



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 24 de abril de 2019

Sentencia de tutela No. 040

Accionada: Policía Nacional

Accionante: Juan Carlos Pérez Mancilla

Derechos Invocados: petición – libre desarrollo de la personalidad – libertad para escoger profesión u oficio

Radicado: 110013335-017-2019-00136-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor Juan Carlos Pérez Mancilla, en nombre propio, contra la Policía Nacional por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales de: petición – libre desarrollo de la personalidad – libertad para escoger profesión u oficio; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

La acción. El señor Juan Carlos Pérez Mancilla mediante oficio con fecha de radicación 25 de febrero de 2019 dirigido al Director General de la Policía Nacional solicitó le fuera avalado su retiro voluntario del servicio activo de la institución, aduciendo cumplir con los requisitos para tal fin en aplicación de los “principios de analogía y favorabilidad” del artículo 1º del Decreto 1858 de 2012.

Derecho fundamental vulnerado. Considera que la Policía Nacional no ha dado respuesta a su solicitud vulnerando sus derechos fundamentales de petición, libre desarrollo de la personalidad y libertad para escoger profesión y oficio, por cuanto no es su deseo continuar como miembro activo de la Policía Nacional y la demora en la respuesta además menoscaba su tranquilidad personal y familiar.

Argumento de las autoridades accionadas. En el término de traslado, la Policía Nacional guardó silencio dentro del presente trámite procesal, tal y como quedó señalado en la constancia secretarial de fecha 12 de abril de 2019 visible a folio 19 del expediente.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes.

II. CONSIDERACIONES

Competencia. Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional como lo es la Policía Nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017.

Legitimación activa y pasiva. En cuanto a la legitimación por activa, el solicitante Juan Carlos Pérez Mancilla es persona natural que actúa en nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la omisión de respuesta de una petición por parte de una entidad de naturaleza pública del orden nacional, esto es la Policía Nacional (art. 13 del D. 2591 de 1991).

Procedibilidad de la acción de tutela.

Requisito de inmediatez. El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales

cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

*"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, **el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.** Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características"* (Resaltado por el Despacho).

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición".

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

*"El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, **la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que "... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros"** (Resaltado por el Despacho).*

De la jurisprudencia constitucional transcrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo o por el contrario, ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

Al respecto, el señor Juan Carlos Pérez Mancilla radicó petición de retiro voluntario del servicio activo el 25/02/2019 (fl.7), sin embargo a la fecha de radicación de la presente acción no le habían dado respuesta

alguna sobre tal solicitud. Ante esta situación el accionante, interpuso la presente acción de tutela el día 1º de abril de 2019 (fl.14), es decir, que entre la última actuación desplegada y la interposición del amparo constitucional transcurrieron algo más de un (2) mes, lapso razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

Es del caso señalar que el accionante allegó mediante correo electrónico escrito que le fue enviado a su e-mail el 3 de abril del año en curso suscrito por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional señalándole que su petición de retiro estaba en trámite y que una vez fuera expedido el acto administrativo le sería notificado en los términos del CPACA (fls.20-22).

Requisito de Subsidiariedad: En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

En relación con el derecho de petición la Corte Constitucional ha reiterado que la tutela es el mecanismo idóneo en tanto se trata de un derecho fundamental cuyo núcleo fundamental exige que la respuesta sea oportuna, clara, precisa y de fondo. Al respecto ha afirmado la Corte lo siguiente:

“De igual manera, por tratarse de un derecho con categoría fundamental, es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela. No obstante, para que el amparo proceda, no basta con afirmar que se elevó una petición, sino que debe haber prueba, siquiera sumaria, de la misma, es decir, que se cuente con algún tipo de herramienta que permita respaldar la afirmación, y por su parte, es la autoridad la que debe demostrar que dio respuesta oportuna, clara y de fondo a la solicitud.

