retiros estarían vulnerando el derecho a escoger libremente una profesión u oficio, debido proceso administrativo, y al libre desarrollo de la personalidad, además expresa la alta Corte que el derecho a escoger libremente profesión u oficio, se ha constituido como una garantía porque se busca proteger la facultad que posee una persona de poder elegir libre la labor que desee, relacionándose así con la decisión autónoma de las personas respecto de la forma como desea manejar su tiempo y todo lo relacionado con sus capacidades creativas. (Sentencia T-101/01,2016)

4.1¿Qué posición tiene la Jurisprudencia Colombiana respecto a este caso?

Así como se puede observar en la línea jurisprudencial, el precedente judicial ha evolucionado tendiendo a proteger y garantizar los Derechos de los miembros activos que trabajan en Instituciones del Estado, frente a Derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y el Derecho a escoger profesión u oficio.

Afirmo, que la Corte Constitucional es una verdadera guardiana de los Derechos fundamentales no solo de los civiles, sino también de aquellos que sirven en la Policía Nacional, en el Ejército Nacional y en la Fuerza Aérea Colombiana, y con este precedente tan marcado la Corte le hace la invitación a estas instituciones del Estado a que por favor a la hora de negarle el retiro a algún miembro no lo haga por hacerlo, más bien debe la Institución hacer un estudio consciente de cada caso en particular para no vulnerar estos Derechos fundamentales y no caer en sucesos repetitivos.

Por otro lado, es deber de los jueces tener en cuenta este precedente de la Corte Constitucional para que cuando a sus despachos lleguen casos en los que algún miembro de una Institución Estatal quieran retirarse por cuestiones personales y de salud no fallen arbitrariamente y tutelen si es el caso, luego de un análisis exhaustivo, el Derecho a escoger libremente su profesión u oficio, pues esto mantiene una armonía entre el precedente de la Corte Constitucional y las decisiones que cada juez tome para dar efectivo cumplimiento a la Constitución y al Estado Social de Derecho. Debido que se ha presentado una notable evolución dentro del mundo Jurídico gracias a las decisiones Positivas que ha tomado la Corte Constitucional en defensa de los postulados constitucionales, lo que ha representado una aceptación en lo ámbito social. Dentro de este problema Jurídico se evidencia que la misión que ha tenido la Alta Corte ha sido positiva, por cuanto está ha unificado una serie de sentencias de tutela, las cuales han servido de bases para este gran avance jurisprudencial sobre el problema jurídico de vulneración sobre el derecho de escoger libremente una profesión u oficio, con este avance significativo se han construido unas bases sólidas sobre las cuales se ha edificado el constitucionalismo del siglo XXI.

De acuerdo a esta evolución jurisprudencial, afirmó también que la alta Corte es consistente en sus decisiones,

“por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, en segundo lugar para proteger la seguridad ciudadana y permitir el desarrollo económico, en tercer lugar en virtud del principio de igualdad, debido a que no es justo que en igualdad de casos sean soluciones de manera diferente por una misma autoridad judicial y en cuanto al cuarto lugar en el sentido de que se impone a los jueces respeto al precedente de forma universal y que puedan tomar decisiones con base analogías” (Daza,2011,p.193)

CONCLUSIONES

Después de estudiar el problema que se plasmó en esta trabajo se observa que existe una fuerte tensión de intereses por parte de la Fuerza Pública y los integrantes activos militares y policiales, en el sentido de solicitar el retiro voluntario, y así poder elegir libremente una profesión u oficio diferente a la que se encuentran ejerciendo, la cual se ve limitado por parte de la Fuerza Pública con argumentos sobre la seguridad nacional o conforme a la especialidad en el servicio, lo que ha conllevado a que se presente una repetitiva vulneración sobre el derecho fundamental de los integrantes activos de la fuerza pública, y además, que se vinculen otros derechos fundamentales de los cuales no gozan los miembros militares y policiales, aquellos que afectan su vida familiar y su salud.

Es importante destacar el avance significativo de la Línea Jurisprudencial que con el tiempo se ha ido desarrollando acerca del caso de vulneración del derecho fundamental de escoger libremente una profesión u oficio, por tanto, la alta Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia ha venido en reiteradas ocasiones amparando el derecho constitucional a los miembros militares y policiales, por ello ha estabilizado un precedente importante que beneficia a dichos miembros pertenecientes a la Fuerza Pública.

En Colombia, aun se siguen presentando casos de vulneración sobre el derecho Constitucional de elegir libremente una profesión u oficio, porque se condiciona a los integrantes de la Fuerza Pública a continuar de manera permanente en su labor militar, por cuanto para conceder el retiro no deben mediar razones de seguridad nacional o especial del servicio, de esta manera la institución concedería el retiro voluntario al miembro que lo haya solicitado.

