

## Sentencia T-418/18



Referencia: Expediente T-6.651.702

Acción de tutela instaurada por César Augusto Herrera Cortés contra el Ministerio de Defensa - Comando General de las Fuerzas Militares Ejército Nacional

Magistrada Ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., once (11) de octubre dos mil dieciocho (2018)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

### SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela adoptado por el juez de instancia, que resolvió la acción de tutela interpuesta por César Augusto Herrera Cortés, actuando a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Defensa - Comando General de las Fuerzas Militares Ejército Nacional.<sup>1</sup>

#### I. ANTECEDENTES

En seguida, se exponen los hechos relevantes, la decisión de instancia y las actuaciones adelantadas en Sede de Revisión.

##### 1. Hechos y solicitud<sup>2</sup>

El 28 de noviembre de 2017, César Augusto Herrera Cortés, actuando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa - Comando General de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, por considerar que

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional, mediante Auto del 21 de mayo de 2018 proferido por la Sala de Selección Número Cinco, seleccionó para revisión el expediente de la referencia, con base en el criterio objetivo: “*necesidad de pronunciarse sobre determinada línea jurisprudencial.*” La acción de tutela objeto de pronunciamiento fue fallada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia – Sala de Decisión Civil Familia Laboral.

<sup>2</sup> Mediante la Orden Administrativa N° 2445 del 25 de octubre de 2016.

vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo<sup>3</sup> y al debido proceso.<sup>4</sup> Lo anterior, por cuanto la parte accionada lo retiró del servicio, bajo la causal de ausencia injustificada. En seguida, se enuncian los hechos relevantes.<sup>5</sup>

1.1. César Augusto Herrera Cortés se desempeñó desde el 2006 hasta el 2010 como soldado profesional en la Brigada Móvil 06 del Batallón Contraguerrilla Sergio Camargo Pinzón en Cartagena del Chairá (Caquetá). En el 2010, fue trasladado al Batallón Militar Francisco Javier Cisneros en Montenegro (Quindío), debido a su situación familiar. Su núcleo familiar está compuesto por su madre, Yomar Ríos Corres, quien es portadora de VIH;<sup>6</sup> su hermano Edilson Orlando Ríos Cortés, también portador de VIH y drogodependiente;<sup>7</sup> su abuela Blanca Elvia Cortés, de 85 años;<sup>8</sup> y, su tío Ovidio Ríos Cortés, quien tenía diagnóstico de tuberculosis.<sup>9</sup> Señala,

---

<sup>3</sup> En concreto, consideró que la vulneración de este derecho se debe a que fue retirado del servicio sin una justa causa. Manifestó: *“la ratificación de esa violación al derecho es manifiesta ya que a pesar de haber solicitado mi reintegro a la institución anexando las pruebas pertinentes, la solicitud fue negada sin si quiera ser estudiada de fondo, al punto que como bien puede colegirse de la respuesta dada por el batallón No. 8 de Ingenieros, las pruebas no fueron valoradas...”* Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 8.

<sup>4</sup> Al respecto, estimó el desconocimiento de esta garantía constitucional se debe a que fue retirado del servicio *“sin ser escuchado y sin tener en cuenta su situación familiar, el Ejército Nacional tenía amplio conocimiento de la situación ya que fue trasladado en el año 2010 al batallón de Ingenieros No 8 debido a la enfermedad de los familiares del señor C[É]SAR AUGUSTO HERRERA CORTÉS, asimismo el batallón le prestaba atención psicológica para ayudarlo a afrontar las circunstancias que afectaban de manera gravosa su núcleo familiar, a pesar de ello fue retirado del servicio por ausencia ‘injustificada’, si la investigación previa al desacuartelamiento se hubiere realizado de acuerdo a las reglas del debido proceso y todo lo que ese derecho acarrea, se habría encontrado la justa causa... que la Coordinación Jurídica Militar Batallón de ingenieros no. 8 ‘Francisco Javier Cisneros y el Juzgado penal militar si encontraron para archivar sus diligencias...”* Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 8.

<sup>5</sup> Junto con el escrito de tutela presentado, adjuntó fotocopias de los siguientes documentos: (i) sentencia del 31 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Miliar (folios 15-33); (ii) expediente de investigación disciplinaria 012-2016 (folio 34-63); (iii) historia clínica de Yomar Ríos Cortés (folios 64-105); (iv) historia clínica del señor Edilson Ríos Cortés (folios 106-131); (v) certificado de defunción de Ovidio Ríos Cortés (folio 132); (vi) orden administrativa de personal N0. 2445 del Comando de Personal del Ejército Nacional del 25 de octubre de 2016, mediante la cual se retira del servicio activo a un personal de soldados profesionales (folio 133); (vii) registro civil de nacimiento de Edilson Ríos Cortés (folio 134); (viii) historia clínica de Edilson Ríos Cortés –CD- (folio 135); (ix) historia clínica de Blanca Elvia Cortés –CD- (folio 136); (x) derecho de petición del 3 de octubre del 2017 al Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros (folio 137-139); (xi) respuesta del 12 de octubre de 2017, por parte del Comandante Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros a la petición elevada por el accionante (folio 140); oficio de respuesta de la Procuraduría Regional del Quindío a la solicitud del accionante, con el que se anexa un documento de respuesta de parte del Comandante Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros, que indica que la investigación disciplinaria No. 012-2016 fue archivada (folios 141-142).

<sup>6</sup> Conforme con la historia clínica aportada como prueba en el expediente, la madre del accionante, Yomar Ríos, fue diagnosticada como portadora de VIH desde 2004 (folio 73), pero no existe dictamen respecto a diagnóstico de tuberculosis. En todo caso, a dicho diagnóstico se hizo referencia en el marco del proceso penal miliar, en el que se afirmó: *“De otra parte la situación de salud presentada por la señora Yomar Ríos, madre del procesado quien padece múltiples afecciones a la salud en razón a su cuadro clínico como persona portadora de VIH y tuberculosis”* (Cuaderno N°1, Folio 26).

<sup>7</sup> De acuerdo con la historia clínica, Edilson Orlando Ríos, hermano del accionante, es paciente diagnosticado con VIH desde 2009 sin tratamiento desde hace 6 años, urolitiasis y es consumidor diario de marihuana y bazuco (Cuaderno N°1, Folios 102 y 107). Dicha condición médica fue referida por el accionante en la declaración que rindió en el marco del proceso penal miliar, en los siguientes términos: *“Yo tengo un hermano que llevaba 19 meses desaparecido, donde él también es portador del sida, él es adicto, consumidor, y es habitante de calle”* (Cuaderno N°1, Folios 21-27).

<sup>8</sup> Conforme con su historia clínica, entre el 9 de septiembre y el 16 del mismo mes, la señora Blanca Elvira Cortés estuvo hospitalizada debido a una recaída producto de su enfermedad pulmonar obstructiva crónica e hipertensión (Cuaderno N°1, Folio 136 –CD-, Pág. 184-229). Dicha condición médica fue referida en el marco del proceso penal, en el cual la madre del accionante manifestó *“mi mamá se me enfermó porque ella respira con oxígeno”* (Cuaderno N°1, Folio 20) y el accionante declaró *“mi abuela también estaba hospitalizada (...), ella estaba mal, ella tiene oxígeno desde hace como 3 o 4 años”* (Cuaderno N°1, Folio 21). Con base en dichas declaraciones, y en el análisis del acervo probatorio, el Juez afirmó que la señora Blanca Elvira *“es una persona de ochenta y cinco años que presentaba unos problemas de salud y con diagnóstico de hipertensión y afección pulmonar obstructiva crónica”* (Cuaderno N°1, Folio 26).

<sup>9</sup> Según declaraciones de familiares, Ovidio Ríos padecía de tuberculosis y de SIDA, razón por la cual falleció el 27 de agosto de 2016 en Armenia. El Cabo Primero Luis Enrique Torres refirió que tenía conocimiento de esta situación, al respecto dijo: *“el soldado también me dijo que un tío había fallecido debido a una gripa, al parecer por la misma*

además, que hace “*las veces de padre cabeza de hogar*”, pues es “*quien trabaja y responde pecuniariamente por su familia.*”<sup>10</sup>

1.2. Desde el 2015, en el Batallón Militar Francisco Javier Cisneros se le prestaba atención psicológica, debido a “*la situación familiar tan difícil que [tiene].*”<sup>11</sup> Por ello, fue remitido al Centro de Familia de la Octava Brigada del Ejército Nacional, para recibir el respectivo tratamiento.<sup>12</sup>

1.3. El 27 de agosto de 2016, el Capitán Suárez Gaitán le concedió permiso de salida por dos días, es decir hasta el 29 del mismo mes, debido a que su tío Ovidio Ríos Cortés se encontraba agonizando. El señor Ríos Cortés falleció el 27 de agosto y sus exequias se llevaron a cabo el día siguiente.

