

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara los derechos a la familia, de los menores, el trabajo y el debido proceso / VULNERACIÓN AL DERECHO A LA FAMILIA Y DE LOS MENORES - Por negativa a conceder el traslado y los permisos para estar con su núcleo familiar y con su hija menor / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Por retiro injustificado aduciendo inasistencia a la prestación del servicio / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO - Por retiro injustificado ante la negativa de darle acuso de recibo y trámite a las incapacidades oportunamente comunicadas / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Por situación de debilidad manifiesta / REUBICACIÓN DE SOLDADOS PROFESIONALES - Por disminución de su capacidad psicofísica para prestar el servicio / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Ordena compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación

[D]e las pruebas allegadas al proceso se observan tres incapacidades por psiquiatría del accionante: la primera (...) por treinta (30) días, la segunda (...), por sesenta (60) días, y la última (...), también por sesenta (60) días; (...), también consta en el expediente que el [actor] es padre de una menor de edad [N.O.V] que presenta problemas de comportamiento y bajas notas en el colegio debido a la ausencia de él, situación que fue puesta en conocimiento del teniente coronel a su cargo, [M.G.M], quien de forma injustificada hizo caso omiso a las solicitudes de permiso y de traslado a la ciudad de Bogotá, como se encuentra debidamente probado en este proceso, lo cual se constituye en una actuación abiertamente contraria a los derechos a la familia y a los menores. En otros términos, está acreditado que la actuación injustificada del teniente coronel [M.G.M] ocasionó la vulneración de los derechos a la familia y de la menor, hecho que censura esta Sala pues reiteradamente ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, con base en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que las Instituciones, cualquiera sea su naturaleza, deben garantizar la protección de dichos derechos. En ese sentido y toda vez que en el expediente existen suficientes pruebas sobre la conducta abiertamente transgresora del teniente coronel [M.G.M], de los derechos como la familia, los derechos fundamentales de los menores, el trabajo y el debido proceso, se remitirán copias a la Procuraduría General de la Nación para que abra la correspondiente investigación disciplinaria de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002. En conclusión, se modificará el numeral segundo de la providencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el sentido de ordenar el reintegro inmediato del [accionante] al servicio del Ejército Nacional, pero no al Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento (...), en el que se encontraba antes de su retiro, como lo había dispuesto el a quo, sino a una unidad militar en la ciudad de Bogotá que le permita estar cerca de su hija menor y preservar su derecho a la familia y los derechos fundamentales de los menores. Además se deberá reintegrar a un puesto administrativo dadas sus condiciones psicofísicas actuales. Del mismo modo se enviarán copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación para que abra investigación disciplinaria en contra del coronel [M.G.M] quien, se reitera, en un claro desconocimiento de los preceptos constitucionales que dan fundamento a nuestro Estado Social de Derecho, vulneró los derechos fundamentales del accionante y de su hija menor, aunado a que constan documentos en los que se señala que discriminó a un integrante de su batallón por su condición afrodescendiente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 15 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 42 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA -

ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 217 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ARTÍCULO 3 / DECRETO 1382 DE 2000 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 7 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 8 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 9 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 8 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 10 / DECRETO 1793 DE 2000 - ARTÍCULO 7 / DECRETO 1793 DE 2000 - ARTÍCULO 8 LITERAL B NUMERAL 1 / DECRETO 1793 DE 2000 - ARTÍCULO 12 / LEY 734 DE 2000

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la procedencia de la acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada de las personas en una situación de debilidad manifiesta, ver: Corte Constitucional, Sentencia T-434 del 7 de mayo de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia T-576 del 14 de octubre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-345 del 5 de junio de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En cuanto a la protección del derecho fundamental a la unidad familiar, ver: Corte Constitucional, sentencia T-527 del 5 de agosto de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, sentencia T-502 del 30 de junio de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia T-572 del 26 de agosto de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales que consagran a los niños como sujetos de especial protección constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, ver: Corte Constitucional, sentencia T-884 del 24 de noviembre de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-33-000-2017-00349-01(AC)

Actor: MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL
DE COLOMBIA**

La Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide la impugnación formulada por la parte accionante en contra de la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió parcialmente a las pretensiones de la acción.

I. ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES¹

MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO, en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-Comando Batallón de Instrucción y Reentrenamiento «Fray Mariano Garnica y D'Orjuela» Biter N° 4, Comando de Personal (COPER) y la Inspección General del Ejército Nacional, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, debido proceso, estabilidad reforzada y los derechos de los menores de edad. En consecuencia, solicitó:

- « Si a bien lo tiene su señoría dentro de su autonomía, ordenar en derecho a protección de mi núcleo familiar, ponderando para ello el interés superior de mi hija menor de edad y en virtud de ello, que se me conceda el cambio a una Unidad Militar en Bogotá por acercamiento familiar, por cobertura integral en el tratamiento que se me está brindando por las especialidades de psiquiatría (Incapacidad de 90 días vigente por Trastorno de Ansiedad no especificado F 41.9), complementado por el seguimiento psicoterapéutico que nos viene haciendo como grupo familiar el área de Psicología de la Dirección de Familia y el procedimiento ordenado por la especialidad de cardiología que aún no ha podido dar su diagnóstico por requerir exámenes complementarios más avanzados.
- Ordenar mi inclusión al PROGRAMA DE CAPACITACIÓN PARA RETIRO ASISTIDO por cuanto estoy pasado en un año del tiempo requerido para iniciar el proceso (17 años), para lo cual se debe tener en cuenta que el BITER N° 4 se encuentra ubicado en una apartada zona rural, por lo tanto se debe tener en cuenta ese factor para apoyar mi traslado con acercamiento familiar.
- Ordenar mi cambio de Unidad por cuanto la conducta de mi Comandante, el señor TC. GRAJALES MOTTA MILTON no es adecuada al deber ser de un oficial superior y su patológica conducta pone en riesgo la integridad física de ambos, sin pasar por alto la afectación psicológica que me ha generado en conjunto con mi núcleo familiar por la amenaza de retiro de la institución.
- En caso de Notificación de baja dentro del trámite de la presente acción constitucional, ruego a su señoría ponderar lo expuesto para ordenar mi reintegro a la institución con carácter definitivo.
- Ordenar a la Dirección de Sanidad por conducto del Comando de Personal Ejército, llevar a cabo una VALORACIÓN PSIQUIÁTRICA a mi Teniente Coronel MILTON GRAJALES MOTTA, teniendo en cuenta para dicha valoración los antecedentes y las denuncias de la doctora MANUELA MERTÍNEZ VÉLEZ (Cel.: 301-6582727) y de mi Sargento Primero JOSÉ HURTADO ARBOLEDA (Cel.: 311-5090122) ante el Comando de la IV BRIGADA en Medellín, y de manera excepcional y complementaria, se le ordene la práctica de una PRUEBA TOXICOLÓGICA en sangre y orina que permita descartar o confirmar el uso habitual de sustancias estupefacientes (psicoactivas) que puedan ser el motivo por el cual ha perdido el control de sí mismo de manera tan irracional, cabe precisar que si a los deportistas de

¹ Folio 4 del cuaderno principal.

alto rendimiento que no manipulan armas se les ha impuesto la obligación de practicarse pruebas anti dopaje, el Ministerio de Defensa Nacional está en mora de implementarlas con mayor justificación al interior de las tres Fuerzas, porque ya es un secreto a voces el alto número de personal uniformado adicto a sustancias estupefacientes, con los consabidos riesgos, lo peor de todo es que no hay distinción de grado, porque lo vemos entre el personal de Soldados, Suboficiales y Oficiales, siendo esa la triste historia de muchos de los miembros de la Brigada Móvil N° 3 que fue arrasada años atrás por las FARG en El Billar Caquetá, adictos en su mayoría que al momento de la emboscada, según cuentan algunos sobrevivientes, su mente obnubilada los llevó a tomar malas decisiones y meterse en el centro de la misma. De esta manera se sentaría un precedente dejando la puerta abierta para que en caso de salir positiva la prueba toxicológica que se le practique a mi Coronel, se estandarice la misma y sea extensiva a todo el personal militar y de policía en Colombia.»²

1.2.- HECHOS³

El accionante mencionó como fundamento fáctico de la acción, los siguientes:

Ha estado vinculado al Ejército Nacional como soldado profesional por 17 años, 11 meses y 6 días, tiempo durante el cual no ha presentado sanciones, suspensiones, ni anotaciones disciplinarias.