En esa medida, es obligación del juez constitucional analizar los elementos obtenidos para verificar si efectivamente se está en presencia de una vulneración del derecho fundamental de petición. En otras palabras, si no se dio respuesta o si la misma no cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales con los que debe contar.”.

En el presente caso, respecto a la vulneración al derecho de petición, la acción procede como mecanismo principal en virtud de que el accionante radicó su petición de retiro voluntario ante la Policía Nacional sin que a la fecha de interposición de la acción se le hubiera expedido acto administrativo de respuesta de fondo a su solicitud, y pese a que una vez notificada la acción a la entidad esta emitió un oficio informando sobre el trámite adelantado con respecto a su retiro y que el acto administrativo estaba en trámite de revisión (fls.20-22) el mismo aún no le ha sido notificado al accionante.

III. ANÁLISIS DEL DESPACHO

Problema jurídico.

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos, se debe determinar si la Policía Nacional vulneró los derechos fundamentales de petición – libre desarrollo de la personalidad – libertad para escoger profesión u oficio del señor Juan Carlos Pérez Mancilla, al no contestar de fondo la petición elevada ante la Policía Nacional – Dirección General, mediante la cual solicitó el retiro por voluntad propia de la institución y el reconocimiento de los tres meses de alta con el fin de acceder a la asignación mensual de retiro.

Solución al problema jurídico.

¹ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T - 558 de 2012 del diecisiete (17) de julio de dos mil doce (2012), Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Referencia: expediente T-3.394.744, Accionante: Emmanuel Vargas Penagos, Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Antioquia. En el mismo sentido véase: Sentencia T - 035A de 2013 del veintiocho (28) de enero de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Referencia: expediente T-3.593.532, Acción de tutela instaurada por Edgar Alberto Castro Isaza contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS)

Considera el despacho que es procedente conceder el amparo solicitado por el accionante señor Juan Carlos Pérez Mancilla ordenándole a la Policía Nacional expida el acto administrativo motivado resolviendo sobre la solicitud de retiro por voluntad propia de la institución y el reconocimiento de los tres meses de alta con el fin de acceder a la asignación mensual de retiro, según corresponda en Derecho, en razón a que de conformidad con los términos previstos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 1755 de 2015, el término para dar respuesta a la fecha de la presente se encuentra vencido y sin una determinación clara y acorde a derecho sobre lo resuelto por la accionada, afectando el núcleo esencial del derecho de petición del accionante.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, el Despacho entrará a estudiar los siguientes temas: *i)* El derecho de petición y su núcleo fundamental; *ii)* El derecho a escoger profesión u oficio; *iii)* El derecho de retiro de miembros de las fuerzas militares; *iv)* De la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012; y finalmente abordar el *v)* caso concreto.

***i)* El derecho de petición y su núcleo fundamental**

El derecho de petición es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 23 y 74 de la Constitución Política, que sirve como un vehículo a través del cual los ciudadanos pueden relacionarse con las autoridades públicas o con organizaciones privadas. Su finalidad instrumental, tal y como lo establece el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (sustituido por la Ley 1755 de 2015), es la de permitir a las personas sujetas al poder del Estado, dirigirse a la administración con miras a *"solicitar el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, el suministro de información, el requerimiento de copias de documentos, la formulación de consultas, la presentación de quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos"*.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el núcleo esencial de este derecho en los siguientes términos:

*"El núcleo esencial de un derecho representa aquellos elementos intangibles que lo identifican y diferencian frente a otro derecho, los cuales no pueden ser intervenidos sin que se afecte la garantía. En el derecho de petición, la Corte ha indicado que su núcleo esencial se circunscribe a: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución; iii) respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión."*²

Así mismo, ha afirmado la Corte Constitucional³ que este derecho no exige que la respuesta de la administración tenga un determinado contenido; la administración tiene la potestad de responder a la petición, según su valoración de la situación, sujeto a los parámetros jurídicos que apliquen al caso. El hecho de que la respuesta no sea favorable al peticionario no implica una afectación al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta Política. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