Se evidencia dentro de esta monografía, que existe un avance muy significativo en pro de garantizar el derecho fundamental de escoger libremente una profesión u oficio de los militares activos que

han sido vulnerados, debido a que los vulnerados han recurrido al mecanismo Constitucional de acción de tutela, con el propósito de encontrar protección a sus derechos, conforme en ello se evidencia que la alta Corte Constitucional ha sido coherente en la toma de sus decisiones, para brindar dicha protección a los miembros militares y policiales activos, por esto la Corte Constitucional ha logrado un precedente judicial muy importante, para poder dar cumplimiento al efectivo mandato constitucionalmente avalado, para que no se vuelva repetitivo estos casos de vulneración del derecho constitucional de escoger libremente una profesión u oficio.

Los militares han sido reconocidos como seres humanos sujetos de derechos, deberes y obligaciones por parte de la Corte Constitucional, brindándoles garantías propias sobre el derecho fundamental de escoger libremente profesión u oficio, determinado así que la persona es libre para escoger libremente su profesión.

El derecho Fundamental a escoger libremente una profesión u oficio tiene garantías de protección de carácter nacional, internacional, jurisprudencial, las cuales protegen a las personas sin ningún tipo de discriminación, sexo, raza, social, dentro del territorio colombiano y en esferas internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Arteaga G, Monsalve, J. (2020). La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano: Un análisis de su naturaleza jurídica y su eficacia, [tesis de grado universidad san buenaventura].
<https://bibliotecadigital.usb.edu.co>
- Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10566>
- Cardozo Rodríguez, R.V. (2021). Inspección Control y vigilancia de las profesiones liberales aspectos organizacionales y funcionales. [Tesis de maestría universidad externado de Colombia].
<https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4820>
- Chinchilla Herrera. T. E. (1997) . ¿Que son y cuáles son los derechos fundamentales?,
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7495323>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia-1991(2a edición). Legis.
<http://www.suin-juriscal.gov.coviewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>
- Corte Constitucional (1992,01 de octubre) Sentencia C-543/01 (José Gregorio Hernández Galindo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1997,13 de junio). Sentencia T-288/13 (José Gregorio Hernández Galindo, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1992,14 de diciembre) Sentencia C-606/14 (Ciro Angarita Barón, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1992,17 de junio) Sentencia T-224/17 (Ciro Angarita Barón, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1994,13 de abril) Sentencia T-178/13 (Carlos Gaviria Díaz, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1994,13 de abril) Sentencia T-178/13(Carlos Gaviria Díaz, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (1998,05 de marzo). Sentencia T-068/05 (Alejandro Martínez Caballero, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional (2001,17 de junio) Sentencia T-1094/17 (Rodrigo Escobar Gil, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2003,11 de diciembre) Sentencia T-1218/11 (Clara Inés Vargas Hernández, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2008,15 mayo). Sentencia C-483/15 (Rodrigo Escobar Gil, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2008,17 de julio) Sentencia T-718/17 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2015, 28 de enero) Sentencia T-038/28 (Jorge Ignacio Pretelt, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2016,01 de marzo) Sentencia T-101/01 (María Victoria Calle Correa, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2017,25 de mayo) Sentencia SU-354/25(Iván Humberto Escrucería Mayolo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2018,23 de Julio) Sentencia T-282/23(José Fernando Reyes Cuartas, M.P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Decreto 1211, (1990). Art.130.Republica de Colombia. <https://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1243823>

Decreto 1791, (2000). Art 56. Republica de Colombia. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1351186>

Decreto 2591, (1991). Art-37. República de Colombia. <https://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/123823>

Flórez Múnera, M. (2022). Vulneración del derecho fundamental a la libertad de profesión u oficio por parte de la FAC. [Trabajo de grado profesional]. Universidad de San Buenaventura de Medellín.
<https://hdl.handle.net/10819/11233>

Ley 1790, (2000). Art 101.Republica de Colombia. <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decreto/135018>

López Daza, G.A., (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces? Citado 2023-10-31, p.193
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=es&tlng=es.

Sánchez Gil, Rubén. (2009). El derecho de los jueces. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 42(124), 401-405. Recuperado en 31 de octubre de 2023, de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100016&lng=es&tlng=es.

Silva C.L. (2011). La acción de tutela en Colombia. <https://www.scielo.org.mx>

Torres-Ruda, Y. (2015). La acción de tutela en Colombia: Un estudio sobre las transformaciones jurídicas. <http://hdl.handle.net/10983/2674>

Vásquez Hincapié, D.J, Gil García L.M (2017). Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia. Prolegómenos, (20(39),157.

Vásquez Hincapié, D.J., y Gil-García, L. M (2017). Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia. Prolegomenos,20(39),141. <https://doi.org/1018359/prole.2728>