Dada su antigüedad en esa Institución actualmente es instructor principal de la materia supervivencia en el Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento «Fray Mariano Garnica y D'Orjuela» (Biter N° 4), ubicado en el corregimiento de Llanos de Cuivá en el municipio de Yarumal (Antioquia).

Hace dos años conoció de la situación inhumana en la que se encontraba su hija NATALIA ANDREA OROZCO VILLEGAS que vivía con su madre, quien no le brindaba el cuidado adecuado. Aunado a la convivencia con la pareja sentimental de su progenitora, lo cual vio como un riesgo para la adolescente.

Sin que la madre objetara, se llevó a su hija a vivir con él y su esposa en la ciudad de Bogotá, sin embargo, por su trabajo en Antioquia no ha tenido tiempo para compartir con ella, lo mismo sucede con su cónyuge que trabaja como ingeniera electrónica y alterna su labor con la docencia universitaria en horas de la noche, de modo que debe quedarse con sus suegros que residen en la casa contigua.

² Folio 12 del expediente.

³ Folios 1 a 4 del expediente.

La menor ha empezado a somatizar su ausencia al mostrar muestras de rebeldía y bajo rendimiento escolar motivo por el cual empezó a recibir requerimientos del Colegio Rafael Nuñez para que se presentara personalmente con carácter urgente.

Ante dicha calamidad familiar, solicitó un permiso a su Coronel TC Milton Grajales Motta, pero éste de forma intransigente le dijo que no, pero que si quería, con el mayor gusto le tramitaba la baja, aun cuando conoce que le faltan 2 años y 1 mes para recibir la pensión por tiempo de servicio.

Una vez agotado el conducto regular, buscó como alternativa la opción de un cambio directo con el soldado profesional Jorge Iván Holguín Oquendo, quien pertenece a la Escuela de Entrenamiento y Reentrenamiento y cuenta con el apoyo del comandante de esa Unidad, pero su coronel le respondió de manera impersonal que «no está en mi potestad, no apoyo».

Negadas sus solicitudes de permiso y de cambio directo, su esposa ofició a la Dirección de Familia y Bienestar en consideración al seguimiento psicoterapéutico que le hacen al núcleo familiar desde hace varios meses, no obstante, ninguna de estas Entidades hizo una valoración integral de su situación, simplemente se limitaron a manifestar que sin el apoyo del comandante no era viable el traslado a otra Unidad.

El 13 de octubre de 2016, por el desespero y el sentimiento de impotencia le pidió a su coronel que le autorizara renunciar a un mes de sueldo a cambio de obtener un permiso para resolver sus problemas familiares, pero no fue avalada su pretensión.

En razón a lo anterior, al día siguiente le solicitó a su coronel conducto regular para dirigirse a su general para exponer su situación, sin embargo, tampoco accedió, de modo que tomó la determinación de salir del Batallón y anotar en el libro de guardia el motivo por el que salía, pero no pudo hacerlo porque el coronel dio la orden que no se le permitiera.

En esas condiciones se fue rumbo a Medellín para luego ir en un bus a Bogotá a pasar el fin de semana con su hija y conversar con ella sobre los motivos de su rebeldía y bajo rendimiento escolar, luego de ello, asistir al Colegio por la citación

que se le hizo.

El 19 de octubre de 2016, regresó al Batallón, pero al momento de llegar frente a la guardia recordó los malos tratos de su coronel con él, con un compañero por ser afrodescendiente y el suicidio de un soldado regular de su estafeta que se ahorcó por los atropellos que sufrió.

Gracias al apoyo de una abogada que ofició a la Defensoría del Pueblo, la Inspección General, el Comando de Personal y el Comando de la IV Brigada, e informó de su situación, se dirigió a la Personería de Medellín para solicitar una medida de protección y lograr un cambio de Unidad por la situación insostenible con el coronel Grajales.

Después de la denuncia en la Personería, ha sufrido de estrés, pesadillas y profunda preocupación por el futuro de su hija que lo lleva a tener pensamientos negativos de todo orden de modo que debió ser remitido al psiquiatra que lo incapacitó dos veces, por 30 días y luego por 60 días, para que guardara reposo absoluto en su casa. De igual forma, fue examinado por un cardiólogo porque presenta un cuadro de arritmia cardíaca desde que sufrió el noveno episodio de leishmaniasis en las selvas de San José del Guaviare, estos se incrementaron.

