

**INFORME SECRETARIAL:** Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2022-00375**, informando que se superó el término de traslado y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

**FABIO EMEL LOZANO BLANCO**

Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022).

### **I. ANTECEDENTES**

El señor Rafael Enrique Restrepo Rivera, actuando por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra de la Nación – Ministerio de Defensa y la Fuerza Aérea Colombiana, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la libertad de ejercer profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad, de petición y a la salud.

Como sustento de sus aspiraciones, informó que ingresó a la Escuela Militar de Aviación el 9 de enero de 2001, fecha en la que fue nombrado como cadete y desde la cual ejerció con desempeño y abnegación sus funciones, obteniendo numerosas condecoraciones. Transcurrida su trayectoria militar y al cumplir los requisitos del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, el 15 de junio de 2022 solicitó el retiro de su servicio militar activo desde el 30 de septiembre de la corriente anualidad.

Como respuesta, el 8 de julio de 2022 recibió el acuse de recibido, por lo que interpuso acción de tutela ante la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición, y tras su trámite se le notificó comunicación del 10 de agosto del año en curso donde se le informó que se autoriza su retiro desde el 30 de septiembre de 2023, teniendo en cuenta la especialización que había cursado para su ascenso a Teniente Coronel.

Sin embargo, considera que ello no se acompasa con lo ocurrido, ya que, si bien el curso culminaría aproximadamente en noviembre de 2022, no culminó ni se graduó de dicha especialización.

Como consecuencia, solicitó se amparen sus derechos fundamentales y se ordene que se expidan los actos administrativos que otorguen de manera inmediata el retiro voluntario que se peticiona.

## II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

En proveído del 16 de agosto de 2022 se admitió la presente acción de tutela y se vinculó al Comando General de las Fuerzas Militares, a la Escuela Superior de Guerra – ESDEGUE, al Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., y a la Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez EMAVI., requiriendo a las accionadas y a las vinculadas para que rindieran un informe detallado sobre los hechos y pretensiones contenidas en la acción constitucional.

En oficio radicado 112701 - MDN-COGFM-JEMCO-ESDEG-JURID del 17 de agosto del año en curso, la **Escuela Superior de Guerra**, contestó la acción solicitando no tutelar los derechos fundamentales invocados ante la ausencia de alguna conducta que los hubiere vulnerado de su parte, así como su desvinculación del trámite.

Informó las funciones, los cursos de ascenso y maestrías que oferta la Escuela. Así mismo, manifestó que en el correo electrónico del Vicedirector Académico recibió una petición, la cual fue atendida de manera personal y verbal por parte del Jefe del Departamento de Fuerza Aérea, en reunión efectuada con el actor.

En oficio FAC-S-2022-021945-CE del 18 de agosto de 2022, la **Fuerza Aérea Colombiana por intermedio del Comando de Fuerza Aérea Colombiana** contestó la acción solicitando declarar la improcedencia de la acción constitucional, ante la ausencia de amenaza o vulneración de derecho fundamental alguno, y existen otros medios para atacar la decisión adoptada por la Institución.

Informó que resultan entendibles las intenciones del accionante de retirarse de la Institución en la fecha por él indicada, no obstante, existe un procedimiento interno para dicho fin y no es posible acceder de forma inmediata a todas las peticiones de retiro del personal, en la medida que se deben ponderar las necesidades del servicio y el interés general, que prevalece sobre el particular, máxime cuando éste fue destinado en comisión permanente de estudios en la Escuela Superior de Guerra, en Resolución 006 del 12 de enero de 2022.

Explicó el procedimiento para solicitar el retiro, regulado en el Decreto Ley 1790 de 2000, e indicó que su baja se aprobó desde el 30 de septiembre de 2023 con base en los costos asumidos para su preparación, los protocolos y requisitos establecidos para el relevo generacional, junto con lo normado en el artículo 89 del precitado Decreto.