1.4. El 28 de agosto del mismo año, mientras gozaba del permiso otorgado, mediante llamada telefónica le informaron al señor César Augusto que habían visto en Bogotá a su hermano, Edilson Orlando Ríos Cortés, quien llevaba 19 meses desaparecido. Por esa razón, viajó inmediatamente a dicha ciudad, donde estuvo buscándolo durante 5 días, hasta que lo encontró y lo llevó de vuelta a Armenia. Allí lo acompañó al Hospital San Juan de Dios, para que atendieran las complicaciones de salud que padecía.<sup>13</sup> Durante el tiempo que pasó en Bogotá, su abuela Blanca Elvia Cortés

---

*enfermedad que tiene la mamá*” (Cuaderno N°1, Folio 18). Sobre el particular, la madre del accionante manifestó que su “*hermano tenía sida y tuberculosis*” (Cuaderno N°1, Folio 20); y, el Juez Militar en el análisis afirmó que “*su tío representaba la figura paterna en dicha familia y el apoyo que se le brindó durante su crianza. (...) Además, indica el procesado, que el fallecimiento de su tío obedeció a complicaciones por su estado crítico como persona portadora de VIH y tuberculosis.*” (Cuaderno N°1, Folio 26).

<sup>10</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 3.

<sup>11</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 3. Esta afirmación del accionante se encuentra respaldada por diferentes declaraciones en el proceso penal. El Cabo Primero Luis Enrique Torres sostuvo “*yo he tenido al mando del soldado herrera Cortes desde el mes de julio de 2016, el soldado trabajaba normal, me manifestó que tenía la mamá enferma y solicitaba que lo dejaran salir* (Folio 18); el soldado profesional Yeison Zapata quien afirmó “*(...) pero sí sabía que él tenía una situación familiar especial y le daban permisos con frecuencia*” (Cuaderno N°1, Folio 19); y, el Juez expresó que “*(...) además en el entendido que desde hace mucho antes de la fecha de ausencia del procesado su familia venía sufriendo, no solo por las dificultades económicas que se daban en el seno de su hogar, porque si bien es cierto desde el momento en que el aquí procesado fue trasladado al Batallón obedeció a unas circunstancias especiales que se presentaban en el seno de su núcleo familiar y las que aun afronta hoy*” (Cuaderno N°1, Folio 25). Posterior a esto, el Juez Penal Militar al analizar el acervo probatorio concluyó que “*Bajo las múltiples circunstancias que se le presentaron al hoy procesado, (...) era obligación de sus comandantes directos y por parte de la oficina de personal del Batallón y su comandante velar, por las condiciones personales y/o psicológicas del soldado Herrera, toda vez que si bien es cierto para la fecha en que se realiza el acta de inasistencia al servicio, se tenía pleno conocimiento de su condición familiar, y no se debió agravar la situación personal, familiar y militar*” (Cuaderno N°1, Folio 27). Además, en la contestación de la acción de tutela, el Comandante del Batallón de Ingenieros No. 8 “Francisco Javier Cisneros” afirmó “*es cierto que esta Unidad Militar es conocedora de la situación que afronta en su núcleo familiar el señor Soldado Profesional C[É]SAR AUGUSTO HERRERA CORTES.*” Contestación de la Acción de Tutela de César Augusto Barrios, Comandante del Batallón de Ingenieros N°8. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 155. En la historia clínica aportada con la contestación de la acción de tutela Comandante del Batallón de Ingenieros N°8, también consta que los controles psicológicos a los que asistió el accionante fueron posteriores al momento en que retornó a prestar el servicio, esto es el 13 de octubre y el 3 de noviembre de 2016. En dichas ocasiones, refirió la situación que su familia acababa de vivir y cómo ello le generaba dificultades con sus superiores y sus compañeros, debido a que en el pasado había pedido muchos permisos. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folios 179 y 180.

<sup>12</sup> El Cabo Primero Luis Enrique Torres manifestó que “*mientras estuvo aquí [en el batallón] recibió atención médica en los dispensarios del Batallón Cisneros y del Baser 8 en Armenia*” (Cuaderno N° 1, Folio 19). Sumado a lo anterior, en la historia clínica del accionante con fecha del 24 de agosto de 2016, consta que el motivo de la consulta era “*la preocupación por la situación de enfermedad de su madre y que últimamente ha tenido dificultades laborales porque pide muchos permisos... manifiesta que a causa de su situación familiar ha venido presentando problemas con sus comandantes y compañeros*” (Cuaderno N°1, Folio 181).

<sup>13</sup> El accionante se manifestó en igual sentido en la indagatoria del proceso penal militar (Cuaderno N°1, Folio 20). Según la historia clínica aportada de Edilson Ríos, este recibió atención médica en el Hospital San Juan de Dios desde

ingresó al citado hospital. Como consecuencia de lo anterior, no se presentó a tiempo en el Batallón y no solicitó la ampliación del permiso a sus superiores, pues estaba preocupado por la situación de su familia. Al respecto, en el marco de la investigación disciplinaria, manifestó: *“me preocupe fue por mi familia, la muerte de mi tío me desubic[ó]... ”*.<sup>14</sup>

1.5. El 9 de septiembre, el Cabo Torres Goyeneche le ordenó al accionante vía *whatsapp* que *“hiciera presentación en el Comando del Batallón el día sábado 10 de Septiembre del año en curso, a la iniciación del servicio, para informar la situación que se esta[ba] presentando, si era necesario para que le autorizaran más permiso por parte del Comando del Batallón”* y le advirtió que el incumplimiento de la orden podría acarrearle problemas jurídicos. En respuesta, el soldado le manifestó que estuvo buscando a su hermano desaparecido, que su abuela estaba hospitalizada y que se encontraba afligido por la muerte de su tío. Finalizó señalando que, debido a su situación, quería renunciar. Ante lo manifestado por el accionante, el Cabo le reiteró *“la importancia de hacer presentación en el Batallón, con el fin de atender y apoyar la posible solución a su situación (...)”*.<sup>15</sup>

1.6. El 12 de septiembre, el señor César Augusto informó vía *whatsapp* al Cabo Torres Goyeneche y al Capitán Ferez, las diferentes circunstancias que le habían impedido presentarse en el Batallón. En respuesta, el primero de ellos le indicó que *“si no [se] presentaba, él pasaba el informe a la Procuraduría”*.<sup>16</sup> El segundo guardó silencio. Finalmente, casi un mes después, el 11 de octubre de 2016, se presentó en el Batallón.

1.7. El 25 de octubre de 2016 se profirió la orden administrativa No. 2445 del Comando de Personal, mediante la cual se retiró del servicio activo a varios soldados profesionales, incluido el accionante. Lo anterior, bajo la causal de *“inasistencia al*

---

el 12 de septiembre de 2016 (controles, citas y hospitalización) hasta el 29 de septiembre de 2016. Además, consta que para agosto de 2017 aún encontraba en controles (Cuaderno N°1, Folios 80-131).

<sup>14</sup> Prosiguió: *“pero después ya estando en el hospital con mi hermano si llam[é] a mi Cabo TORRES quien me dijo que no me preocupara que ya me iban a iniciar era el proceso para darme la baja. Investigación Disciplinaria No. 012-2016. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 38.*

<sup>15</sup> Este hecho se fundamenta en el informe del Cabo Primero Torres Goyeneche Enrique dirigido al Capitán Ferez Sánchez Jorge, con fecha del 10 de septiembre de 2016. En este se finalizó afirmando que ya habían pasado más de diez (10) días de retardo en la presentación.