A la fecha, 9 de diciembre de 2016, el Comando de Batallón se ha negado a darle acuso de recibo y trámite de sus incapacidades oportunamente comunicadas a través del correo electrónico de ayudantía, situación que le inquieta porque presume que la razón para no dar contestación es la intención de su coronel de legalizar a toda costa su retiro de la Institución como en varias oc lo ha manifestado.

1.3.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SOLICITUD DE TUTELA⁴

Para fundamentar su solicitud de tutela, el accionante manifestó que la situación familiar en la que se encuentra producto de la actitud de su superior ha vulnerado los derechos de su hija menor, es decir, es contraria al principio constitucional de interés superior del niño pues ha impedido que ejerza la custodia y el cuidado que ella requiere.

⁴ Folios 4 a 11 del expediente.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

- La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional no contestó.

1.5. PROVIDENCIA IMPUGNADA⁵

El 20 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Antioquia, amparó los derechos a la unidad familiar y los derechos del menor invocados por el accionante y ordenó al Ejército Nacional que en el término de 15 días hábiles llevara a cabo el traslado del señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO a una unidad militar en Bogotá. Y que, si a bien lo tenía, observara la solicitud de traslado directo con el soldado profesional Iván Holguín Oquendo.

Como sustento de lo anterior, destacó que se encuentra probado en el proceso que la lejanía del señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO ha causado graves efectos en su hija, como consta en la solicitud del colegio en la que se le conmina a un mayor acompañamiento de la menor pues presenta bajo rendimiento académico y problemas de comportamiento.

Además, señaló que está probado que el accionante fue remitido a la especialidad de psiquiatría y fue incapacitado por 60 días en razón a su estado de salud, que, de acuerdo con sus manifestaciones, que no fueron objeto de contradicción, obedece a los conflictos que se presentan con el teniente coronel Milton Grajales Motta.

En ese orden de ideas advirtió que, si bien el accionante no ha tramitado su solicitud de traslado a otra unidad militar, esa situación no le es atribuible porque sí está acreditado que ha presentado una serie de solicitudes para procurar mantener el conducto regular, solicitudes frente a las cuales el coronel Milton Grajales Motta ha brindado solo respuestas negativas de forma verbal.

En consideración a lo anterior y con el propósito de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de la menor y la integridad tanto física como mental del accionante, resolvió la procedencia para ordenar el cambio de unidad militar.

⁵ Folios 66 a 72 del expediente.

Finalmente, decidió (i) sobre la solicitud de inclusión al programa de capacitación para retiro asistido, que no es pertinente porque aún faltan dos años para pensionarse, (ii) en cuanto a posibilidad de reintegro que no es procedente pues no se ha dado de baja y (iii) en relación a la valoración psiquiátrica y toxicológica del coronel Milton Grajales Motta que no hay prueba alguna que amerite dictar la orden.

1.6.- IMPUGNACIÓN⁶

El accionante recurrió la sentencia de primera instancia pues con posterioridad a la fecha en que radicó la presente tutela fue notificada la baja del servicio activo según OAP N° 2557 de 15 de noviembre de 2016 bajo la causal «inasistencia al servicio sin causa justificada por más de 10 días» pese a que desde el día 24 de octubre fue remitido por el área de psicología de la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército a la especialidad de psiquiatría bajo el diagnóstico de «trastorno de ansiedad no especificado» y solo pudo obtener cita hasta el 3 de noviembre de 2016, fecha a partir de la cual ha tenido tres incapacidades continuas que suman en total 150 días dentro de los cuales debe mantener reposo absoluto.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 1382 de 2000, esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada en el trámite de la acción constitucional de la referencia.

2.2.- Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos de la sentencia impugnada y los que fundamentaron el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar:

⁶ Folios 105 a 107 del expediente.

¿Procede el reintegro solicitado por el señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO al Ejército Nacional?

