

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Tutela de Primera Instancia No. 47-2020-00142-00

Agotado el trámite establecido por la ley se procede a emitir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

El ciudadano FELIPE SEGUNDO DÍAZ PUCHE, en nombre propio promovió acción de tutela en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, porque consideró que, le fueron vulnerados sus derechos fundamentales que citó “*al debido proceso y un trabajo digno*”, fundamentando su libelo constitucional en los hechos que se pasan a señalar

Informa el actor que ingresó a la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova del Ejército Nacional el día 6 de enero del año 2001, que para el año 2003 fue ascendido al grado de Subteniente de dicha institución, que cumplió funciones de Comandante de Pelotón y de Compañía en el Batallón de Infantería No. 40 durante 18 meses, además advirtió que fue asignado al Batallón de Contraguerrilla No. 3 por el lapso de 12 meses, y en consecuencia de todo lo citado, fue considerado para hacer parte de la Aviación del Ejército Nacional de Colombia.

Agrega que en el año 2006 fue asignado a la Aviación del Ejército Nacional, que realizó el curso de piloto militar, desempeñándose como piloto comandante acumulando más de 6.000 horas de vuelo, y que además ejerció funciones administrativas.

Que una vez cumplió el tiempo de servicio para ser considerado Oficial de Operaciones de Unidad Táctica, mediante orden administrativa de personal No. 00098 del 28 de enero de 2019 asumió el cargo de Oficial de Operaciones de Batallón de Aviación No. 1. A su vez afirmó que mediante orden administrativa de personal No. 002326 del 15 de octubre de 2019 fue asignado para cumplir las

labores del cargo Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Aviones del Ejército Nacional.

Indicó que el 6 de agosto del año que avanza mediante resolución No. 2260 de 2020 fue retirado del Ejército Nacional de Colombia, por llamamiento a prestar servicios, situación que es totalmente irregular, por cuanto era apto para continuar con la carrera en la fuerza militar antes mencionada.

Señala que su retiro obedece a una dirección discrecional, disfrazada de un llamamiento a calificar servicios, y que por lo tanto se requería una motivación jurídica dado que el Ejército Nacional por medio del Comando de personal de dicha entidad marcial, modificó su hoja de vida e incluyó información errónea pues indicó que el actor había prestado servicio militar para el año 1999.

Que el actor, por medio de petición, solicitó arreglar el error en su hoja de vida y para el año 2017 el Comando de Persona le indicó que se había actualizado la información y que se iniciarían las investigaciones administrativas y penales pertinentes, por cuanto se pensaba que se trataba de una actuación fraudulenta.

Menciona el actor que para el mes de junio de 2017 fue llamado a rendir una versión libre ante el Juzgado 84 de Instrucción Militar, por el motivo de modificación a las bases de datos, que el 03 de junio del año que avanza el Comandante del Ejército Nacional de Colombia indicó mediante un programa radial que había un personal de la fuerzas militares que iba hacer retirado del servicio por la modificación de historial laborales.

De ello indica el actor que el llamamiento a prestar servicio se debe a la investigación que se adelanta por la modificación de historias laborales, olvidando que en la misma él tiene la calidad de víctima más no de victimario.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto datado del 25 de agosto, se avocó conocimiento de la presente acción, ordenando oficiar a la entidad accionada, para que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones de la tutela.

Dentro del término pertinente la entidad accionada - Ministerio de Defensa Nacional- no se manifestó en contra o a favor de los hechos de la presente acción de tutela, por lo que desde ya se advierte se dará aplicación a la presunción de veracidad de los hechos contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Lo pretendido

Por lo antes mencionado solicita el actor que se amparen sus derechos constitucionales y se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a que suspenda los efectos de la resolución No, 2260 del 6 de agosto de 2020 por medio del cual se dio el retiro del Ejército Nacional de Colombia.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

El artículo 86 de la Carta Política dispone que la acción de tutela es uno de los mecanismos de defensa judicial que permite *“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 pública”*. Este mecanismo de protección es excepcional, pues es residual y subsidiario. De allí que solamente proceda cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, –caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados–, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, este (a) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados, o (b) la tutela se torna necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.¹

Subsidiariedad.

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *“hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho”, predicable de cualquier procedimiento, “el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión”, derecho de defensa que lleva implícito el principio “de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas”*. (Sent. T – 416 de 1998).