*"El derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa"*⁴

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C - 951 de 2011 del cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014), Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, Referencia: Expediente PE-041, Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley número 65 de 2012 Senado y número 227 de 2013 Cámara "Por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." En el mismo sentido véase: Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T - 121 de 2014 del tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014), Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, Referencia: expediente T-4090138, Acción de tutela instaurada por Oscar García Quintero contra la Secretaria de Educación Departamental de Risaralda, el Fondo de Prestaciones del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A. (vinculada); Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T - 908 de 2014 del 26 de noviembre, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, Referencia: Expediente T-4 452 554, Accionante: María Nidia Gallo Calle, Accionado: Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas -UARIV-.

³ Ibidem.

⁴ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T - 146 de 2012 del dos (2) de marzo de dos mil doce (2012), Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Referencia: expediente T- 3.265.201, Acción de Tutela instaurada por Juan Manuel Torres Muñoz en representación de la Veeduría Ciudadana por Puerto Colombia contra Bancolombia S.A.

ii) El derecho a escoger profesión u oficio⁵

El caso sometido a estudio coincide en sus aspectos fundamentales con expedientes analizados previamente por la Corte Constitucional. Ello ha permitido a la Corte elaborar una línea jurisprudencial coherente acerca de los alcances del derecho de retiro de los servidores de la fuerza pública.

En primer lugar, la Corte ha reconocido que existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.), expresión del derecho fundamental a la libertad (art. 13 C.P.). En materia laboral estos derechos se manifiestan en la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26 C.P), que presenta dos facetas, una positiva y otra negativa. La dimensión positiva garantiza al individuo la libertad de escoger la actividad a la cual desea dedicarse y con la cual pretende garantizar su sustento. La dimensión negativa consiste en la garantía de no ser obligado a ejercer una profesión o un oficio específicos, la posibilidad de abandonar una actividad o de cambiar la forma en que se la realiza.

Sobre este particular, la Corte ha dicho:

"...la libertad de escoger profesión u oficio hace referencia a la garantía de la que goza todo ciudadano para elegir la actividad a la que ha de dedicarse. Comprende un sentido positivo y uno negativo, en la medida en que cualquier persona puede decidir en forma autónoma si ejerce o no una actividad lícita y, simultáneamente, tiene la certeza de que no será obligado a desempeñar una labor contra su propia voluntad de acuerdo con el principio de libre elección." (Sentencia T-1218 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Y en oportunidad pasada, la Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte había dicho:

"... [E]l derecho a la libre escogencia de profesión u oficio, comprende una doble garantía de ejercicio y protección: (i) Por su aspecto positivo, nadie puede impedirle a una persona el ejercicio de una actividad laboral lícita⁷ (ii) En su aspecto negativo, ninguna persona puede ser obligada a desempeñar una determinada actividad en contra de su voluntad y de su libre elección.⁸ Esta doble dimensión del derecho anotado, encuentra su justificación en la importancia que conlleva para el interés general y la proyección social del individuo, el ejercicio de las profesiones y oficios dentro de un Estado Social de Derecho. (Sentencia T-1094 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Ahora bien, la Corte Constitucional ha dicho que en la medida en que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que se ejercen en relación con los derechos de los demás, también la libertad de escogencia de profesión u oficio –en sus dos dimensiones– está sujeta a ciertos límites.

En relación con su dimensión positiva, el artículo 26 de la Carta indica que el legislador puede exigir títulos de idoneidad, lo que significa que el Estado está habilitado para garantizar que la profesión se ejerza en condiciones mínimas de calidad. En segundo término, tal como lo establece la propia Carta Fundamental, las autoridades tienen potestad de inspección y vigilancia respecto del ejercicio de las profesiones, lo que significa que la libertad está sujeta a las restricciones del interés común.