En oficio radicado 0122009612802/MDN-COGFM-OASLE-1.5 del 17 de agosto de 2022, el **Comando General de las Fuerzas Militares** contestó el requerimiento, indicando que por competencia lo remitió al Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y al Director de la Escuela Superior de Guerra, y solicitó su desvinculación puesto que en sus funciones no se originaron los hechos sustento de la acción.

Finalmente, el **Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C.**, contestó el requerimiento mediante oficio del 18 de agosto de 2022, informando el trámite surtido en el marco de la acción de tutela incoada por el señor Restrepo Rivera por la presunta amenaza al derecho fundamental de petición, e indicó que no tiene injerencia en las razones objeto de reclamo. Igualmente, allegó copia íntegra del expediente de tutela.

Una vez superado el término concedido, el Ministerio de Defensa y la Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez EMAVI **guardaron silencio**.

### **III. PROBLEMA JURÍDICO**

Como problema jurídico, se estudiará si se acreditan los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y en caso afirmativo se indagará si se vulnera el derecho fundamental al debido de la accionante por el proceder de las entidades, y las consecuencias jurídicas de ello.

### **IV. CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia.**

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

#### **2. De la acción de tutela y el requisito de subsidiariedad.**

La acción de tutela fue instituida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, esta se encuentra reglamentada por los Decretos 2591

del 19 de noviembre de 1991 y 306 del 19 de febrero de 1992, como medio de defensa judicial, que contiene un procedimiento preferente y sumario al cual se acude a fin de lograr la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados, ya sea por acción u omisión o cuando se presente amenaza de violación; eventualmente se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta sucinta descripción de la acción de tutela, comprende aspectos teóricos que habilitan su procedencia ante la jurisdicción constitucional, como sucede con la legitimación en causa por activa, la subsidiariedad, la inmediatez y la relevancia constitucional sobre el asunto sometido a estudio. Esto, porque los elementos fundantes de la acción de tutela deben ser analizados singularmente, en vista de que el mecanismo contemplado en el artículo 86 constitucional no puede asimilarse como una herramienta destinada a resolver todo tipo de conflictos jurídicos planteados en cualquier circunstancia de tiempo y modo, ya que se desfiguraría la vocación excepcional y de protección inmediata del recurso de amparo constitucional.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

*"Artículo 6º: Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

***1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.***

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión*

*violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto". (Negrillas fuera de texto).*

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues "permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"<sup>2</sup>, argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se 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 y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i) Una afectación inminente del derecho
- (ii) La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable
- (iii) La gravedad del perjuicio
- (iv) El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

En desarrollo del principio bajo estudio se memoró en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

*"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un*

<sup>1</sup> Entre otras, las sentencias T-063 de 2013 y T-375 de 2018.

<sup>2</sup> Sentencia T-603 de 2015.

*medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.*

*Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia”.*

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

*"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.*

*En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a*

*las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.*

*Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta "cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad." Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser **inminente**, es decir, que esté por suceder y no sea una mera expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave**, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea **impostergable**, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos".*

Bajo el anterior imperativo, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

*"De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo".*

En relación con los casos puntuales del derecho de familia y el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en

sentencia T-675 de 2016, ha exaltado la preponderancia que detentan los comisarios, defensores y jueces de familia para regular los asuntos relacionados con la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, debido a que la razón de ser de este esquema de protección de infancia y adolescencia es precisamente evacuar este tipo de temáticas. Así lo describió el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción:

*"Los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Corte, puede ser utilizada ante la violación o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho o, iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.*

*A partir de allí, esta Corporación ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que, en abstracto, cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por tal motivo, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.*

*En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes".*

### **3. De la libertad de escoger profesión u oficio.**

Establecido en el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, el derecho fundamental a la libertad de escogencia de profesión u oficio supone que todos los ciudadanos tienen la posibilidad de desempeñarse laboral o profesionalmente, en donde voluntariamente lo deseen.

