



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA
Girardota- Antioquia, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID
Accionado :	FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA EJERCITO NACIONAL
Vinculados:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL CORONEL WILLIAM ALFONSO CHAVES VARGAS DIRECTOR DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL MAYOR MAURICIO OSORIO VILLADA COMÁNDATE GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO BRIGADIER GENERAL JUVENAL DÍAZ MATEUS COMANDANTE CUARTA BRIGADA
Radicado:	05308-31-03-001-2022-00259-00
Sentencia:	G- 121 Tutela 72

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, en la oportunidad legal correspondiente, procede este Despacho a proferir la sentencia que resuelva, en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por **HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID** contra las **FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA EJERCITO NACIONAL** y en la que fueran vinculados el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, el CORONEL WILLIAM ALFONSO CHAVES VARGAS DIRECTOR DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL, el MAYOR MAURICIO OSORIO VILLADA COMÁNDATE GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO y el BRIGADIER GENERAL JUVENAL DÍAZ MATEUS COMANDANTE CUARTA BRIGADA.

2. ANTECEDENTES

2.1. De los hechos y pretensiones de la tutela

HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID actuando a nombre propio, promovió acción de tutela en la que reclama la protección de sus derechos fundamentales, al debido proceso, a la presunción de inocencia, al trabajo y al mínimo vital.

Fundamentó la acción en los siguientes hechos relevantes:

Manifiesta el accionante que es soldado profesional del Ejército Nacional, desde el año 2008 hasta el 13 de agosto de 2022, cuando fue notificado de Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 expedida el 1 de agosto de 2022 por el Director de Personal con Encargo de Funciones de Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, que lo retiró del servicio activo por decisión del Comandante de la Fuerza.

Señala que dicho acto administrativo se sustenta en la pérdida de la confianza en virtud del informe presentado el 04 de abril de 2022 por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2022, que esta causal es violatoria de sus derechos fundamentales, pues en primera medida, no conoció el informe del 18 de febrero de 2022, que narra los hechos ocurridos el 17 de febrero de 2022, que en segunda medida, no existe o no

tiene conocimiento del concepto o recomendación emitido por la junta o comité de evaluación.

Extraña que la segunda razón expuesta en el OAP No. 1817, se señala que el informe del 18 de febrero de 2022 hace referencia a los hechos sucedidos el 28 de marzo de 2022, es decir, hace referencia a unos hechos ocurridos un mes después del informe, lo que demostraría que dicho informe no fue realizado en la fecha que se alega.

Afirma que por los hechos acontecidos el 28 de marzo de 2022, se adelanta proceso penal en su contra, en el cual fue ordenada la medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia y resalta que cuando se dio su captura en flagrancia no se encontraba realizando actos del servicio como lo manifiesta el Sargento Viceprimero Cabrera Patiño.

Señala que, en cuanto a la investigación disciplinaria, no se le ha solicitado dar su versión de los hechos, que dicho proceso se ha iniciado sin tener certeza de los hechos, pues la apertura de la indagación se realizó el 05 de abril de 2022 y las declaraciones se realizaron el 22 de agosto del mismo año.

Finaliza señalando que convive con su compañera permanente, con la que tiene una niña de seis años, indica que por padecimientos de salud su compañera permanente debe permanecer conectada a oxígeno durante las 24 horas del día, lo que impide se desempeñe laboralmente, por lo que él es el sustento económico de su familia, que con su sustento como soldado profesional provee la alimentación, el arriendo, los servicios públicos y la educación, por lo que no poder contar con esos ingresos no puede satisfacer las necesidades básicas de su hogar que se encuentra conformado por dos personas de especial protección.

Así, concreta sus pretensiones:

- Se tutelen los derechos constitucionales y fundamentales vulnerados y en consecuencia se declare la nulidad de la Orden Administrativa de Personal - OAP No. 1817 expedida el 1 de agosto de 2022 por medio de la cual lo retiró del servicio activo, en consecuencia, se ordene el reintegro con el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir.