En cuanto al aspecto negativo de la garantía, la Corte ha dicho que el derecho a dejar de ejercer una profesión o un oficio o de modificar las condiciones en que se realizan debe evaluarse de conformidad con su calidad e impacto social. En efecto, la jurisprudencia constitucional sostiene que el ejercicio de una profesión o de un oficio tiene repercusiones sociales que afectan en grados diversos los intereses de la comunidad. Así, cada caso debe evaluarse de acuerdo con el impacto que dicha actividad genera en la sociedad y los perjuicios que una decisión autónoma podría traer al conglomerado. En esa lógica, la jurisprudencia sostiene que el derecho a modificar las condiciones de trabajo e, incluso, el derecho a renunciar a un trabajo pueden ser limitados por el legislador –con motivos razonables– cuando el trabajo de que se trata compromete directamente los intereses generales. Las restricciones disminuyen y, por tanto, resultan sospechosas, si el oficio o la profesión ejercida no implican un riesgo social o su ejercicio no afecta la estabilidad del interés común. La Corte ha dicho a este respecto que la posibilidad de modificar las

⁵ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-718/08 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA, Referencia: expediente T-1.869.981, Acción de tutela presentada por Carlos Andrés Suárez Amador en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

⁷ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-106 de 1993, T-881 de 2000, T-1094 de 2001 y T-457 de 2003.

⁸ Lo anterior, sin perjuicio de que el Estado, por mandato del artículo 26 superior, pueda mediante ley exigir títulos de idoneidad y requisitos para el ejercicio de ocupaciones, artes u oficios, que impliquen un riesgo social.

⁹ Ibidem.

condiciones de ejercicio de una profesión o un oficio se enmarcan en el concepto de *ius variandi*, o derecho del empleador de modificar o restringir las condiciones en que el particular o el servidor público ejercen la profesión o el oficio que libremente han escogido.

“Estas limitaciones se encuentran dentro del ámbito del ius variandi, es decir, dentro de la potestad legal que se le confiere al empleador público o privado para modificar de las condiciones de trabajo de sus empleados, observando ciertas restricciones, orientadas a proteger el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 26” (Sentencia T-1094 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Por ello, en cuanto a la potestad que ostenta el empleador de definir las condiciones de ejercicio de la labor del servidor público o del particular, la Corte Constitucional sostuvo:

“Ahora bien, en lo que toca con el ejercicio legítimo de esa facultad por parte de los empleadores públicos y privados -la de modificar razonablemente las condiciones laborales de sus trabajadores-, es menester distinguir dos situaciones concretas: i) Las relacionadas con actividades que no comportan el carácter de esenciales ni comprometen directamente funciones propias del Estado, evento en el cual el ejercicio del ius variandi es de aplicación restrictiva, y ii) Las relacionadas con actividades esenciales dentro del cumplimiento de los fines del Estado, caso en el cual el empleador goza de un mayor grado de discrecionalidad o flexibilidad para el ejercicio de esta potestad, precisamente, en razón de la naturaleza de tales actividades y del objetivo social que se persigue con el cumplimiento de las mismas”. (Sentencia T-1094 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

De las consideraciones anteriores se tiene entonces que a pesar de que el derecho a escoger profesión u oficio permite, en principio, que el individuo decida a qué actividad dedicar su fuerza productiva -pero también lo autoriza a modificarla o a darla por terminada según su decisión autónoma- dicha autonomía puede ser legítimamente limitada por el Estado cuando las necesidades públicas lo exijan, concretamente, cuando la actividad desplegada por el individuo afecte los intereses generales de la comunidad.

iii) El derecho de retiro de miembros de las fuerzas militares⁹

De acuerdo con lo que se dijo anteriormente, que la libertad de escoger profesión u oficio es un derecho sometido a reglas, que puede ser limitado por motivos razonables vinculados con el interés público, la Corte Constitucional ha señalado que en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, dichas restricciones pueden imponerse con mayor intensidad.

En efecto, el artículo 217 de la Constitución Política señala que las Fuerzas Militares tienen como fin el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar el orden público dentro del territorio nacional. Por ello, sus funciones se encuentran inmediatamente vinculadas con el interés general. La conservación del orden jurídico y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades y derechos de los asociados son valores que claramente involucran el bienestar de todos los habitantes del territorio¹⁰.