<sup>16</sup> Dentro de la investigación disciplinaria contra el accionante el Cabo primero Enrique Torres, declaró que: *“ante la negativa de comunicación por parte del SLP Herrera, recurrió a la carpeta personal y se intentó comunicar en un abonado telefónico sin resultado alguno. De otra manera manifiesta que el 9 de septiembre de 2018, tom[ó] contacto con el soldado a través de mensajes de texto vía whatsapp y a quien le dio la orden de presentarse a la iniciación del servicio del día siguiente de la comunicación a fin de solicitar permiso de acuerdo a la situación familiar que estaba viviendo (...), pero finalmente pasaron los diez días de ausencia sin que el soldado regresara a la unidad militar”*. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 50. Conforme con el material probatorio aportado en la contestación de la acción de tutela de parte del Comando General de las Fuerzas Militares, se intentó comunicar al accionante vía celular, pero ello no fue posible. Además, se refiere que *“[e]l día 9 de septiembre aproximadamente a las 16 horas el señor CP TORRES GOYENECHÉ ENRIQUE entabla comunicación vía Whatsapp, donde él le da la orden que haga presentación en el batallón el día sábado 10 de septiembre del año en curso, a la iniciación del servicio, para informar la situación que se está presentado si era necesario para que le autoricen más permiso por parte del comando del Batallón, y dar solución al problema, también donde se le informa [que] de no hacer presentación, podrá acarrear problemas jurídicos. || El soldado manifiesta vía WhastsApp que tiene el hermano desaparecido que ya lo va a encontrar, que la abuela se encuentra hospitalizada, así mismo manifiesta que se encuentra aburrido por la muerte del tío, y por tantos problemas, que quiere renunciar al trabajo. || Al ver lo manifestado por el soldado se le reiter[ó] la importancia de hacer presentación en el batallón, con el fin de atender y apoyar la posible solución a su situación, pero regresa hasta el día 11 de octubre de 2016 retardándose 43 días a la fecha de su presentación.”* Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 162

*servicio por más de 10 días sin justa causa.*”<sup>17</sup> Dicho acto administrativo fue notificado el 4 de noviembre de 2016, fecha hasta la cual el tutelante estuvo activo en el Ejército Nacional. Además, se inició en su contra (i) un proceso penal militar por “*abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales*” y (ii) una investigación disciplinaria por parte de la Coordinación Jurídica Militar del Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros.<sup>18</sup>

1.8. Los dos procesos iniciados fueron archivados, pues se encontró probado que la ausencia se debió a una justa causa. Por un lado, el 31 de mayo de 2017, el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar ordenó el archivo de la investigación penal por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales (Código Penal Militar – Ley 1407 de 2010, Artículo 108). En dicha decisión, se concluyó que la conducta del señor César Augusto era (i) típica, más no (ii) antijurídica, dado que “*el actuar del procesado se encuentra enmarcado dentro de las causales de ausencia de responsabilidad descrita en la ley penal militar.*”<sup>19</sup> Es decir, se configuró una “*exoneración de la represión punitiva respecto a la lesión del bien jurídico del servicio, en contraposición al derecho supralegal de la familia por su estado de necesidad*”.<sup>20</sup> Sobre esto último, consideró:

“[s]e encuentra ampliamente probada la situación respecto del hoy procesado y la condición de su familia,<sup>21</sup> además en el entendido que desde mucho antes de la fecha de la ausencia del procesado su familia venía sufriendo no solo por las dificultades económicas que se daban en el seno de su hogar, porque si bien es cierto desde el momento en que el aquí procesado fue traslad[ado] al Batallón Cisneros con sede en Pueblo Tapao, Montenegro, Quindío, obedeció a unas circunstancias especiales que se presentaban en el seno de su núcleo familiar y las que aun afronta en el día de hoy.

(...)

Bajo las múltiples circunstancias que se le presentaron al hoy procesado se evidencia, que si bien es cierto se trata de un soldado profesional con una antigüedad de diez años aproximadamente, también era obligación

---

<sup>17</sup> Lo anterior con fundamento en los artículos 7, 8 y 12 del Decreto 1793 de 2000. Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 4.

<sup>18</sup> Esto con fundamento en lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley 836 del 2003 “*Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*”, conforme con el cual: “*Apertura de investigación. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del informe o de oficio, el superior competente encuentre establecida la existencia de la posible comisión de una falta grave o gravísima, y sobre el carácter de la falta disciplinaria encuentre la prueba del posible autor de la misma, ordenará la apertura de la investigación disciplinaria. Para tal fin, podrá nombrar funcionario de instrucción quien debe ser oficial.*”

<sup>19</sup> Sentencia del 31 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 25.

<sup>20</sup> Sentencia del 31 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 30.

<sup>21</sup> Sobre este aspecto, se hace un recuento de la situación de salud presentada por los diferentes miembros del núcleo familiar. Así, se refiere que la señora Yomar Ríos (51 años) es portadora de VIH, y según declaraciones también tiene tuberculosis; su abuela (85 años) presenta diferentes problemas de salud y tiene diagnóstico de hipertensión y afección pulmonar obstructiva crónica; y, su tío Ovidio Ríos Cortés, con diagnóstico de tuberculosis y portador de VIH (fallecido). Además, se refirió que su hermano Edison Orlando Ríos (33 años) “*fue recuperado de la condición de habitante de calle ...*” Sentencia del 31 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 26.

de sus comandantes directos y por parte de la oficina de personal del Batallón y su comandante velar, por las condiciones personales y/o psicológicas del SLP. HERRERA CORTES C[É]SAR AUGUSTO, toda vez que si bien es cierto para la fecha en que se realiza el acta de inasistencia al servicio, se tenía pleno conocimiento de su condición familiar, y no se debió agravar la situación personal, familiar y militar conllevando con el retiro de la institución, toda vez que si bien es cierto que el procesado se encontraba retardado en un permiso, el Comando de la Unidad ten[í]a plenas facultades para otorgar un permiso y/o tramitar ante el Comando superior las vacaciones por su estado de necesidad.”<sup>22</sup>

En consecuencia, resolvió (i) abstenerse de dictar una medida de aseguramiento y (ii) proferir la cesación de procedimiento a favor de César Augusto Herrera Cortés, de la presunta comisión del delito abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

Por otro lado, el 22 de agosto del mismo año, al accionante se le notificó el auto de archivo de la investigación disciplinaria 012-2016, proferido casi un mes antes.<sup>23</sup> En el proceso se ordenó el archivo de las diligencias, con base en el siguiente análisis:

“este Despacho observa que con la conducta desplegada se configura la tipicidad, teniendo en cuenta que es claro que el señor Soldado Profesional C[É]SAR AUGUSTO HERRERA CORTES le fue otorgado un permiso por el término de dos días comprendidos desde el día 27 de agosto de 2016 hasta el día 29 de agosto de 2016, regresando el día 11 de octubre de 2016, 43 días después de lo pactado con sus superiores pese a lo anterior no se configura la antijuricidad, porque en el actuar del investigado se evidencia que existen algunos elementos que lo enmarcan en las causales de ausencia de responsabilidad descritas en la ley penal militar (...)

Como puede apreciarse existió la vulneración de un bien jurado como fue el del servicio por parte del procesado al haberse retardado del permiso pe[r]lo también se halla que este se realizó en atención a unas obligaciones del estado de necesidad de su núcleo familiar además la

---

<sup>22</sup> En ese contexto, advirtió que fueron desatendidos los mecanismos de atención, prevención y asistencia, que eran de obligatorio cumplimiento para los comandantes del accionante y su línea de mando, “toda vez que no eran ajenos a la situación que se le presentaba... y por el contrario recurrieron a la vía más fácil como fue convocar para la realización del acta de inasistencia al servicio... máxime como se tiene probado en el plenario que era de resorte verificar el estado psicológico del soldado afectado y tomar otras medidas administrativas para mitigar la situación presentada.” Continuó afirmando que la Institución tenía el deber de prestar la debida atención psicológica, con miras a garantizar “el bienestar físico y mental, que conlleve al desarrollo de sus obligaciones de forma óptima...” Sentencia del 31 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folios 25-27.

<sup>23</sup> Auto de archivo de investigación disciplinaria 012-2016, proferido por el Comando del Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros” el 24 de julio de 2017. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 35. El 20 de octubre de 2016, se dispuso la apertura de la investigación, con el fin de determinar si la conducta imputada era típica. En el marco del proceso se surtieron las siguientes actuaciones: (i) mediante auto del 31 de marzo, se le otorgó un término de tres (3) días hábiles, para que ejerciera su derecho a la contradicción; (ii) en providencia del 20 de abril de 2017, se decretó el cierre de la etapa instructiva; y, (iii) el 2 de mayo de 2017, se otorgó un término de diez (10) días hábiles para que el investigado presentaron los alegatos. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 38.

ausencia la realiz[ó] basado en sus derechos y obligaciones que le asisten como el deber de asistencia de los hijos hac[í]a sus padres.”<sup>24</sup>

1.9. Dado que, a pesar del archivo de las investigaciones, el Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco de Javier Cisneros no efectuó un reintegro oficioso a la Institución, el 3 de octubre del mismo año, solicitó a dicho Batallón (i) el reintegro en las mismas condiciones en las que se encontraba antes del desacuartelamiento, (ii) el pago de los salarios dejados de percibir y (iii) una indemnización por los perjuicios que el retiro del servicio le causó a él y a su familia. Adjuntó a la petición las pruebas que demostraban las causas por las cuales se ausentó del servicio militar.

