|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180021300** |
| DEMANDANTE | **JEISON RINCÓN VARGAS** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZA AEREA DE COLOMBIA -FAC** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

El señor JEISON RINCÓN VARGAS actuado en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la MINISTERIO DE DEFENSA **-** FUERZA AEREA DE COLOMBIA -FAC, con el fin de proteger su derecho fundamental de petición, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad y la libre escogencia de profesión u oficio.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al Ministro de Defensa y/o a quien corresponda que ordene su retiro inmediato de la Fuerza Aérea Colombiana.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

*“1(…) El pasado 21 de mayo de 2018 solicite mi retiro de la Fuerza Aérea Colombiana FAC, tramite mi retiro con las formalidades que exige la FAC “conducto regular” estipulando que NO tengo nada pendiente; es decir, no tengo cursos de capacitación-pendientes- que me liguen a mantenerme en filas de la FAC, no quiero, ni deseo ascender al próximo grado.*

*2. No tengo cargo u responsabilidad alguna ni circunstancia especial de “orden público” que amerite mi permanencia en una institución a la cual no deseo pertenecer.*

*3. Con el fin de no llegar a esta instancia judicial – TUTELA - el pasado 14 de junio de 2018, tramite una* ***petición respetuosa*** *al Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana FAC con el fin se me respetaran mis argumentos, y mi libre determinación a elegir profesión y oficio; NO OBSTANTE mi petición nunca fue respondida, todo lo contrario fue utilizada en mi contra para postergar mi retiro.*

*4. Honorable y justo juez solicite mi retiro el día 21 de mayo de 2018 para hacerlo efectivo la FAC el 01 de julio de 2018 (02 dos meses, tiempo más que suficiente para que la FAC tramite un acto administrativo resolución.”*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
	1. La presente demanda fue radicada el 4 de julio de 2018.
	2. Mediante providencia del 5 de julio de 2018 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado MINISTRO DE DEFENSA- FUERZA AEREA DE COLOMBIA (FAC)el 6 de julio de 2018 no contestó la presente acción.

1. **LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Copia de la solicitud de retiro enviada al Ministro de Defensa por el accionante (folio 7 del cp).
* Copia del oficio del 21 de mayo de 2018 del trámite de la solicitud de retiro por el accionante (folio 8 del cp).
* Copia de la solicitud del 14 de junio de 2018 del accionante al Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana (folio 9 al 10 del cp).
* Copia del oficio No. 201812990051483 del 26 de junio de 2018 sobre la decisión adoptada del retiro del accionante (folio 12 al 13 del cp).

1. **CONSIDERACIONES:**
	1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2.** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es el petición, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad y la libre escogencia del profesión u oficio, toda vez que la entidad accionada no ha contestado su petición.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse el derecho de petición ante la falta de respuesta por parte de la entidad accionada?**

La respuesta al anotado interrogante **es negativa** teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Respecto de las peticiones interpuestas en la vía gubernativa, el Código Contencioso Administrativo contempla unos términos frente a los cuales se presumirá el sentido de la decisión de la administración si ésta guarda silencio. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el silencio administrativo es prueba fehaciente que se ha violado el derecho de petición, al no producirse una respuesta pronta, oportuna y de fondo a la solicitud interpuesta[[1]](#footnote-1), estableciendo las reglas básicas que rigen el derecho de petición:

1. El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa
2. El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión
3. La respuesta debe cumplir con estos requisitos:
* De ser oportuna
* Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado, y
* Debe ser puesta en conocimiento del peticionario

Si no cumple con estos requisitos se incurre en una violación al derecho constitucional fundamental de petición

1. La respuesta no implica la aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita
2. En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad debe explicar los motivos y señalar el término en el cual realizará la contestación, según el grado de dificultad o complejidad de la solicitud
3. La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.
4. El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta.

El artículo 23 de la Constitución consagra el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

Una vez formulada la petición en términos comedidos, claros y precisos, cualquiera que sea su motivación, bien sea en interés particular o general, al ciudadano le asiste el derecho a recibir oportunamente respuesta, con la solución que se reclama o con la información que cause su demora o con el traslado a la autoridad que sea competente según el caso.

Pronta resolución quiere decir que la autoridad está obligada a contestar la solicitud de manera oportuna, aunque el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular.

Transcurridos los términos que la ley contempla sin que se reciba respuesta alguna de la administración, el derecho de petición resulta vulnerado por cuanto se desconoce el mandato constitucional de la prontitud en la contestación oficial al peticionario[[2]](#footnote-2).

Por último tenemos que el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que, “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)*” (Subrayado fuera de texto)

La acción de tutela ha sido concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de derechos fundamentales, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previstos otros medios de defensa, o que existiendo tales, éstos resultan ineficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De allí su carácter subsidiario.

**Se trata, en consecuencia, de un medio subsidiario que no puede reemplazar procedimientos ordinarios ni suplir los medios de defensa previstos en el ordenamiento legal para la protección de los derechos.**

En el presente caso, el accionante elevó petición de retiro del servicio activo ante la entidad accionada y aunque el accionante manifiesta que no ha sido contestada su solicitud, observa el despacho que de las pruebas que obran en el expediente se le otorgo respuesta a lo solicitado por el accionante indicándole que su retiro del servicio activo por solicitud propia previo acto administrativo, se hará a partir del 1 de octubre de 2018. Por lo tanto, no se puede entender que tal respuesta constituya una vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante, pues si no estaba de acuerdo con la decisión adoptada debió interponer los recursos pertinentes en la oportunidad procesal correspondiente.

Además, para impugnar los actos administrativos existe otro mecanismo de defensa judicial que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales. Por ende, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

Igualmente, tampoco la tutela tendría cabida como mecanismo transitorio porque no está demostrado que el demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado *“…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa*.”[[3]](#footnote-3)

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO.-** Niéguese la Acción de Tutela incoada por **JEISON RINCÓN VARGAS** en contra del **Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante **JEISON RINCÓN VARGAS** y al **MINISTRO DE DEFENSA – FUERZA AÉREA DE COLOMBIA (FAC)** y/o a quien haga sus veces.

**TERCERO.-** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

SLDR

1. Corte Constitucional, Sentencias T-1160 A de 2001, T-1089 de 2001, T-377 de 2000, T-294 de 1997, T-457 de 1994 y T-1006 de 2001 [↑](#footnote-ref-1)
2. Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil uno (2.001) - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejero ponente: ROBERTO MEDINA LÓPEZ -Radicado número: 25000-23-26-000-2000-3119-01(AC-215) [↑](#footnote-ref-2)
3. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988* [↑](#footnote-ref-3)