Por ello, se colige que existen principalmente 2 elementos que integran esta garantía constitucional: en primer término la voluntad del sujeto que quiere ejercer una determinada ocupación, y en segundo lugar la prohibición constitucional de emprender cualquier tipo de maniobra para coartar la determinación de cada persona.

En sentencia T-881 de 2000, la H. Corte Constitucional enfatizó la estrecha relación que guarda dicho derecho con el derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, al considerar que:

*"De los anteriores extractos de jurisprudencia se puede concluir que para esta Corporación, el derecho a escoger libremente una profesión u oficio, como corolario del derecho al trabajo, está, a su vez, íntimamente ligado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto implica una decisión autónoma del individuo respecto de la forma como desea utilizar su tiempo y sus capacidades creativas y productivas. Además, es necesario concluir que para asegurar la eficacia del derecho a escoger una profesión u oficio, es indispensable reconocer que este derecho implica también el de ejercer la profesión escogida. Ahora, si bien es cierto que, como derecho subjetivo, escoger y ejercer una libre profesión u oficio tiene el carácter de fundamental, también lo es que, en la medida en que nuestro ordenamiento constitucional le atribuye una función social al trabajo, le está imprimiendo un carácter que va más allá de su reconocimiento como derecho subjetivo y lo está comprometiendo con el conjunto de valores, principios y normas que articulan el interés general. Ello implica que el desempeño de ciertas ocupaciones puede estar sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, de tal modo que el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 16, 25 y 26, no vaya en detrimento de otros bienes, valores e intereses constitucionalmente protegidos y se desarrollen armónicamente las funciones social e individual del trabajo.*

*Por ello, se permite a las autoridades legalmente constituidas exigir requisitos de idoneidad, a quienes aspiran a ejercer ciertas profesiones u oficios. Estos requisitos pueden exigirse antes de otorgar el título que les permite desempeñarlos o, durante el ejercicio de la profesión. A su vez, la idoneidad puede referirse a condiciones académicas, éticas o de seguridad, cuando se trate de profesiones u oficios en los cuales esté en riesgo la confianza pública."*

Respecto de los requisitos o limitantes legales que se imponen para ejercer determinadas profesiones u oficios, como viene de verse ello cuenta con sustento en los fines propios del estado y de la función social

que tiene el derecho al trabajo, ya que desde la misma Constitución se enmarca la responsabilidad del Estado para ejercer inspección y vigilancia, en los casos que se requiera, siempre y cuando con ello no se vulnere el derecho de la igualdad o los demás conexos:

*"Así las cosas, observa esta Corte que el ejercicio de una profesión u oficio se funda en el respeto a la libertad individual de escogencia de una actividad laboral y en la protección de los riesgos sociales que, por su posible incidencia, exigen del legislador una regulación que, para que sea legítima, deberá ser razonable y proporcionada, de manera que no signifique una restricción arbitraria e inequitativa al ejercicio de tales actividades individuales. En la precitada sentencia C-606 de 1992, también se expresó:*

*"... en materia de reglamentación del derecho fundamental a escoger profesión u oficio, el legislador debe imponer los requisitos estrictamente necesarios para proteger el interés general, toda vez que el ejercicio de una profesión u oficio debe permitir el mayor ámbito de libertad posible, para que en su interior se pueda dar un desarrollo espontáneo de la personalidad, en congruencia con el principio de la dignidad humana. En conclusión, la intervención del Estado en el derecho fundamental consagrado en el artículo 26 de la Carta debe respetar la garantía general de igualdad y de libertad que conforman su contenido esencial. La reglamentación de una profesión no puede favorecer, implícita o explícitamente, discriminaciones injustas, fundadas en distinciones artificiosas entre trabajo manual o trabajo intelectual o entre oficios y profesiones."*

Como consecuencia, se ha reiterado por la Corporación que si bien el derecho a la libertad de escogencia de profesión u oficio es de carácter fundamental, no es menos cierto que en determinados casos se pueden imponer limitantes o restricciones legales en su ejercicio, puesto que se debe buscar salvaguardar los fines del Estado y la función social que cumple el trabajo, como derecho fundamental propiamente dicho.