1.10. El 12 de octubre de 2017, el Comandante del Batallón de Ingenieros No. 8 Francisco Javier Cisneros se abstuvo de pronunciarse de fondo sobre la solicitud. Afirmó que no tenía la potestad de ordenar el reintegro, pues *“si bien es cierto que usted fue orgánico de este Batallón, el señor Comandante del Ejército Nacional mediante Orden Administrativa de Personal No. 2445 del 25 de octubre de 2016 lo retir[ó] del servicio activo por inasistencia al servicio más de 10 días sin causa justificada, por tal motivo debe acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, quien luego de un debido proceso determinar[á] y ordenar[á] si es el caso de nuevo su vinculación a las filas del Ejército Nacional.”*<sup>25</sup>

El accionante manifestó en el escrito de tutela que dicha respuesta constituía un desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015.<sup>26</sup> En su criterio, al Batallón de Ingenieros N° 8 le correspondía remitirla *“al ente administrativo competente para que se resolviera de fondo la petición.”*<sup>27</sup> Además, sostuvo:

“[a]llegándose las pruebas pertinentes que dejan en evidencia que la inasistencia al servicio fue justificada no se entiende porqué se solicita acudir a la jurisdicción contencioso administrativa cuando se sabe que éstos medios no son ni eficaces ni mucho menos idóneos para salvaguardar mis derechos humanos y mis derechos fundamentales debido a las circunstancias especiales en las que me encuentro ya que no sólo soy yo quien se ve afectado sino mi familia quien tienen una condición especial de vulnerabilidad.”<sup>28</sup>

También señaló que su único empleo ha sido ser soldado profesional y es el responsable económico de su núcleo familiar. Sobre su situación familiar, manifestó:

---

<sup>24</sup> Investigación Disciplinaria No. 012-2016. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 58-60.

<sup>25</sup> Respuesta del Comando General Fuerza Militares al Derecho de Petición. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 140.

<sup>26</sup> El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015 dispone: *“Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.”*

<sup>27</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 5.

<sup>28</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 5.

“[l]a situación actual de mi familia es grave, como ya se dijo, soy quien responde por ellos y no tengo trabajo desde que se me desvinculó de manera injusta del Ejército Nacional, al punto que estamos en extrema pobreza.

He pedido limosna en buses en repetidas ocasiones debido a que no tengo trabajo y aún sigo respondiendo por la enfermedad de mi señora madre.

Actualmente resido por caridad ya que no hago aporte alguno para la manuten[c]ión en la calle 22 Cra 15#14-43 en el barrio Santa Fe en Bogotá, zona deprimida de la ciudad, en la casa de la señora Lilia Morales Galeano. No tengo propiedad alguna ni bienes materiales, ni empleo estable.”<sup>29</sup>

1.12. Con base en los hechos reseñados previamente, César Augusto Herrera Cortés planteó las siguientes pretensiones ante el juez de tutela.<sup>30</sup> Primero, dejar sin efectos jurídicos la Orden Administrativa de Personal No. 2445 del Comando Personal del Ejército Nacional, al estar falsamente motivada, pues en el marco de los procesos disciplinario y penal militar quedó probada la justa causa de la inasistencia al servicio. Segundo, ordenar al Ejército Nacional su reintegro a la institución en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del desacuartelamiento, sin solución de continuidad. Tercero, el pago de los salarios dejados de percibir, hasta el día que se efectúe el reintegro, y el pago de los aportes al sistema de seguridad social por el tiempo que estuvo desvinculado. Por último, una indemnización por los perjuicios causados a él y su familia, con ocasión del desacuartelamiento.

## **2. Proceso de tutela de instancia<sup>31</sup>**

2.1. *Contestación de la acción de tutela.* César Augusto Barrios, obrando como Comandante del Batallón de Ingenieros N°8,<sup>32</sup> y Freddy Mauricio Franco, Jefe de la Sección Jurídica DIPBR,<sup>33</sup> contestaron la acción de tutela fuera del término. Solicitaron al juez de tutela declarar la improcedencia del amparo por (i) no cumplir con el requisito de subsidiaridad, ante la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y (ii) no probar la configuración de un perjuicio

---

<sup>29</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 5.

<sup>30</sup> Con respecto a la procedencia de sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso administrativa, señaló que estos carecen de idoneidad, por “*el tiempo y recursos que conlleva un proceso judicial, [además] ellos no son garantía de que se amparen los derechos constitucionales que están siendo violentados por parte del Ejército Nacional, es pues, la acción de tutela mecanismo idóneo para recurrir al poder judicial representado en el juez constitucional para que éster a través del debido estudio fáctico y sustantivo del asunto ampare los derechos del señor C[É]SAR AUGUSTO.*” Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 9.

<sup>31</sup> Si bien el apoderado judicial del accionante impugnó el fallo, lo hizo por fuera del término. En consecuencia, la Sala Civil Familia Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió “*NO CONCEDER la impugnación instaurada... en razón de que fue impetrada extemporáneamente.*” Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 189.

<sup>32</sup> La contestación fue allegada de manera extemporánea el 11 de diciembre de 2017 (Cuaderno N°1, Folio 155-163), razón por la cual el juez de instancia no la tuvo en cuenta en la providencia proferida.

<sup>33</sup> El documento de contestación fue radicado el 12 de diciembre de 2017 (Cuaderno N°1, Folio 186-188); es decir, por fuera del término.

irremediable, que justifique la procedencia excepcional de este mecanismo de protección constitucional.

En concreto, el Comandante del Batallón de Ingenieros N°8 expresó su desacuerdo frente a la pretensión de reintegro, una vez probada, dentro de los procesos penal y disciplinario, la justa causa por la cual el accionante se ausentó del servicio. Señaló que, “a pesar de tener la potestad para solicitar el retiro de la institución de los miembros de este Batallón, no tenemos la facultad para emitir la orden administrativa de personal que ordene su reintegro.”<sup>34</sup>

Señaló que, en ese mismo sentido, el 12 de octubre de 2017 fue respondida la petición presentada por el accionante y, en consecuencia, le indicó que debía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Aclaró que no había lugar a aplicar el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015 para que se le diera una respuesta de fondo a su solicitud de reintegro, como lo afirma el accionante. Ello por cuanto:

“el Derecho de Petición estaba dirigido al MINISTERIO DE DEFENSA – COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, es claro que tales dependencias al igual que las unidades militares como es el caso hacen parte de una sola y única institución esto es el Ministerio de Defensa, en el cual existe el deber de colaboración dentro de las mismas, es por eso que una vez llega una solicitud dirigida a los entes superiores MINISTERIO DE DEFENSA – COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES son bajadas de nivel hasta llegar a quien corresponda emitir la respuesta pertinente en este caso al Comando del Ejército Nacional, por tal motivo no había necesidad de correr traslado del derecho de petición.”<sup>35</sup>

Por último, explicó que el retiro del soldado se fundó en el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000, según el cual, “*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*”.<sup>36</sup>

2.2. *Decisión de instancia.* El 7 de diciembre de 2017, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia declaró improcedente la protección invocada, por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad.<sup>37</sup> En su criterio, el accionante cuenta con otros mecanismos idóneos y eficaces para esclarecer su situación. Además, consideró que: (i) las pretensiones tienen una naturaleza puramente legal; (ii) no se configura un perjuicio irremediable que justifique la intervención del juez constitucional, al menos de manera transitoria y,

---

<sup>34</sup> Contestación de la Acción de Tutela de César Augusto Barrios, comandante del Batallón de Ingenieros N°8. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 157.

<sup>35</sup> Contestación de la Acción de Tutela de César Augusto Barrios, Comandante del Batallón de Ingenieros N°8. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 157.

<sup>36</sup> Fue esa la razón por la cual “*se solicitó el retiro de la Institución ante el Comando de Personal del Ejército, con el debido apoyo del Comando de la Octava Brigada, dando como resultado la Orden Administrativa No. 2445...*” Contestación de la Acción de Tutela de César Augusto Barrios, Comandante del Batallón de Ingenieros N°8. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 163.

<sup>37</sup> La acción de tutela fue admitida mediante Auto del 28 de noviembre de 2017. En esta providencia también se ordenó la notificación de las partes accionadas.

(iii) dada la sumariidad del trámite tutelar no lograría “reunir los elementos de juicio indispensables para desentrañar la problemática expuesta.”<sup>38</sup>

### 3. Actuaciones adelantadas en sede de Revisión

El 27 de julio de 2018, con el fin de recaudar elementos probatorios fundamentales para el análisis del caso, se solicitó a las partes accionante y accionada determinada información. En seguida, se sintetizan las respuestas recibidas.