2.2. Trámite y Réplica

La acción de tutela fue admitida por auto del pasado 11 de octubre de 2022, providencia en la que se dispuso vincular el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, el CORONEL WILLIAM ALFONSO CHAVES VARGAS DIRECTOR DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL, el MAYOR MAURICIO OSORIO VILLADA COMÁNDANTE GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO y el BRIGADIER GENERAL JUVENAL DÍAZ MATEUS COMANDANTE CUARTA BRIGADA y se ordenó notificar a la accionada y los vinculados, concediéndoles el término perentorio de 2 días para que allegaran el escrito de respuesta, so pena de que se derivara en su contra la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

2.2.1. Respuesta del GRUPO GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO:

Mauricio Osorio Villada en calidad de comandante del Grupo GAULA Militar Oriente Antioqueño dio respuesta a la acción constitucional indicando que el señor HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID fue retirado del servicio activo en forma absoluta por decisión del comandante de la Fuerza mediante Orden Administrativa de Personal N° 1817 del 1° de agosto de 2022, con novedad fiscal del 10 de agosto de 2022, decisión que fue notificada en el domicilio del accionante el 12 de agosto de 2022, por contar con medida de aseguramiento privativa de la libertad en su residencia mientras se adelanta proceso penal en su contra.

Respecto al retiro del servicio traen a colación los artículos 7 y 8 del Decreto Ley 1793 de 2000 que indican que el retiro absoluto del servicio se puede presentar por decisión del Comandante de la Fuerza.

Indica que la Orden Administrativa de Personal como acto administrativo puede ser controvertida a través de los medios de control respectivos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no por la vía de la acción de tutela, razón por la cual, solicita se declare improcedente la misma.

2.2.2. La respuesta de la CUARTA BRIGADA DEL EJÉRCITO NACIONAL

El Coronel JOSÉ EDILBERTO LESMES BELTRÁN Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante de la Cuarta Brigada indica en su respuesta a la acción constitucional que el hecho de que un soldado profesional o cualquier oficial o suboficial tenga consignadas felicitaciones en su folio disciplinario o de vida, y careza de sanciones disciplinarias o penales con antelación a su retiro, no le dan fuero de estabilidad en su cargo. Manifiesta que, en lo concerniente a los miembros de la fuerza pública, especialmente en lo tocante con los efectivos de las fuerzas militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), el factor determinante para la permanencia en la Institución es que el funcionario conserve y aplique en su vida militar y personal valores como la ética, la moral, lealtad, confianza y respeto por la población civil, esto en razón a las funciones que ejercen como garantes de la seguridad y la soberanía nacional, y en que ejercen el monopolio de las armas en representación del Estado, de ahí que sus calidades personales y profesionales sean las mayores para la correcta aplicación del uso de la fuerza en debida forma.

Arguye que la falta de confianza, razonable, esto es, basada en situaciones objetivas que sugieran la falta de idoneidad y lealtad en el funcionario, hace posible que se acuda a la figura del retiro discrecional para garantizar la transparencia y efectividad del servicio, apartando del cargo a personas que como en el caso de marras, ponen en peligro no sólo el cumplimiento de las funciones constitucionales asignadas, si no la integridad de los miembros de la Fuerza.

Indica que no es cierto que para el retiro absoluto del servicio activo de un soldado profesional sea necesaria la previa elaboración de concepto o recomendación de la Junta o Comité de Evaluación, pues ello es exclusivo de los funcionarios de carrera, como lo son el personal de oficiales y suboficiales.

Trae a colación el Decreto 1793 de 2000 que en su artículo 13 establece que cuando el retiro se produce por decisión del Comandante de la Fuerza, requiere de la solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa de donde sea orgánico el funcionario. Hace énfasis que este trámite es diferente al consagrado al retiro discrecional del Decreto 1790 de 2000 pues este trata de oficiales y suboficiales.

Aclara que la solicitud del demandante es una pretensión natural al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para desvirtuar la legalidad de dicho acto y regresar al Ejército Nacional, sin solución de continuidad salarial y prestacional; el medio de control está consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además que no logra probar un perjuicio irremediable y solicita se declare la improcedencia de la acción constitucional.