2.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

2.3.1.- Procedencia de la acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada de las personas en una situación de debilidad manifiesta

En razón al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, esta solo procede (i) cuando no existe ninguna otra acción judicial por la que se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental; (ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección de tales derechos y; (iii) cuando aun existiendo acciones ordinarias, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.⁷

De ese modo, por regla general, la tutela no procede como mecanismo para solicitar el reintegro laboral pues existen otros mecanismos legales en la jurisdicción ordinaria o en la contencioso administrativa, de acuerdo a la vinculación del interesado, que permiten formular esta pretensión.

Sin embargo, en casos excepcionales como el de personas en estado de debilidad manifiesta o aquellos que ostentan estabilidad laboral reforzada, la tutela es el instrumento idóneo para obtener el reintegro. Así lo ha señalado la Corte Constitucional:

«Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

[...]

⁷ Sentencia T-434 del 7 de mayo de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.»⁸

De acuerdo con lo anterior, el Alto Tribunal ha establecido que para el caso de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta como los que sufren una situación de discapacidad, los mecanismos ordinarios de defensa ordinarios no son idóneos para obtener el reintegro o la reubicación laboral, de modo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela para lograr la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

Posición que encuentra fundamento en el principio de no discriminación y los mandatos superiores que consagran un beneficio a sujetos vulnerables (arts. 13, 43 y 44 Const.) y porque ante la terminación del vínculo de trabajo, este mecanismo ofrece la celeridad y la eficacia necesarias para asegurar el derecho a la estabilidad laboral, al mínimo vital, a la seguridad social, y de aquellos sujetos vulnerables que se encuentran a su cargo.⁹

2.3.2.- Unidad familiar. Un derecho fundamental.

La protección a la unidad familiar tiene sustento en la Constitución Política, en particular, en los artículos 15, 42 y 44 que reconocen la inviolabilidad de la intimidad familiar, la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia de modo que se sanciona cualquier forma de violencia que la destruya y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, respectivamente.

Sobre ello, la Corte Constitucional ha mantenido su posición en relación a que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental de los menores y de los adultos que *genera para las autoridades públicas competentes, un deber general*

⁸ Sentencia T-576 del 14 de octubre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 2015.

*de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos.*¹⁰

Y además ha reconocido que como derecho fundamental tiene una faceta prestacional que se materializa en la obligación constitucional del Estado de *diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar.*¹¹

A propósito en sentencia T-1175 de 2005, la Corte precisó que:

« [s]on los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que confiere la Constitución a la protección de la familia.»

En ese sentido la obligación de la entidades estatales como las Fuerzas Militares es proteger la unidad familiar de sus integrantes, así, cualquier actuación contraria deberá ser rechazada y será susceptible de control por parte del juez de tutela quien tendrá la función de salvaguardar ese derecho que se encuentra directamente relacionado con el principio de interés superior de los niños.

2.3.3.- Derechos de los menores de edad como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano

De acuerdo con el artículo 44 de la Carta Magna, los niños tienen derecho a una especial protección del Estado, este precepto constitucional consagra cinco reglas: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos de los niños; (ii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños; (iv) la garantía de desarrollo integral del niño; y (v) la prevalencia del interés superior del niño.

Lo mismo sucede con instrumentos internacionales ratificados por Colombia como la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala en su preámbulo que el

¹⁰ Ver, entre otras, Sentencias T-T-527 de 2009 y T-502 de 2011.

¹¹ Sentencia T-572 de 2009, reiterada en la Sentencia T-502 de 2011.

niño «necesita protección y cuidado especial», por lo cual establece en su artículo 3 un deber general de protección, en virtud del cual «[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley».

De igual forma pasa con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone en su artículo 24 que todo niño tiene derecho «a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado», y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece en su artículo 19 que «[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

De acuerdo con estas normas superiores, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños como sujetos de especial protección de modo que «la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna»¹²

Ahora bien, en lo que respecta específicamente al principio del interés superior del niño este se encuentra consagrado en nuestra legislación en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que lo define en su artículo 8 como un «imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes» y lo reconoce como una regla de interpretación y aplicación en todos los casos relacionados con los derechos de los niños¹³, además como criterio de favorabilidad cuando exista conflicto entre normas aplicables a los menores.¹⁴

Ese mismo cuerpo normativo prevé en su artículo 10 el principio de corresponsabilidad en virtud del cual existe una «conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes». Es decir, cada familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2011.