3.1. *César Augusto Herrera Cortés*. El accionante manifestó que estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado profesional y que desde el momento de su desacuertelamiento no se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social. Por su parte, su mamá y hermano están afiliados al régimen subsidiado, desde antes del desacuertelamiento.<sup>39</sup> Indicó, además, que los recursos económicos que recibía eran administrados por su señora madre “quien distribuía los gastos en vivienda, servicios, alimentación para [su] abuela, ella y [su] tío OVIDIO RÍOS CORTÉS, pasajes y demás costos que implicaban su traslado y revisión frecuente por la enfermedad de ella.”<sup>40</sup> En este mismo sentido, sostuvo:

“siempre respondí en la casa con mi salario, mi señora madre no trabaja y cuando estuve en el ejército ella no trabajó, sería faltar a mis deberes como hijo dejar que mi madre trabajara sabiendo que la enfermedad que ella tiene y de lo complicado que es tratarla, ello sumado a que no puede estar expuesta toda vez que sus defensas inmunológicas son muy bajas, siempre la he protegido y velado por ella con el deber y gratitud que un buen hijo le debe a una excelente madre. A pesar de haberme quedado sin empleo... no la abandoné ni la desamparé, así sea pidiendo limosna en diferentes sitios, pasando necesidades y viviendo de la caridad de otras personas, siempre hemos estado juntos cuidando el uno del otro, afrontando todas las situaciones...”<sup>41</sup>

Con respecto a su situación laboral actual, manifestó que no trabaja y vive, junto con su madre, de la caridad de personas que lo “están dejando vivir en el barrio Venecia ciudad de Bogotá, en la casa de una allegada, ellos pagan arriendo.”<sup>42</sup> Agrega que su hermano está viviendo en Armenia junto con su abuela.

Por último, se refirió a las razones por las cuales omitió cuestionar ante el juez administrativo la orden mediante la cual se dispuso su retiro. Primero, señaló que buscó a los mandos del Batallón para que le prestaran ayuda, pero no fue escuchado. Luego del retiro, entró en depresión y “profunda tristeza puesto que ese empleo era todo lo que tenía, el único sustento de [su] familia y [su] expectativa de vida, ello sumado a la muerte de [su] tío, los cuidados a [su] hermano... y el cambio abrupto de vida toda vez que debi[ó] empezar a buscar modos para subsistir.” Agregó que

<sup>38</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno N°1, Folio 153.

<sup>39</sup> Lo anterior, por cuanto “la señora YOMAR RÍOS CORTÉS siempre se rehusó [de ser beneficiaria de él] con el argumento y a su vez temor de que ‘CESAR se aburriera y se saliera del ejército’ y ella debido a su condición y enfermedad quedara desamparada sin acceso a la salud.” Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 33.

<sup>40</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 33.

<sup>41</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 33.

<sup>42</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 33.

solicitó ayuda ante la Procuraduría, para que hicieran vigilancia de la investigación disciplinaria que cursaba en su contra. Además, refirió que requirió ayuda ante la Defensoría del Pueblo y asesoría en consultorios jurídicos, pero no fue escuchado. Finalmente, manifestó que no fue posible acceder a un tratamiento psicológico para la depresión, pues dicho servicio de salud le era prestado por el Ejército Nacional.<sup>43</sup>

3.2. *Comando General de las Fuerza Militares.* Afirmó que el Comandante del Ejército Nacional tenía la facultad de retirar del servicio al accionante, tal como lo dispone el literal b del artículo 8 y el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000, bajo la causal objetiva de ausencia injustificada del servicio por más de 10 días.<sup>44</sup> Lo anterior, *“sin que sea necesario agotar instancias adicionales,<sup>45</sup> significa esto que meramente se deben allegar a la Dirección de Personal – Sección Altas y Retiros, la solicitud, los correspondientes informes y actas y los apoyos respectivos.”*<sup>46</sup> Precisó que durante la ausencia de César Augusto, se le comunicó la importancia de que hiciera presentación en la unidad, *“con el fin de ‘apoyar y atender la posible solución a su situación’, así pues, al observarse la renuencia a acatar la instrucción, resulta imposible por parte del funcionario competente, determinar medidas auxiliares a fin de extender los días de permiso o conceder el periodo vacacional del accionante.”*<sup>47</sup> Por ello, argumentó que, *“al estar el acto administrativo revestido de firmeza y gozar del sustento legal señalado, no hay lugar a causar el reintegro a la institución del señor SLP ® CÉSAR AUGUSTO HERRERA CORTÉS pues las normas en las cuales se fundamentó aquel, consagran el deber de retirar del servicio al respectivo personal cuando se da el presupuesto objetivo de inasistencia al servicio sin justa causa.”*<sup>48</sup> También aclaró que no recibió el derecho de petición presentado por el accionante y desconoce las causas por las cuales el mismo no fue remitido a dicha dirección. Finalmente, manifestó que a dicha Dirección de Personal no se le ha ordenado *“por parte de autoridad judicial, desarrollar algún mecanismo de atención, prevención y asistencia...”*<sup>49</sup>

3.3. *Batallón de Ingenieros No. 8 “GR. Francisco Javier Cisneros”.* Indicó que se solicitó el retiro del servicio del soldado profesional César Augusto Herrera Cortés debido a que incurrió en la causal de inasistencia por más de 10 días sin causa justificada. Además, manifestó que él *“acostumbraba a retardarse de sus permisos y el Comandante de Compañía para la época, teniendo en consideración de los problemas familiares los pasaba desapercibido, sin embargo como el antes mencionado es agregado operacionalmente al Grupo de Prevención de Desastres y*

---

<sup>43</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 34. Adjuntó como prueba la última orden de entrega de medicamentos, con fecha del 10 de octubre de 2016.

<sup>44</sup> Sobre esta causal afirmó: *“la causal de inasistencia sin justa causa al servicio por un lapso superior a diez días. Es objetiva, y se encuentra configurada simplemente con la inasistencia del Soldado Profesional.”* Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>45</sup> Más adelante amplió esta afirmación en los siguientes términos: *“[e]n ese entendido, el retiro del servicio activo del personal de las Fuerzas Militares por inasistencia al servicio por un término mayor de diez días, no exige el adelantamiento previo de un proceso disciplinario o penal militar, pues basta demostrar la inasistencia sin justa causa del funcionario dentro del término legalmente exigido para proceder a su desvinculación (...) En consecuencia, las actuaciones en materia disciplinaria, penal y administrativa que, para cada caso, adopten y dispongan los comandos superiores de cada Unidad, son mecanismos autónomos e independientes y no se encuentran conexos ni ligados el uno del otro, dada[s] las potestades que para cada materia se han establecido en la normatividad vigente.”* Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>46</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>47</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>48</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>49</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

*no regresa al término de su permiso el comandante cumpliendo su deber de informar las novedades presentadas con el personal que está bajo su cargo informa que el soldado no regresa.*”<sup>50</sup>

Por otra parte, señaló que no se revocó el acto administrativo con el que se ordenó el retiro del soldado, dado que carecen de la competencia expresa para hacerlo, pues ello es facultad exclusiva del Comandante del Ejército. Reiteró que respondió de manera negativa la petición presentada por el accionante, pues debía acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que allí se determinara si era procedente la solicitud de reintegro. También manifestó que dicha petición no fue remitida al Comandante del Ejército para que emitiera una respuesta de fondo, por cuanto la misma estaba dirigida *“al MINISTERIO DE DEFENSA – COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, es claro que tales dependencias al igual que las unidades militares como es el caso hace parte de una sola y única institución esto es el Ministerio de Defensa, en el cual existe el deber de colaboración dentro de las mismas, es por eso que una vez llega una solicitud dirigida a los entes superiores MINISTERIO DE DEFENSA – COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES son bajadas de nivel hasta llegar a quien corresponde emitir la respuesta en este caso al Comando del Ejército Nacional, por tal motivo no había necesidad de correr traslado del mismo”*<sup>51</sup>

Por último, afirmó que no se ha tomado ninguna decisión a favor del accionante luego del archivo de las investigaciones penal y disciplinaria, y que, hasta el momento, no se ha dado ninguna respuesta institucional al llamado del Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal, que indicó que fueron desatendidos los mecanismos de atención, prevención y asistencia, de obligatorio cumplimiento para los comandantes y su línea de mando, pues tenían conocimiento de la situación que se le presentaba al accionante.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia y procedibilidad**

1.1. La Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con la Constitución y las normas reglamentarias;<sup>52</sup> y, en virtud del Auto del 21 de mayo de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Cinco. En seguida, se analiza la procedencia de la acción de tutela.

1.2. La acción de tutela objeto de estudio es procedente. En efecto, el accionante, mediante apoderado judicial (Decreto 2591 de 1991, Art. 10), invoca la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo y el debido proceso. La solicitud de protección constitucional puede ser interpuesta contra el Ministerio de Defensa - Comando General de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, dado que se

---

<sup>50</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 36.

<sup>51</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 40.