2.3. Problema Jurídico

Atendiendo a las pretensiones contenidas en el escrito tutelar y a los hechos en los cuales se sustenta la protección iusfundamental que se reclama por el accionante, corresponde a este despacho determinar si las actuaciones u omisiones de las accionadas en la presente acción, son violatorias o amenazantes de los derechos fundamentales a al debido proceso, a la presunción de inocencia, al trabajo y al mínimo vital y si es procedente la acción de tutela para proteger dichos derechos.

Para efectos de la decisión que debe emitir este Despacho, se precisan las siguientes,

3. CONSIDERACIONES

3.1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela constituye uno de los más importantes mecanismos de garantía de los derechos constitucionales fundamentales al alcance de toda persona para la defensa de los derechos de carácter fundamental, siempre que hayan sido violentados o amenazados por una autoridad pública y por los particulares, en los eventos expresamente autorizados en el art. 86 de la C.N., y se orienta, en esencia, a la garantía y protección de estos derechos mediante la aplicación directa de la Constitución, a través de un procedimiento expedito y sumario.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

Respecto al tema de la subsidiariedad la Corte Constitucional en sentencia T-342 del 14 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se indicó:

“2.1.1. Cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez.

De acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación¹, la tutela tiene un carácter subsidiario porque existe la necesidad de que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, “(...) dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria.”²
(...)

2.1.1.1. Del requisito de subsidiariedad

El principio de subsidiaridad está consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, que establece que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En este orden de ideas, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten más eficaces para la protección reclamada, se debe recurrir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela, razón por la cual esta acción no

¹ Ver las sentencias T-449/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-300/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

² Sentencia T-313 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

puede desplazar los mecanismos específicos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.³

Por tanto, cuando una persona acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico.⁴ Lo anterior por cuanto la tutela no es un mecanismo alternativo que reemplace los procesos judiciales o adopte decisiones paralelas a la del funcionario que está conociendo de un determinado asunto radicado bajo su responsabilidad.

En consecuencia, ha entendido esta Corporación que *"(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo."*⁵

3.2. Requisitos para que se configure un perjuicio irremediable.

Ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia T-953 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, que:

"el perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética (...)

Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud (...)

No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo anterior, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable

³ Sentencia T-680 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ En Sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: "En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones."

⁵ Sentencia T-406 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

3.3 De la confianza en los miembros de las Fuerzas Militares

Ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia T-758 de 2013, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, , que:

Para la Sala, los soldados profesionales habida consideración de su delicada misión de ejecutores de operaciones militares, para la conservación y restablecimiento del orden público, están en una especial situación que presupone un altísimo grado de confianza en el cumplimiento de sus deberes. En Colombia, la frecuente afectación del orden público, exige de sus directos guardianes las más excelsas calidades. Por ende, la evidencia de cualquier tacha sobre su idoneidad o pulcritud profesional, no solamente puede comprometer a la institución armada, sino a la estabilidad del Estado mismo. No pocas de las misiones llevadas a cabo en el teatro de operaciones, comprometen la vida e integridad de los miembros del grupo armado, con lo cual, el nivel de responsabilidad y compromiso requerido, no es el ordinario de cualquier servidor público.

En tales circunstancias, los comandantes deben contar con un instrumento jurídico que les permita subsanar, a la mayor brevedad posible, las dificultades derivadas de subalternos cuya condición se torne en obstáculo para el logro de los cometidos constitucionales referidos. No es un secreto, que, infortunadamente miembros de la institución se han visto involucrados en hechos reprobables como ejecuciones extrajudiciales encaminadas a presentarse como logros del quehacer militar. Tampoco es un secreto que miembros de la institución son objeto de investigación en la Justicia Penal Militar o en la jurisdicción ordinaria, en razón de la comisión de conductas punibles que deterioran la imagen del cuerpo armado frente a la opinión pública, comprometiendo con frecuencia la responsabilidad patrimonial del Estado. El retiro discrecional se ofrece como el mecanismo adecuado para atender con prontitud la necesidad de separar del grupo a aquellas personas cuya conducta no se corresponde con las condiciones propias de quien debe velar por la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia acopiada en el capítulo 5 del presente proveído, la facultad discrecional, no es un poder omnímodo, se trata de una prerrogativa que debe orientarse a los fines establecidos en la Carta Política, de un lado, los específicos establecidos en el inciso 2º del artículo 217 y, de otro, los generales consagrados en el artículo 2º del referido Texto Superior; ello sin perjuicio de los que legítimamente pueda el principio democrático, en desarrollo de la Constitución, establecer.