¹³ Artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

¹⁴ Artículo 9 ibídem.

2.4.- Caso en concreto

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los numerales anteriores se resolverá si procede o no el reintegro solicitado por el señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO.

Al respecto, advierte la Sala de Subsección que a través de sentencia de fecha 7 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Antioquia, ordenó tutelar los derechos del accionante y conceder su traslado a la ciudad de Bogotá o en su defecto al departamento de Cundinamarca. Por otra parte, sobre el reintegro, el *a quo* decidió negarlo pues no se probó que fuera retirado del servicio.

Luego de lo anterior, en respuesta de 20 de febrero de 2017, suscrita por el Mayor Jaime Andrés Vargas quien dice actuar por orden del Coronel MILTON GRAJALES MOTTA, el mismo al que se refiere esta tutela, quien no le concedió permiso al accionante para estar con su núcleo familiar y con su hija menor, contestó:

«Con atención me permito enviar a la señora MARTHA NURY VELÁSQUEZ BEDOYA, Magistrada Ponente Tribunal Administrativo de Antioquia, copia del oficio donde se remite por competencia el fallo de la acción de tutela emitida por ese Tribunal a favor del señor Soldado Profesional (R) MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO, bajo el radicado 05001 23 33 000 2017 00349, al Comando de Personal del Ejército Nacional, el cual dará respuesta al documento en mención debido a que el accionante no se encuentra laborando en esta Institución Militar, de acuerdo a OAP N° 2557 de fecha 15 de Noviembre de 2016.»¹⁵

Y anexó la Orden Administrativa de Personal No. 2557 del 15 de noviembre de 2016 proferida por el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional, en la que efectivamente se retira del servicio a MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO en los siguientes términos:

«[...]

Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 217 de la Constitución Nacional, la Ley determinara el régimen de carrera especial para el personal de Soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual actualmente se encuentra contenido en el Decreto Ley 1793 de 2000.

¹⁵ Folios 101 del expediente.

Que el Decreto ley 1793 de 2000, en su Artículo 7 establece que el retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza dispone la cesación del servicio de los Soldados Profesionales, contemplado como una de las causales de retiro en forma absoluta el retiro por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, causal consagrada en los artículos 8, Literal b, Numeral 1 y Artículo 12 de Decreto Ley 1793 de 2000.

Que según actas que en cada caso se indica, suscritas por los señores Comandantes de las unidades tácticas respectivas, se deja constancia de la inasistencia al servicio sin causa justificada por más de diez (10) días consecutivos del personal de Soldados Profesionales relacionados en el presente acto administrativo.

Que por las consideraciones antes citadas, se dispone:

Artículo 3-917. Retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares Ejercito Nacional., en forma absoluta por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente, al personal de Soldados Profesionales que a continuación se relaciona, de conformidad con lo establecido en los Artículos 7, 8, Literal b, Numeral 1 y Artículo 12 del Decreto Ley 1793 de 2000, con la novedad fiscal que en casa caso se indica así:

[...]

2 SLP 20031101 OROSCO PACHECO MIGUEL ENRIQUE 77194651 NF 20161025
BITER04

[...]»¹⁶

Es decir, la causal por la cual se retiró del servicio al accionante es la dispuesta en el artículo 8 literal b) numeral 1, en consonancia con el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000, que consagran:

«ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

[...]

b. Retiro absoluto

[...]

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.

¹⁶ Folios 102 a 103 del expediente.

[...]

ARTÍCULO 12. RETIRO POR INASISTENCIA AL SERVICIO. **El soldado profesional que incurra en inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, será retirado del servicio, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente.» Destacado fuera del texto.**

Ahora bien, de las pruebas allegadas al proceso se observan tres incapacidades por psiquiatría del accionante: la primera desde el **3 de noviembre de 2016 hasta el 3 de diciembre de 2016** por treinta (30) días, la segunda desde el 6 de diciembre de 2016, por sesenta (60) días, y la última a partir del 6 de abril de 2017, también por sesenta (60) días; las que constan a folios 34, 35 y 124, respectivamente.