<sup>52</sup> En particular los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

trata de la autoridad pública que presuntamente vulneró las garantías fundamentales invocadas (Art. 13, Decreto 2591 de 1991).<sup>53</sup>

1.2.1. Se encuentra cumplido el requisito de inmediatez, pues si bien el acto administrativo que dispuso el retiro del accionante data del 25 de octubre de 2016, existen dos argumentos que explican por qué sólo hasta el 28 de noviembre de 2017 se interpuso la acción de tutela. Primero, en la contestación del auto de pruebas el señor César Augusto indicó que luego del retiro y debido a los eventos catastróficos que había sufrido su familia entró en depresión y “*profunda tristeza puesto que ese empleo era todo lo que tenía, el único sustento de [su] familia y [su] expectativa de vida, ello sumado a la muerte de [su] tío, los cuidados a [su] hermano...*”.<sup>54</sup> Además, debe valorarse que, como consecuencia del retiro del Ejército, no contaba con la posibilidad de acceder a una asesoría médica que le diera tratamiento con terapias o medicamentos. En criterio de la Sala, ello evidencia que el tutelante se encontraba en una situación especial de afectación, de manera que, adjudicarle la carga de acudir ante el juez de tutela de manera previa, sería desproporcionado. Segundo, entre el momento del retiro y la interposición de la acción de tutela ocurrió el archivo de la investigación penal (el 31 de mayo de 2017) y disciplinaria (el 24 de julio del mismo año). Estas circunstancias fácticas son jurídicamente relevantes, pues en estos procesos se concluyó que la ausencia del servicio estuvo justificada en la situación familiar que estaba viviendo el actor, la cual era conocida por los mandos del Batallón. Es justamente ello lo que motiva la interposición de la acción de tutela, pues mientras en el acto administrativo que dispuso su retiro, se afirma que su conducta se enmarca en la causal de retiro por ausencia injustificada, las investigaciones posteriores llegaron a una conclusión opuesta.

1.2.2. Por último, se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad. Si bien es cierto la acción de tutela resulta, en principio, improcedente para cuestionar un acto administrativo que desvincula del servicio a un soldado profesional, pues para ello está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala considera que en este caso dicho mecanismo carece de idoneidad y eficacia<sup>55</sup>. En cuanto a la

---

<sup>53</sup> Decreto 2591 de 1991, Artículo 13: “*La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.*” Esta Corporación ha estudiado diferentes acciones de tutela interpuestas en contra de las entidades territoriales, en las que se ha alegado la vulneración del derecho a la educación de parte de estas. Sobre el particular, se pueden consultar las siguientes: T-235 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara; T-055 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1259 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-698 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-781 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-743 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Mauricio González Cuervo; T-055 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-085 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-155 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-629 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>54</sup> Expediente T-6.651.702, Cuaderno principal, Folio 34. Adjuntó como prueba la última orden de entrega de medicamentos, con fecha del 10 de octubre de 2016.

<sup>55</sup> El criterio de idoneidad ha sido explicado por esta Corte como la “aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho”. Ver, entre otras, sentencias T-590 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-649 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-673 de 2012. MP Mauricio González Cuervo; T-241 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva; SU-772 de 2014. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-028 de 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-307 de 2016. MP Alejandro Linares Cantillo; T-441 de 2017. MP Alberto Rojas Ríos; y T-473 de 2017. MP Iván Humberto Escrucera Mayolo.

La eficacia, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, corresponde a la protección oportuna de los derechos del tutelante. Se trata de la utilidad del mecanismo ordinario en términos temporales, dadas las condiciones particulares de cada caso concreto. Ver, entre otras, sentencias T-106 de 1993. MP Antonio Barrera Carbonell; T-280 de 1993. MP

ausencia de idoneidad o eficacia del medio ordinario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe verificarse que dichos medios no tengan la capacidad de proteger efectivamente los derechos de la persona. Por tanto, es preciso analizar si el reclamo de quien acude a la tutela puede ser discutido por la vía ordinaria, o si por el contrario, debido a la situación particular del accionante no puede acudir a dicha instancia, tal como ocurre en el presente asunto, en el que se advierte que: (i) César Augusto está a cargo de su familia, al ser “*quien trabaja y responde pecuniariamente por su familia*”,<sup>56</sup> (ii) los miembros de su núcleo familiar sufren de diferentes enfermedades graves como VIH y enfermedad pulmonar obstructiva crónica,<sup>57</sup> (iii) su único empleo ha sido el de soldado profesional, (iv) debido a su desvinculación él y su núcleo familiar se encuentran en extrema pobreza, siendo necesario pedir limosna en buses en repetidas ocasiones, y actualmente reside por caridad en la casa de una conocida, y por último, (v) manifiesta que no tiene propiedad alguna ni empleo estable<sup>58</sup>. Por ende, debido a la situación particular del accionante, esta Sala concluye que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo eficaz para proteger sus derechos fundamentales, dada la urgencia que imponen sus condiciones socioeconómicas.

Así mismo, el medio de defensa judicial consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>59</sup> carece de idoneidad en el asunto bajo examen, pues este tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto administrativo “*y la declaratoria de nulidad que de ello se deriva, por lo que materialmente su diseño impide que se verifique la protección de los derechos fundamentales que se vulneran con el actuar de la entidad administrativa*”.<sup>60</sup> El accionante invoca la protección de sus derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, pues su vinculación como soldado profesional le permitía a él y a su núcleo familiar, cuyos integrantes tienen condiciones médicas graves, obtener los ingresos económicos necesarios para suplir las necesidades básicas. Así, resulta claro que con la acción de tutela, más que controvertir la

---

Hernando Herrera Vergara; T-147 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz; T-847 de 2003. MP Manuel José Cepeda Espinosa; T-425 de 2001. MP Clara Inés Vargas Hernández; T-1121 de 2003. MP Álvaro Tafur Galvis; T-021 de 2005. MP Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1321 de 2005. MP Jaime Araujo Rentería; T-514 de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández; T-211 de 2009. MP Mauricio González Cuervo; T-160 de 2010. MP Humberto Antonio Sierra Porto; T-589 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva; y más recientemente las sentencias T-004 de 2016. MP Jorge Iván Palacio Palacio; T-386 de 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-023 de 2017. MP Aquiles Arrieta Gómez; T-072 de 2017. MP Jorge Iván Palacio Palacio; y T-161 de 2017. MP José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>56</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 3. Esta afirmación fue ampliada también en la respuesta que presentó ante las pruebas solicitadas por la Magistrada Ponente. Sobre el particular, afirmó que su madre administraba los ingresos que él percibía, distribuyéndolos en los gastos del hogar (gastos de vivienda, alimentación, servicios y transporte a las citas médicas).

<sup>57</sup> Conforme a las historias clínicas del núcleo familiar y declaraciones dentro de proceso penal y disciplinario, la madre del accionante fue diagnosticada como portadora de VIH desde 2004 (Cuaderno N° 1, Folio 26, 73). El hermano, es paciente diagnosticado con VIH desde el 2009, urolitiasis y es consumidor diario de marihuana (Cuaderno N° 1, Folios 21-27, 102 y 107). Por último, la abuela del accionante tiene una enfermedad pulmonar obstructiva crónica con dependencia de oxígeno y sufre de hipertensión (Cuaderno N° 1, Folio 136- CD; Pág. 184-229).

<sup>58</sup> Escrito de tutela. Expediente T-6.651.702, Cuaderno N° 1, Folio 5.

<sup>59</sup> El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone: “*toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.*”

<sup>60</sup> Corte Constitucional, sentencia T-193 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta decisión, se estudiaron tres casos, en uno de ellos el Ejército Nacional impuso una multa por no comparecer a la citación para la definición de su situación militar. En los otros dos, los accionantes alegaron que en la liquidación de la cuota de compensación, el Ejército no tuvo en cuenta sus condiciones particulares. La decisión reiteró la jurisprudencia sobre la incidencia directa que tiene la definición de la situación militar en la protección y el ejercicio de otros derechos fundamentales.

legalidad del acto administrativo, se busca lograr el goce efectivo de los derechos fundamentales que, en concepto del actor, fueron conculcados.

Por lo anterior, si bien la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial al que en principio puede acudir el accionante, dadas sus condiciones y la jurisprudencia constitucional aplicable, esta no es idónea ni eficaz para salvaguardar las garantías presuntamente vulneradas.

## **2. Presentación del problema jurídico y estructura de la decisión**

2.1. Acorde con los antecedentes expuestos, la Sala Segunda de Revisión resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera el Comando de Personal del Ejército Nacional los derechos al debido proceso y al trabajo del accionante, al desvincularlo de la institución bajo la causal de ausencia injustificada del servicio por más de 10 días, a pesar de conocer que dicha inasistencia se debió a las complejas situaciones de su núcleo familiar, pues estas circunstancias fueron informadas por el actor a sus superiores?

2.2. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se establecerá el alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del retiro de los soldados profesionales y se analizará el caso concreto sometido a revisión. Por último, se presentará una síntesis de la decisión adoptada.