#### **4. Caso en concreto.**

Descendiendo al caso en concreto, en primer término debe ponerse de presente que en esta instancia no se pretende que se otorgue otra respuesta a la petición que fue objeto de decisión por parte del Juzgado 3º Penal Especializado del Circuito de Bogotá, sino que se ordene proferir actos administrativos accediendo a la desvinculación inmediata del promotor de la acción, de la Fuerza Aérea.

Precisado ello, en misiva del 10 de agosto de 2022, notificada personalmente esa misma fecha, se contestó al tutelante la petición de retiro, aprobando el mismo desde el 30 de septiembre de 2023 y con la finalidad de quedar a paz y salvo de todo concepto, tanto por la comisión de estudios como las vacaciones acumuladas a la fecha. En el acta de la respectiva diligencia de notificación, se lee que contra dicha determinación no procede recurso alguno por tratarse de un trámite de ejecución.

El artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*"ARTÍCULO 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.*

*En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, **los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.**"*(Negritas fuera del texto)

Por lo tanto, se acredita el cumplimiento del requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, y con ello es menester resolver el fondo de lo pretendido, puesto que no procede recurso alguno contra la decisión adoptada.

Como se estudió ampliamente en precedencia, el derecho fundamental a la libertad de escogencia de profesión u oficio, que se enuncia como amenazado o vulnerado, no es absoluto, al igual que los demás derechos fundamentales, sino que cuenta con limitantes para su ejercicio en los términos constitucionales, legales y los que ha estudiado la H. Corte Constitucional.

Tal y como establece el Decreto Ley 1790 de 2000, cuyo objeto es regular *"...las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares..."*, es decir el régimen especial de carrera de todos los miembros activos de las Fuerzas, es la una norma especial aplicable para resolver las solicitudes de retiro, y en su artículo 99 ordena lo siguiente:

*"Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de*

*abandono del servicio.”*

Ha sido estudiado ampliamente en la Jurisprudencia, que ello puede ocurrir, entre otras, de manera discrecional por el Gobierno, por las causales previstas en el Código Penal Militar, como señala el citado artículo, o de manera voluntaria, que se encuentra dentro de las causales previstas en el numeral 1° del literal A del artículo 100 del ya mencionado Decreto Ley.

Como primer limitante para el retiro voluntario, el subsiguiente artículo 101 establece quienes pueden solicitar su desvinculación y las excepciones para dicho trámite:

*"Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o **especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente**, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto.”*(Negrillas fuera del texto)

De igual modo, no puede olvidarse que la misma norma prevé un término obligatorio para continuar prestando servicios, una vez un miembro de las Fuerzas sea destinado para una comisión de estudios, como ocurre en el presente caso, y como se lee en su artículo 89:

*"Los Oficiales, Suboficiales y alumnos de las Escuelas de Formación que sean destinados en comisión de estudios en el país o en el exterior, deberán prestar a la institución su servicio al término de esta por un tiempo mínimo igual al doble del lapso que hubiere permanecido en comisión.”*

Con base en esos antecedentes normativos, se aprecia que la institución cuenta con respaldo normativo para adoptar la decisión que se reprocha en este asunto, y no corresponde a un proceder arbitrario en la medida que se informó que la comisión de servicios de estudio culminó el 9 de julio de 2022, y su retiro de aquella se reconoció de manera anticipada en oficio del 10 de agosto.