La citada norma Superior también establece que la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como sus ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros, y estén sometidas a un régimen especial de carrera y a regímenes especiales de prestaciones sociales y de responsabilidad disciplinaria.

En esa forma, la misma Constitución restringe los derechos de los miembros de la fuerza pública. A juicio de la Corte, *“si bien a los miembros de la 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.”*¹¹

⁹ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T – 038/15 de veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Referencia: expediente T-4518537, Acción de tutela presentada por el señor Julio César Castillo Castro, contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-718/08 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, Referencia: expediente T-1.869.981, Acción de tutela presentada por Carlos Andrés Suárez Amador en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

¹¹ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T- 1094 del diecisiete (17) de octubre dos mil uno (2001), Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, Referencia: expediente T-474647, Peticionario: Barón Hurtado Ricardo, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional y Fuerza Aérea Colombiana.

Ahora bien, en esa línea de regulación -acorde con la naturaleza y funciones de la Policía Nacional- el Decreto 1791 de 2000, por el cual se fija el régimen de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, señala en su artículo 56 que 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 requieran su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente".

Del contenido de la norma se tiene que el legislador limitó el derecho de retiro voluntario de la Policía Nacional al señalar que el mismo será viable siempre y cuando las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad del servicio lo permitan. La ley limitó así la garantía de la dimensión negativa del derecho a escoger libremente profesión u oficio porque condicionó la facultad de dejar de pertenecer a la Policía Nacional al miembro cuyo retiro podría derivar consecuencias desfavorables para la seguridad nacional o para el servicio mismo.

La Corte sintetizó así esta disposición normativa:

"Tienen derecho a la libertad personal y, por ende, a las garantías consagradas en el artículo 28 de la Constitución, pero están sometidos a las restricciones del acuartelamiento y a que su permanencia en las filas se prolongue, aún en contra de su voluntad. "...cuando medien razones de Seguridad Nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente..." (Art. 130 del Decreto 1211 de 1990. Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares). (Sentencia T-178/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Para la Corte¹² es claro que "... el conocimiento de la norma que limita la facultad unilateral de retiro por razones del servicio y de seguridad nacional es un presupuesto que, por estar consignado en la ley, debe considerarse conocido por todos aquellos que voluntariamente deciden vincularse a la Policía Nacional. En este sentido, no es legítimo alegar ignorancia de la norma que restringe el alcance de este derecho fundamental cuando se considera que el retiro puede hacerse por mera liberalidad del servidor público vinculado a la Policía."

Sin embargo, a pesar de que las normas referidas conceden un marco de discrecionalidad a la autoridad nominadora para establecer cuándo es posible autorizar un retiro voluntario, dicha facultad no puede derivar en arbitrariedad, y las razones por las cuales se niega el retiro de quien voluntariamente desea hacerlo deben fundarse en motivos ciertos, verificables y razonables.

En sentencia T-1094 de 2001¹³ la Corte se pronunció de la siguiente manera:

"Cabe destacar que la valoración efectuada para abstenerse de conceder el retiro inmediato del servicio se contrae, exclusivamente, a la existencia de "razones de seguridad nacional o especiales del servicio". Desde esta perspectiva, si bien la previsión normativa consagra el ejercicio de una potestad administrativa, al contener conceptos jurídicos indeterminados, su ejercicio no es del todo discrecional y debe corresponder a fines constitucionalmente admisibles, fundados en razones legítimas y proporcionadas, derivadas de la aplicación correcta del texto de la ley, buscando con ello garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales que resulten involucrados."