## **3. César Augusto Herrera Cortés tenía derecho a la garantía del debido proceso en el trámite del acto administrativo en el que se dispuso retirarlo del servicio por ausencia injustificada**

3.1. En toda actuación administrativa o judicial debe respetarse el derecho al debido proceso (Art. 29, Constitución Política). En concreto, en las actuaciones administrativas, el alcance de este derecho va “*desde la etapa previa a la expedición del acto administrativo hasta las etapas finales...*”<sup>61</sup>. La jurisprudencia constitucional ha dicho que, como parte del debido proceso administrativo, a las personas se les debe garantizar el derecho de contradicción, del que se desprenden tres garantías mínimas en favor de los administrados, a saber: (i) la comunicación del trámite que se está desarrollando<sup>62</sup>; (ii) la posibilidad de ser oídos por las autoridades administrativas antes de que se tome una decisión que tenga la virtualidad de afectar

---

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia T-218 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. En esta decisión, la Sala concluyó que “*se vulneran los derechos constitucionales fundamentales de petición, vida digna, mínimo vital y trabajo de un ex soldado que solicita el reintegro al Ejército Nacional por haber posiblemente recuperado su salud después de haber sido retirado por una disminución en su capacidad psicofísica inferior al 50%, cuando el Ejército Nacional no valora de manera integral el nuevo hecho puesto en su conocimiento.*” Para llegar a dicha decisión, fue relevante el análisis del debido proceso administrativo, para indicar la relevancia de la notificación de los actos administrativos.

<sup>62</sup> La notificación del inicio de un trámite administrativo tiene una triple función: (i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; (ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; (iii) hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes. (Sentencia T-210 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez).

sus derechos;<sup>63</sup> y (iii) la notificación del acto administrativo que defina el proceso, de conformidad con todos los requisitos legales<sup>64</sup>.

3.2. En Sentencia T-1023 de 2007<sup>65</sup> se analizó un caso similar al presente. En dicha oportunidad el Ejército Nacional había retirado del servicio a un soldado profesional con fundamentó en la causal de inasistencia al servicio por más de diez días sin causa justificada. No obstante, la Corte advirtió que la ausencia del accionante se debió a los graves problemas de salud que padecía, y concluyó que su derecho al debido proceso administrativo había sido vulnerado porque (i) nunca se le comunicó que fuera a ser dado de baja; (ii) tampoco fue escuchado en orden a determinar la justeza de la causa de su inasistencia; y (iii) ni en el acto administrativo ni en la notificación efectuada se indicaron los recursos que procedían contra aquél. En efecto, sobre las garantías que se deben brindar a una persona en este tipo de actuaciones para asegurar el respeto de su derecho de contradicción dentro de un proceso administrativo, este Tribunal indicó:

*“En primer término, la persona debe ser notificada de que está cursando en contra suyo un trámite orientado al retiro de las fuerzas militares, exigencia aún más importante si dentro de la causal existe un elemento subjetivo, como acontece cuando es exigido que la inasistencia por más de diez (10) días se produzca sin justa causa. En segundo término, debe ser escuchado acerca de los hechos por los cuales pretende retirárselo del servicio, finalidad que busca alcanzar el acto de notificación. En tercer término, el acto administrativo que concluya con el trámite debe notificarse de conformidad con los requisitos legales, dentro de los que se halla uno primordial, indispensable de cara al ejercicio del derecho de contradicción, esto es, el expresado por el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor: ‘En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes debe interponerse, y los plazos para hacerlo’. El resultado de inobservar este último requerimiento legal, según el artículo 48 del Contencioso, es que ‘no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión’”.*<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> El derecho a ser oído como parte del derecho al debido proceso ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-006 de 2011. MP. María Victoria Calle Correa; T-522 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-063 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva, la cuales analizaron el proceso de cancelación de la cédula de ciudadanía por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplica también a procedimientos administrativos y no solamente judiciales (Caso Ivcher Bronstein contra Perú).

<sup>64</sup> La jurisprudencia constitucional ha señalado que la notificación personal de los actos administrativos debe surtirse con base en los siguientes parámetros: (i) entregarse, copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado; (ii) en los términos establecidos en la ley; (iii) indicando la hora y fecha en la que se lleva a cabo la actuación; y, (iv) los recursos que proceden, las autoridades ante quienes deben interponer y los plazos para hacerlo, de acuerdo a los artículos 66 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sobre la relevancia constitucional de la notificación de actos administrativos que disponen el retiro de miembros de la Fuerza Pública, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1023 de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2009 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>65</sup> MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>66</sup> En esta oportunidad la Corte ordenó a “la Junta Médico Laboral Militar, que evalúe la disminución de la capacidad laboral sufrida por José Alejandro Perea Mejía y según el porcentaje advertido se le reconozca la pensión de invalidez si hay lugar a ello, o se lo reintegre ubicándolo en un oficio que atienda su situación de salud en caso contrario”.

3.3. En el presente caso esta Sala advierte que al señor Herrera Cortés nunca le fue comunicado el inicio de un trámite tendiente a ser retirado del servicio, tampoco fue escuchado por las respectivas autoridades administrativas antes de que se tomara una decisión definitiva sobre su situación, y nunca se le informaron los recursos que procedían contra el acto administrativo por medio del cual fue desvinculado del Ejército Nacional, cuestiones que implicaron el desconocimiento de su derecho al debido proceso administrativo, tal como se explicará a continuación.

3.4. Como ya se indicó, el accionante tenía derecho a que se le comunicara el inicio del trámite que tenía por objeto determinar si debía ser retirado del servicio, así como el derecho a ser oído en el marco de dicha actuación antes de que se tomara una decisión sobre su caso, pues lo que allí se resolviera podría afectar, como en efecto sucedió, su derecho al trabajo. No obstante, el señor Herrera Cortés no tuvo la oportunidad de ser oído por el Comando de Personal del Ejército Nacional antes de que se tomara una decisión, así como tampoco se le informó del procedimiento que se adelantaba en su contra. Al accionante solamente se le notificó el 4 de noviembre de 2016 el acto administrativo por medio del cual se le retiraba del servicio (Orden de Personal No. 2445 del Comando de Personal del Ejército Nacional), a pesar de que la entidad accionada conocía los motivos por los cuales no había podido regresar al Batallón a ejercer sus labores como soldado profesional.

3.5. En efecto, en las pruebas que obran en el proceso se evidencia que, si bien es cierto el accionante estuvo ausente por más de 10 días después del permiso que le fue concedido, era de conocimiento de sus superiores los problemas familiares por los que atravesaba, esto es: (i) el fallecimiento de su tío; (ii) el viaje a Bogotá en búsqueda de su hermano, quien estuvo desaparecido por más de 19 meses; y (iii) la hospitalización de su abuela. Dichas circunstancias nunca fueron valoradas por la entidad accionada al momento de decidir la desvinculación del señor Cesar Augusto, a pesar de que permitían vislumbrar que su ausencia no se debía a un hecho injustificado, sino a una situación familiar compleja, que fue relatada por el actor al Cabo Torres Goyeneche, cuando este lo contactó. Si bien en esta comunicación se le ofreció la posibilidad de “*atender y apoyar la posible solución a su situación*”, ello suponía que debía presentarse en el Batallón y, por ende, desatender su apremiante situación familiar.<sup>67</sup>

3.6. La Sala no discute que el accionante se haya ausentado del servicio por más de diez (10) días, pues es un hecho que está demostrado. Lo que se cuestiona es que no se verificó que dicha ausencia ciertamente fuera “*injustificada*”, en los términos de la causal prevista en el literal b del artículo 8 y en el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000. En efecto, tanto en la investigación disciplinaria como en la penal que se le adelantó al actor se concluyó que, si bien César Augusto había faltado a su deber de prestar el servicio, ello ocurrió debido a que se encontraba atendiendo las necesidades de sus familiares, que estaban en una situación de suma vulnerabilidad

---

<sup>67</sup> Este hecho se fundamenta en el informe del Cabo Primero Torres Goyeneche Enrique dirigido al Capitán Ferez Sánchez Jorge, con fecha del 10 de septiembre de 2016. En este se afirma que ya habían pasado más de diez (10) días de retardo en la presentación. Así mismo, en el oficio enviado por el Director de Personal del Ejército en respuesta al auto de pruebas del 27 de julio de 2018, se reiteró que se le había comunicado al accionante “*la importancia de que hiciera presentación en la Unidad, con el fin de apoyar y atender la posible solución a su situación*”.

y necesidad. Sobre este punto, en la providencia del Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar, que ordenó el archivo de la investigación penal, se indicó que se encontraba *“ampliamente probada la situación respecto del hoy procesado y la condición de su familia”*. Por ello, se reprochó la actuación de la entidad accionada, ya que *“era obligación de sus comandantes directos y por parte de la oficina de personal del Batallón y su comandante velar, por las condiciones personales y/o psicológicas del SLP. HERRERA CORTES C[É]SAR AUGUSTO, toda vez que si bien es cierto para la fecha en que se realiza el acta de inasistencia al servicio, se tenía pleno conocimiento de su condición familiar, y no se debió agravar la situación personal, familiar y militar conllevando con el retiro de la institución, toda vez que si bien es cierto que el procesado se encontraba retardado en un permiso, el Comando de la Unidad ten[í]a plenas facultades para otorgar un permiso y/o tramitar ante el Comando superior las vacaciones por su estado de necesidad”*.