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro

¹En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que “no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado” y, por lo tanto, las personas están autorizadas para solicitar al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales cuando las providencias, “entendidas como actos emanados de un juez o tribunal”¹, los desconozcan o amenacen.

de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera que *“en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *“no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”* (Sent. C-543 de 1992)

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, teniendo a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

Control judicial posterior para la figura del llamamiento a calificar servicios.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional precisa la jurisprudencia en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro de los funcionarios de la fuerza pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicio.

La precisión se centra primeramente en la diferenciación entre las figuras denominadas llamamiento a calificar servicios y retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Frente a lo cual se señaló explícitamente que a diferencia de la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, en el caso del retiro por llamamiento a calificar servicios su motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que la determina expresamente la Ley, motivo por el cual no es necesario que se realice una motivación expresa en el acto de retiro.

También se precisa que al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma, su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial.

Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.

De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable

que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten.

Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, se desarrolla frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.

EL CASO CONCRETO

En el caso en examen, **los problemas jurídicos** a resolver se sintetizan en: **i)** establecer si se cumplen las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela; y **ii)** verificar si con la actuación adelantada por el Ministerio de defensa Nacional se transgreden derechos a favor de señor Felipe Segundo Diaz Puche

Para la resolución del primer interrogante, se tiene que, en el presente caso tal y como lo dijo la Jurisprudencia quien se vea o crea que es afectado por la decisión de retiro bajo la modalidad de llamamiento a calificar servicios puede incoar las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal y como lo indico la H. Corte Constitucional en la providencia SU-237 de 2019;

“...no se cumple con este requisito, toda vez que la acción de tutela se orienta a controvertir unas decisiones administrativas. Para esto, el actor contó con otro medio de defensa que no ejerció[39], esto es, el control jurisdiccional por parte de los jueces de lo contencioso administrativo. Dicho medio era eficaz[40], debido a que las inconformidades que el actor expone se enmarcan

en las causales de nulidad consagradas en el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, y dicho proceso podía solicitar medidas cautelares y, de ser el caso, medidas de urgencia. Por lo demás, no está debidamente probada alguna situación excepcional que enervara la obligación del actor de acudir ante el juez ordinario[41], antes que al de tutela...”

Sumado a que los hechos sobre los cuales se funda esta acción deben ser conocidos por el Juez natural, pues como se dijo existe norma en concreto que así lo establece y la parte interesada deberá incoar las acciones ordinarias respectivas, con el fin de que le sean amparados los derechos que señala como vulnerados, agregando que a la fecha los Jueces Administrativos se encuentran laborando sin que exista una barrera en la prestación del servicio que le impida al señor Diaz Puche a realizar las acciones ordinarias correspondiente.

Además, se genera que de los hechos y las pruebas arrojadas al expediente no se conlleva a este despacho a determinar con claridad y sin titubear que el actor directamente se encuentre en algún estado de indefensión o de debilidad manifiesta que permita saltar el requisito de subsidiariedad, tanto es así que el mismo no queda en un estado de indefensión o vulnerabilidad manifiesta, pues con el retiro del cargo al interior de la entidad marcial el señor Diaz Puche se le aplicarán los presupuestos legales regulados en el Decreto ley 1211 de 1990.

Así pues, sin ser reiterativo en el punto, se tiene que la actuación iniciada por el actor, no está precedida del agotamiento de los medios legales u ordinarios, que tenía a su alcance, dejando a un lado y sin observar que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, tal y como lo señaló el artículo 86 de la Carta Política, implicando esto que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual bajo el caso en concreto no se encuentra probado.

Es decir, el reconocimiento de subsidiariedad de la acción de tutela genera y obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos, por lo que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial y extrajudicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Colorario, la existencia de un mecanismo ordinario existente y que esta para el uso del actor, desplaza como principal que se acuda ante el Juez Constitucional, para que se ampare los derechos que según él se le afectaron, motivo por el cual, este despacho negará el amparo pretendido, por la improcedencia del mismo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo suplicado por **FELIPE SEGUNDO DIAZ PUCHE** conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz, en los términos del art. 30 del Dec. 2591 de 1991.

TERCERO: el fallo no fuere impugnado, **ORDENAR** la remisión de la actuación ante la Honorable Corte Constitucional para lo de su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

Firmado Por:

AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a670b628cb28d29d5b17b0979d37b4ab41b8f386358ca2c508cff24f62b6c75a

Documento generado en 02/09/2020 09:58:57 p.m.