Y sobre el mismo particular, en sentencia T-1218 de 2003¹⁴ enfatizó:

"Ello significa imponer una carga argumentativa y probatoria a la autoridad castrense, que se explica al menos por dos razones: en primer lugar, porque tratándose de la restricción de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares es apenas razonable exigir una correspondencia entre los fundamentos

¹² Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-718/08 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA, Referencia: expediente T-1 869 981, Acción de tutela presentada por Carlos Andrés Suárez Amador en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

¹³ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T- 1094 del diecisiete (17) de octubre dos mil uno (2001), Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL, Referencia expediente T-474647, Peticionario Barón Hurtado Ricardo, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional y Fuerza Aérea Colombiana

¹⁴ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-1218/03 de once (11) de diciembre de dos mil tres (2003), Magistrado Ponente CLARA IJES VARGAS HERNÁNDEZ, Referencia expediente T-780429, Acción de tutela instaurada por Álvaro Pastrana Guevara contra el señor General Comandante de la Fuerza Aérea de Colombia

invocados y la realidad; y en segundo lugar, porque es la institución quien efectivamente dispone de la información suficiente para dar cuenta de los motivos que aduce cuando impide el retiro de sus miembros."

Visto lo anterior, se concluye que las limitaciones a la dimensión negativa del derecho a escoger libremente profesión u oficio son legítimas, y que en el caso de los miembros de la Policía Nacional dicha legitimidad depende de que verdaderamente concurren razones de seguridad nacional o especiales del servicio que impidan hacer efectiva la salida voluntaria del uniformado.

iv) De la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012

El 2 de abril de 2013, el señor Julio César Morales Salazar, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 «*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*», expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional y publicado en el Diario Oficial número 48545 de septiembre 6 de 2012.

Dentro del proceso se determinó la suspensión provisional del artículo demandado mediante Auto del 14 de julio de 2014.

Finalmente, con ponencia del H. Consejero CESAR PALOMINO CORTES de la Subsección B, dentro de la radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13), con fecha tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), se profirió sentencia que determinó declarar, con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional", expedido por el Gobierno Nacional: para lo cual expuso:

*"En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los **Decretos 1212 y 1213 de 1990**, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.*

Determinados entonces los límites materiales previstos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 que restringe el accionar del Gobierno Nacional al momento del ejercer la potestad reglamentaria ampliada para fijar el régimen de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, desemboca en un imperativo categórico establecer si con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se desconocieron, trasgredieron o vulneraron dichos confines normativos.

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicompreensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004: de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

(...)

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio."

(Subrayas y negrillas del Despacho)

v) Caso concreto.

En el caso bajo estudio, el accionante Juan Carlos Pérez Mancilla acreditó que radicó petición el 25 de febrero de 2019 ante la Policía Nacional – Dirección General, solicitando el retiro por voluntad propia de la institución y el reconocimiento de los tres meses de alta con el fin de acceder a la asignación mensual de retiro (fls.7-8).

El accionante igualmente probó dentro del trámite constitucional que con ocasión a la notificación de la acción de la referencia, la entidad demandada profirió el oficio S-2019-017896-DITAH/APROP-GRURE-1.10 de fecha 3 de abril de 2019, en el que le informó que con ocasión a la petición presentada por éste "se procedió a efectuar los trámites administrativos internos de conformidad con lo establecido en la GUÍA PARA LA GESTIÓN DE RETIROS DE LA POLICÍA NACIONAL. Código 2PP-GU-0002 de fecha 19 de septiembre de 2011, para que una vez se suscriba **el acto administrativo de retiro por solicitud propia por parte del señor Director General de la Policía Nacional, será enviado a su unidad actual para que se proceda a la notificación del mismo de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 de 2011.**"

Así mismo, comunicó que respecto de los tres meses de alta estos se reconocerían bajo los parámetros de la sentencia del 03/09/2018 proferida por el H. Consejo de Estado y que se remitiría la hoja de servicios a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional – CASUR, entidad autónoma e independiente, para efectos del posible el reconocimiento y pago de la asignación de retiro por ser la encargada de dicho trámite. A la comunicación adjunto oficio de envío de proyectos de resolución para concepto jurídico y posterior firma del Director General de la Policía Nacional, quien señala es el facultado para la toma de este tipo de decisiones de conformidad con lo señalado en el Decreto Ley 1791 de 2000 (fls.20-22).