En el mismo sentido, en el auto por medio del cual se archivó la investigación disciplinaria, se indicó que, si bien se presentó un retardo por parte del accionante para reincorporarse a sus labores luego del permiso que le fue otorgado, *“también se halla que este se realizó en atención a unas obligaciones del estado de necesidad de su núcleo familiar además la ausencia la realiz[ó] basado en sus derechos y obligaciones que le asisten como el deber de asistencia de los hijos hac[í]a sus padres”*. Por lo anterior, esta Sala advierte que existían suficientes elementos que le impedían concluir al Comando de Personal del Ejército Nacional que la inasistencia al servicio por parte Cesar Augusto Herrera Cortés era una ausencia injustificada, por lo que no resultaba procedente retirar del servicio al accionante con fundamento en la causal invocada por la entidad accionada.

3.7. Tampoco comparte esta Corte lo afirmado por el Comando General de las Fuerzas Militares en respuesta al auto de pruebas. Según su interpretación de las normas que fundamentaron el retiro del servicio del accionante, esto es, el literal b del artículo 8 y el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000, se trata de una causal objetiva que se configura *“simplemente con la inasistencia del Soldado Profesional”*. No obstante, esta interpretación desconoce que la causal en mención contempla dos elementos a tener en cuenta: uno objetivo, relativo a la inasistencia por más de diez (10) días; y otro subjetivo, consistente en que dicha inasistencia se hubiere producido *“sin causa justificada”*<sup>68</sup>. Por ende, las respectivas autoridades tienen el deber de valorar materialmente las circunstancias y las razones que implicaron que un soldado profesional se ausentara de presentarse para cumplir sus funciones. Es justamente este análisis lo que explica que tanto la investigación disciplinaria como la penal hayan concluido que, si bien el peticionario había faltado a su deber de prestar el servicio, ello ocurrió debido a que se encontraba atendiendo las necesidades de sus familiares, que estaban en una situación de suma vulnerabilidad y necesidad.

3.8. Finalmente, la orden de personal N° 2445 del Comando de Personal del Ejército Nacional, acto administrativo a través del cual se dispuso el retiro del accionante, no estableció cuáles eran los recursos que procedían contra el mismo, las autoridades ante quién debía interponerse ni el término para ello, tal como lo establece el artículo

---

<sup>68</sup> Al respecto ver sentencia T-1023 de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Como se explicó anteriormente, esta situación transgrede el derecho de contradicción del señor Herrera Cortés, y por ende, su derecho al debido proceso. En efecto, esta omisión es parte de las razones que llevaron al accionante a desconocer los mecanismos legales que podía ejercer para controvertir el mencionado acto administrativo. Hizo lo que consideraba razonable dada su información: buscar a sus superiores para hablar sobre la decisión que habían adoptado, sin que tampoco en esta oportunidad hubiera sido escuchado.

3.9. En síntesis, esta Sala evidencia que el Comando General del Ejército Nacional vulneró el derecho al debido proceso del accionante porque, por un lado, no le comunicó el inicio de la actuación administrativa en la que se determinaría si debía ser retirado del servicio, así como tampoco le brindó la oportunidad de ser oído y exponer las razones que lo habían llevado a ausentarse de sus labores, tomando la decisión de retirarlo del servicio sin valorar la información sobre los diferentes problemas familiares por los que atravesaba y de los que tenía conocimiento. Y, por otro lado, en el acto administrativo que determinó su retiro no se indicaron cuáles eran los mecanismos administrativos por medio de los cuales hubiera podido controvertir la decisión. Por las razones expuestas, la Sala revocará la Sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, que declaró improcedente el amparo por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad. En su lugar, concederá la protección invocada del derecho al debido proceso.

Ahora bien, en principio podría considerarse que el remedio más indicado sería ordenar que se adelante nuevamente el trámite administrativo por medio del cual se decidió retirar del servicio al actor, con la plena garantía del derecho fundamental al debido proceso. No obstante, debe tenerse en cuenta que ya se efectuaron dos procesos adicionales, uno penal y otro disciplinario, y en ambos se llegó a la misma conclusión: se determinó que su inasistencia al servicio estaba soportada en una justa causa. Además, debe considerarse que la norma que sirvió de fundamento para retirar del servicio al señor Herrera Cortés solamente alude a la existencia de una justa causa para que resulte improcedente el retiro por inasistencia de un soldado profesional, y ni en el mencionado trámite administrativo ni en este proceso judicial se evidencia que la entidad accionada haya alegado razones adicionales a las que ya fueron consideradas en los procesos penal y disciplinario. Por lo tanto, a juicio de esta Sala carece de sentido volver a tramitar un proceso que pretenda verificar si la ausencia se dio en virtud de una justa causa, cuando el asunto ha sido analizado y probado en dos ocasiones distintas. En consecuencia, lo que corresponde es ordenar al Comando de Personal del Ejército Nacional dejar sin efectos jurídicos el acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio al accionante y, en su lugar, ordenar su reincorporación sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando, así como el pago de los salarios y las prestaciones sociales que dejó de percibir desde cuando se produjo su retiro del servicio hasta que se haga efectiva su reincorporación. No obstante, no se accederá a la pretensión relativa a la indemnización de los perjuicios causados al actor y su familia, dado que para estos efectos el peticionario

puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y dicha indemnización no es necesaria para garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.<sup>69</sup>

#### **4. Síntesis de la decisión**

4.1. La Sala Segunda de Revisión estudió el caso de una persona que estuvo vinculada como soldado profesional al Ejército Nacional hasta el momento en que se dispuso su retiro bajo la causal de ausencia injustificada del servicio por más de 10 días, prevista en el literal b del artículo 8 y el artículo 12 del Decreto 1793 de 2000. Además de dicha decisión administrativa, se inició una investigación penal y otra disciplinaria en contra del accionante. Estas fueron archivadas luego de concluir que, si bien la conducta era típica, no resultaba antijurídica, pues la inasistencia del actor estaba plenamente justificada, ya que se encontraba apoyando a su familia, que atravesaba por una compleja situación.

4.2. El análisis del caso llevó a concluir que se dio una vulneración del derecho al debido proceso del accionante porque no se le informó el inicio del trámite administrativo que determinaría si debía ser retirado del servicio y tampoco fue escuchado antes de que se tomara la decisión, aun cuando se tenía conocimiento de su delicada situación familiar. Además, en el acto administrativo que resolvió su retiro del Ejército Nacional no se indicó cuáles recursos procedían para impugnarlo.

### **III. DECISIÓN**

El Comando de Personal del Ejército Nacional vulnera los derechos al debido proceso y al trabajo de una persona, al desvincularla del servicio por aplicar objetivamente la causal de ‘ausencia injustificada del servicio por más de 10 días’, sin informarle el inicio de dicho trámite ni garantizarle el derecho a ser oído; en especial si la entidad sabe que la inasistencia probablemente se debe a situaciones que la justifican, como graves problemas y dificultades en su núcleo familiar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante la que se declaró improcedente el amparo, por no encontrar cumplido el

---

<sup>69</sup> La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar la indemnización de perjuicios, salvo que, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, se cumplan las siguientes condiciones: (i) la tutela sea concedida, (ii) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio, (iii) la violación del derecho haya sido manifiesta y como consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, (iv) la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho y, (v) se haya garantizado el debido proceso a quien resulte condenado. Al respecto, ver entre otras: sentencias T-151 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-588 de 2006. MP. Jaime Araújo Rentería; T-081 de 2012. MP. Juan Carlos Henao Pérez; T-352 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

requisito de subsidiariedad. En su lugar, conceder la protección invocada del derecho al debido proceso del señor César Augusto Herrera Cortés.

**SEGUNDO.- ORDENAR** al Comando de Personal del Ejército Nacional que, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, deje sin efectos jurídicos la Orden Administrativa de Personal No. 2445 del Comando Personal del Ejército Nacional; y que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente Sentencia, proceda a reincorporar al servicio a César Augusto Herrera Cortés, sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando, y le pague los salarios y las prestaciones sociales que dejó de percibir desde cuando se produjo su retiro del servicio hasta que se haga efectiva su reincorporación.

**TERCERO.- LIBRAR** las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de primera instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 para los fines allí contemplados.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada Ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General