3.4. Del debido proceso administrativo

Con relación a este tema, el Alto Tribunal señaló, en la sentencia –T-051 de 2016- que “desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente”.

Es así que entre las garantías inherentes al debido proceso administrativo, destaca, las siguientes:

“(i)ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

3.2.5. Procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos

La regla general es que la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como lo sentó la Corte constitucional en sentencia T-030 de 2015, al dejar establecido:

“...en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, el artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela: “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante...”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Así las cosas, la Corte ha expuesto que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Ahora bien, otro tanto ocurre frente a los actos administrativos de trámite, esto es, aquellos que “no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.”. Ante este tipo de actos administrativos, la Corte ha señalado que por regla general no son susceptibles de acción de tutela ya que “se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal”. No obstante, en virtud de que pueden verse afectados derechos fundamentales, la Corte ha considerado que contra los actos de trámite es posible la procedencia excepcional de la acción de tutela “cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.”

Así, la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que, en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

3.3. De los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

El Debido Proceso: Se consagra internacionalmente en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, indicando, que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.”

Así mismo, la Constitución Política de Colombia preceptúa en el artículo 29, que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Agrega que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.

El derecho a la defensa. Como es sabido, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La Corte Constitucional se ha referido a este derecho, señalando que “lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia”.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca

“impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.

Es claro que el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa.

El derecho a la familia: la Corte Constitucional ha reconocido el artículo 15 de la Carta como **fundamento directo de la protección a la unidad familiar**. Al respecto, ver sentencia T-714 de 2016, en la cual, la Corte manifiesta que “La protección a la unidad familiar encuentra fundamento directo en la propia Carta Política, en particular: (i) en el artículo 15, que reconoce la inviolabilidad de la intimidad de la familia, (ii) en el artículo 42, que prevé directamente la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; y, especialmente, (iii) en el artículo 44, que consagra expresamente el derecho de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”.

Derechos fundamentales de los niños : Constitución Política, Artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y **proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos**. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

4. EL CASO CONCRETO

Conforme ha quedado expuesto, la pretensión que esgrime la parte accionante por vía de esta acción constitucional se concreta en que se le brinde protección al derecho fundamental constitucional al debido proceso y con él, se le materialicen los de presunción de inocencia, en conexidad con el derecho al trabajo y al mínimo vital, que según dice, le han sido vulnerados por el Director de Personal con Encargo de Funciones de Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, con la expedición de la Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 del 1º de agosto de 2022, que lo retiró del servicio activo por decisión del Comandante de la Fuerza, pues considera que al sustentar dicho administrativo en la pérdida de la confianza es violatoria de sus derechos fundamentales, que además, no existe o no tiene conocimiento del concepto o recomendación emitido por la junta o comité de evaluación, requisito indispensable para el retiro definitivo, conforme el Decreto 1790 de 2000.

Bajo el contexto fáctico y jurídico que ofrece el presente caso, es importante indicar que, como atrás ya se advirtió, en el marco de las acciones de tutela dirigidas contra actos administrativos, como en este asunto lo es, la Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 del 1º de agosto de 2022, dicho mecanismo no puede utilizarse para lograr la intervención del juez constitucional a fin de sustituir o suplir la facultad legal y constitucional del Ejército Nacional, de decidir sobre las decisiones

de retiro discrecional de los soldados profesionales, a menos que se aprecie una decisión caprichosa, o arbitraria o abiertamente ilegal, que habilite la intervención del juez constitucional. Debe decirse, además, que los actos administrativos como el que hoy nos convoca gozan de la presunción de acierto y legalidad.

De los elementos probatorios arribados al expediente, se tiene que el actor, no se encuentra en estado de indefensión ni de minusvalía que le impidan reclamar la protección a sus derechos mediante los mecanismos judiciales o administrativos idóneos establecidos para ello, como sería el de acudir en proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, incluso con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto.

No obstante ello, no se verifica por este Despacho, una vulneración flagrante y evidente del derecho al debido proceso, pues revisado con detenimiento el material probatorio aportado, en especial el acto administrativo N°1817 del 1° de agosto de 2022, mediante el cual se ordenó el retiro del servicio activo del señor HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID, se verifica que para sustentarlo se consideró lo siguiente:

- El Decreto 1793 de 2000 mediante el cual se expide el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, más específicamente en el artículo 7 y numeral 2, literal b del artículo 8 de ese estatuto.
- Los hechos ocurridos el 17 de febrero de 2022 y el 28 de marzo del mismo año.
- Realiza análisis de la pérdida de la confianza conforme los hechos acontecidos ese 17 de febrero y 28 de marzo ambos de 2022.

En este orden de ideas, encuentra el Despacho que la Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 del 1° de agosto de 2022, no luce arbitraria o infundada, toda vez que se sustenta en un fundamento legal como lo es el Decreto 1793 de 2000, en hechos presuntamente ocurridos conforme los informes presentados por Comandante Gaula Militar Oriente Antioqueño y realiza análisis de la pérdida de la confianza conforme los presuntos hechos, observándose un acto administrativo razonable, motivado y sustentado. Sumado a lo anterior, se realiza notificación personal de dicho acto administrativo el 13 de agosto de 2022, conforme lo expresa el accionante.

De otra parte, y en cuanto a la no existencia del concepto o recomendación emitido por la junta o comité de evaluación, como requisito indispensable para el retiro definitivo, conforme el Decreto 1790 de 2000, se tiene que dicho decreto regula las normas de carrera del personal de **oficiales y suboficiales** de las Fuerzas Militares, el cual no es su caso, pues su cargo es soldado profesional, cargo al que le es aplicable Decreto 1793 de 2000, mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de **Soldados Profesionales** de las Fuerzas Militares.

Y no puede perderse de vista que dicho estatuto establece que por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva, cosa que ocurrió en el presente caso, pues como ya indicó la Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 fue expedida por el Director de Personal con Encargo de Funciones de Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, por apoyo y solicitud del Comandante de la Cuarta Brigada, y en ocasión al informe presentado por Comandante Gaula Militar Oriente Antioqueño, dando así cumplimiento a lo exigido en el ya mencionado Decreto 1793 de 2000.

En consecuencia, no se verifica por este despacho, una vulneración flagrante y evidente del derecho al debido proceso del accionante con la Orden Administrativa de Personal -OAP No. 1817 del 1° de agosto de 2022.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO DE PROCESOS LABORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley;

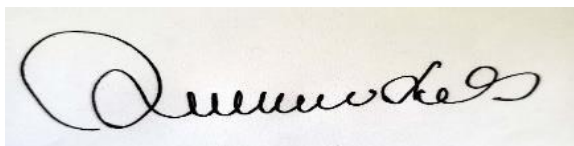
FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no vulnerados los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso del señor **HUBER ARLEY ÁLVAREZ CADAVID** dentro de la acción de tutela que promueve en contra de las **FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA EJERCITO NACIONAL**.

SEGUNDO. DESVINCULAR del presente trámite al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, al CORONEL WILLIAM ALFONSO CHAVES VARGAS DIRECTOR DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL, al MAYOR MAURICIO OSORIO VILLADA COMÁNDANTE GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO y al BRIGADIER GENERAL JUVENAL DÍAZ MATEUS COMANDANTE CUARTA BRIGADA.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión conforme a lo normado por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndole que frente a la presente procede el recurso de impugnación dentro de los tres (03) días siguientes a la comunicación.

CUARTO: Si no fuere impugnado este proveído dentro de la oportunidad legal se ordena su remisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).



DIANA MILENA SABOGAL OSPINA
JUEZA