De dichas incapacidades, se evidencia:

- Que para el día de expedición del acto administrativo retiro del servicio, 15 de noviembre de 2016, el accionante llevaba doce (12) días de incapacidad, de los treinta días ordenados por el médico tratante, del 3 de noviembre al 3 de diciembre de 2016, es decir, al momento de la desvinculación, el señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO se encontraba incapacitado, en consecuencia, la ausencia a la que se refiere la Orden Administrativa de Personal No. 2557, sí estaba justificada, de modo que la norma que la sustentó no era aplicable a su caso.
- Que el señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO se encontraba y se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por una disminución de su capacidad psicofísica para prestar el servicio, lo cual implica necesariamente, como se extrae de las consideraciones expuestas en el numeral anterior, que es un sujeto de especial protección del Estado por lo tanto la presente tutela es procedente para ordenar su reintegro por la grosera vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, vida digna y debido proceso.

Sin que fuera suficiente lo anterior, también consta en el expediente que el señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO es padre de una menor de edad

NATALIA OROZCO VILLEGAS¹⁷ que presenta problemas de comportamiento y bajas notas en el colegio debido a la ausencia de él, situación que fue puesta en conocimiento del teniente coronel a su cargo, MILTON GRAJALES MOTTA¹⁸, quien de forma injustificada hizo caso omiso a las solicitudes de permiso y de traslado a la ciudad de Bogotá, como se encuentra debidamente probado en este proceso, lo cual se constituye en una actuación abiertamente contraria a los derechos a la familia y a los menores.

En otros términos, está acreditado que la actuación injustificada del teniente coronel MILTON GRAJALES MOTTA ocasionó la vulneración de los derechos a la familia y de la menor, hecho que censura esta Sala pues reiteradamente ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, con base en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que las Instituciones, cualquiera sea su naturaleza, deben garantizar la protección de dichos derechos.

En ese sentido y toda vez que en el expediente existen suficientes pruebas sobre la conducta abiertamente transgresora del teniente coronel MILTON GRAJALES MOTTA, de los derechos como la familia, los derechos fundamentales de los menores, el trabajo y el debido proceso, se remitirán copias a la Procuraduría General de la Nación para que abra la correspondiente investigación disciplinaria de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002.

En conclusión, se modificará el numeral segundo de la providencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el sentido de ordenar el reintegro inmediato del señor MIGUEL ENRIQUE PACHECO OROZCO al servicio del Ejército Nacional, pero no al Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento «Fray Mariano Garnica D'Orjuela» BITER No. 4, en el que se encontraba antes de su retiro, como lo había dispuesto el *a quo*, sino a una unidad militar en la ciudad de Bogotá que le permita estar cerca de su hija menor y preservar su derecho a la familia y los derechos fundamentales de los menores. Además se deberá reintegrar a un puesto administrativo dadas sus condiciones psicofísicas actuales.

¹⁷ Folio 20 del expediente.

¹⁸ Folio 28 a 29 del expediente.

Del mismo modo se enviarán copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación para que abra investigación disciplinaria en contra del coronel MILTON GRAJALES MOTTA quien, se reitera, en un claro desconocimiento de los preceptos constitucionales que dan fundamento a nuestro Estado Social de Derecho, vulneró los derechos fundamentales del accionante y de su hija menor, aunado a que constan documentos en los que se señala que discriminó a un integrante de su batallón por su condición afrodescendiente¹⁹.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de 20 de febrero de 2017, el cual quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Comando Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento «Fray Mariano Garnica D' Orjuela» Bitter No. 4, que **reintegre de forma inmediata** al señor MIGUEL ENRIQUE OROZCO PACHECO, y proceda a darle **traslado a una unidad militar en la ciudad de Bogotá**, donde se encuentra su hija menor, **y lo reubique en un cargo administrativo** de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera si a bien lo tiene la entidad, guardará observancia de la solicitud de traslado directo con el soldado profesional JORGE IVÁN HOLGUÍN OQUENDO, siempre y cuando este último aun pretenda realizar el trámite.»

SEGUNDO: Remitir copias del proceso a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta del teniente coronel MILTON GRAJALES MOTTA de conformidad con los motivos que fundamentan esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia 20 de febrero de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

¹⁹ Ver folios 21 a 23 del expediente.

CUARTO: ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito posible.

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