Respecto de la comisión de estudio, ésta se reconoció en Resolución 006 del 12 de enero de 2022, allí se especifica que tiene una duración del 11 de enero al 11 de noviembre de 2022 (artículo 1°), y se condiciona a que los Oficiales allí enlistados deberán prestar sus servicios dentro del término previsto en el ya citado artículo 89 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que en oficio FAC-S-2022-152109-CI del 17 de agosto de 2022, dirigido a la Jefatura de

Relaciones Laborales, se amplió el concepto de retiro del actor, en el sentido de precisar que en vista que el Oficial había adelantado el 65% del curso, se efectuó una nueva proyección de los costos generados y se propone como nueva fecha de retiro el 15 de septiembre de 2023.

Dadas las pruebas allegadas y las manifestaciones efectuadas, se avizora que no existe vulneración de derecho fundamental alguno, ya que el obrar de la institución se rigió bajo el marco normativo aplicable, y que cuenta con respaldo en lo considerado por la H. Corte Constitucional en, entre otras, sentencia T-038 de 2015, al considerar que las limitaciones al derecho de libertad de escoger profesión u oficio se puede restringir en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, dada la naturaleza propia de la labor:

*"La libertad de escoger profesión u oficio se ve garantizada en la medida en que no se puede prohibir que una persona ejerza una actividad laboral lícita, y el individuo no puede ser obligado a permanecer en el ejercicio de un trabajo que no desea. No obstante, éste, como todos los derechos, no es absoluto. La decisión individual puede tener límites por la trascendencia colectiva o general que puede conllevar el ejercicio de determinadas labores, en especial si se trata de una actividad en la que se desarrollen fines del Estado. Sin embargo, tales limitaciones, dentro de un marco constitucional, deben ser razonables y proporcionales.*

*Una de las labores donde se da una particular restricción de la libertad de escoger profesión u oficio es en las Fuerzas Militares. Esto, en virtud de que las labores de ésta están "orientadas al mantenimiento del orden público interno, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y de los principios constitucionales, (Artículo 217 Inciso 2 C.P.)"[33] A juicio de la Corte, "si bien a los miembros de las Fuerza Pública se les reconocen las garantías consagradas en el artículo 28 Superior, (...) tales derechos pueden verse limitados por razones operativas propias del servicio, tal como ocurre en los casos donde se requiere el acuartelamiento obligatorio y la prolongación de su permanencia en filas sin que medie ningún tipo de consentimiento."*

Como consecuencia y en vista que no se demostró la amenaza o vulneración de derecho fundamental alguno, el amparo pretendido será negado, como quiera que la negativa a lo pretendido cuenta con pleno respaldo normativo y jurisprudencial.

Finalmente y respecto de los demás derechos fundamentales que se

invocan, es pertinente recalcar que debe haber algún soporte probatorio de cara a su exigibilidad, como quiera que si bien la tutela goza de informalidad para su trámite, no es menos cierto que el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio y no en las simples afirmaciones. Tal supuesto impone una carga en cabeza del accionante, como lo ha expuesto la sentencia T-571 de 2015:

*"En igual sentido, ha manifestado que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.*

*Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho".*

Por lo tanto, tampoco se impartirá orden alguna frente a los derechos a la dignidad humana, de petición y a la salud, máxime cuando tampoco se evidencia una situación de debilidad o urgencia manifiesta que sustente el eventual amparo de algún derecho fundamental invocado. Así mismo y en vista que carecen de competencia para, eventualmente, satisfacer las pretensiones incoadas, se desvinculará del trámite a la Nación – Ministerio de Defensa, a la Escuela Superior de Guerra – ESDEGUE, al Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., y a la Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez EMAVI.

#### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales incoados por Rafael Enrique Restrepo Rivera, quien

actúa por intermedio de apoderado judicial, conforme se expuso precedentemente.

**SEGUNDO:** **DESVINCULAR** del trámite a la Nación – Ministerio de Defensa, a la Escuela Superior de Guerra – ESDEGUE, al Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., y a la Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez EMAVI.

**TERCERO:** **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.

**CUARTO:** **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Juez,



**YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS**

ERBC