A la fecha de la presente se destaca que no se aporta acto administrativo que resuelva de fondo según corresponda si concede o niega la petición de retiro por voluntad propia del servicio activo presentado por el accionante señor Juan Carlos Pérez Mancilla.

Como quiera que no existe una disposición especial que determine el tiempo exacto que tiene la administración para pronunciarse sobre la aceptación o no de la solicitud de retiro por voluntad propia de un miembro de la Fuerza Pública, hemos de remitirnos al artículo 14 del CAPACA sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015¹⁵, el cual señala:

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. *Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. *Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.*

2. *Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.*

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

En virtud del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política las personas podrán, entre otras, presentar peticiones, por lo cual, se reitera que el respeto al núcleo esencial del derecho de petición requiere que la administración dé una respuesta oportuna y de **fondo** a las peticiones de los particulares¹⁶ informándole en caso de, excepcionalmente, no ser posible dar respuesta en los términos de ley las razones de la tardanza y el plazo en el cual se resolverá¹⁷.

¹⁵ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia T – 350 de 2006 Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA VARGAS; T 147 de 2006 Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA VARGAS; T 114 de 2003 Magistrado Ponente: JAIME CORDOBA TRIVIÑO; T 970 de 2000 Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO; T 364 de 2004 Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-369/13 del veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente ALBERTO ROJAS RÍOS. Referencia: expediente T- 3823969. Acción de tutela instaurada por Omar Hernán Castaño Bueno contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

De la anterior disposición normativa se tiene que la Dirección General de la Policía Nacional debiendo hacerlo, ha llevado a cabo el procedimiento administrativo bajo los términos y lineamientos establecidos por la Constitución y la Ley, pues ante la imposibilidad de dar respuesta a la petición de retiro por voluntad propia del accionante envió comunicación informándole tal situación y el trámite que se debía surtir, sin embargo omitió señalar el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto¹⁸.

Ahora bien, aun cuando en razón a la tutela la Dirección de Talento Humano emitió una comunicación al demandante informándole sobre el trámite surtido con relación a su petición y el procedimiento subsiguiente respecto de lo pretendido, en la misma se observa que pese a ordenarlo el CPACA no se le informó al actor el término en el cual habrían de expedir la respuesta de fondo.

De esta forma, se evidencia que la conducta asumida por la entidad al no resolver de fondo lo que en derecho corresponda respecto de la petición del accionante, vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, lo que, resulta sin lugar a duda, contrario a los principios de eficiencia y celeridad que orientan la actuación administrativa, razón por la que este Despacho tutelaré el derecho referido, ordenando a la Dirección General de la Policía Nacional proferir el acto administrativo que en derecho corresponda resolviendo de forma clara, congruente, oportuna y de fondo la petición de retiro por voluntad propia presentada por el señor Juan Carlos Pérez Mancilla el 25 de febrero de 2019, en un término no mayor a cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental de **PETICIÓN** del accionante **JUAN CARLOS PÉREZ MANCILLA**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL**, o quién haga sus veces, que una vez se le notifique este fallo en un término no mayor a **CINCO (5) DÍAS**, proceda a proferir el acto administrativo que en derecho corresponda resolviendo de forma clara, oportuna y de fondo la petición de retiro por voluntad propia presentada el 25 de febrero de 2019 por el señor Juan Carlos Pérez Mancilla identificado con la cédula de ciudadanía No.13.723.409 de Bucaramanga.

TERCERO.- REQUERIR a la accionada Dirección General de la Policía Nacional para que remita a este Despacho copia del acto administrativo con su respectiva constancia de notificación a la accionante, a fin de verificar el cumplimiento de la orden impartida en el numeral segundo de este proveído.

CUARTO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVIÉSE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez