

Sentencia T-136/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y EL CONSEJO ASESOR DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR-Caso en que el demandante no fue incluido en la lista de elegibles para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Parámetro de procedibilidad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

El ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a los cuales se puede acudir para demandar su legalidad. En efecto, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, para efectos de controvertir actos administrativos, siendo estos los mecanismos judiciales idóneos y específicos con que cuenta el accionante para enervar los efectos dañinos que, en su consideración, se produjeron.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Concepto/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no demostrarse la existencia de perjuicio irremediable al ser excluido de la lista de elegibles para proveer el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar

Referencia: expediente T-2.370.616

Demandante: Germán Contreras Meléndez

Demandados:

Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2- que, a su vez, confirmó el dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Penal-, en relación con el recurso de amparo constitucional promovido por Germán Contreras Meléndez contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar.

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud

El 5 de junio de 2009, el señor Coronel Germán Contreras Meléndez formuló, a través de apoderado, acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, por una presunta violación de su derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo, en la que considera incurrieron las entidades demandadas, al excluirlo del proceso de construcción de referentes de calidad por medio del cual se elaboraría la lista de elegibles presentada ante el Presidente de la República, para efectos de proveer 5 cargos actualmente vacantes, correspondientes a los de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

2. Hechos relevantes y Pretensiones

2.1. Manifiesta el actor, a través de su apoderado, que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, a través de oficio No. 76824 MDMDEJPM-GAP de 3 de octubre de 2008, solicitó a todas las Fuerzas (Ejército, Armada, Policía y Fuerza Aérea) y al Comando General de las Fuerzas Militares, presentar la lista de los candidatos para participar en el proceso de construcción de referentes de calidad, a fin de configurar una lista de elegibles que sería enviada al Presidente de la República con el propósito de proveer las vacantes existentes

relacionadas con el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

En dicha convocatoria, se estipuló que, para asegurar la representación de todas las Fuerzas Militares y de Policía en esa Alta Corporación, se propondría al primer clasificado de una de las listas enviada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Comandante del Ejército Nacional, el Comandante de la Armada de la República de Colombia, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y el Director de la Policía Nacional, para un total de 5 cupos de Magistrado. La mencionada convocatoria es del siguiente tenor:

“De acuerdo con lo dispuesto en la reunión antes citada (hace referencia a la reunión del 12 de agosto de 2008 del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar citada en el hecho anterior), para garantizar la representación de todas las Fuerzas y la Policía Nacional en la Alta Corporación, el primer clasificado de una de las listas presentadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Comandante del Ejército Nacional, el Comandante de la Armada de la República de Colombia, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y el Director de la Policía Nacional será propuesto al señor Presidente de la República para nombramiento (1 cargo para la lista del Comando General, 1 para el Ejército, 1 para la Armada, 1 para la Fuerza Aérea y 1 para la Policía) para un total de 5 cupos de Magistrado.”

2.2. Mediante oficio No. 1773 MD-CGFM-JEMC-AY, de 29 de octubre de 2008, el accionante fue postulado como candidato único por el Comando General de las Fuerzas Militares, tras acreditar tanto los requisitos generales como los específicos señalados en la Ley 940 de 2005 para acceder a la calidad de Magistrado del Tribunal Superior Militar. Entre tanto, la Policía Nacional postuló a 4 candidatos, el Ejército Nacional postuló a 5 candidatos, la Fuerza Aérea postuló a 4 candidatos y la Armada Nacional postuló a 1 candidato -que posteriormente fue retirado-.

2.3. El 23 de enero de 2009, se surtió la primera etapa del proceso de construcción de referentes de calidad¹, en tanto se llevó a cabo la evaluación escrita de conocimientos, la cual fue aprobada por el actor con un puntaje de 61.5 sobre 100. Cabe aclarar que la citada evaluación se caracterizaba por ser excluyente, lo que, en principio, suponía que quienes no hubiesen aprobado la misma, serían retirados del concurso.

Aprobado el examen de carácter cognitivo, se sometió a la etapa subsiguiente dentro de la convocatoria, cual era la entrevista, la que una vez presentada fue valorada con una

puntuación de 5.2, en una escala de 0 a 10 puntos.

2.4. Sin embargo, cuando debían ser apreciados los demás factores de evaluación, como lo son la experiencia en cargos de la Justicia Penal Militar, el grado militar y la antigüedad, con el objetivo de asignarle un puntaje final al candidato único de la lista del Comando General de las Fuerzas Militares, el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, el 21 de abril de 2009, decidió dar por terminado el proceso de construcción de referentes de calidad y proponer al Presidente de la República 3 candidatos del Ejército Nacional, 1 de la Fuerza Aérea y 1 de la Policía Nacional, para ocupar las 5 vacantes referentes a los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

2.5. Esto último, a juicio del apoderado judicial, no sólo no se corresponde con lo dispuesto en el Oficio No. 76824 MDMDEJPM-GAP, mediante el cual se estableció el proceso de selección a partir del criterio de construcción de referentes de calidad, sino que, además, desconoce que el tutelante ocupaba el primer lugar en la lista presentada por el Comando General de las Fuerzas Militares para acceder a uno de los cargos vacantes.

A ello, ha de agregarse que el actor venía desempeñándose como Fiscal ante el Juez de Instancia de la Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares desde el 7 de diciembre de 2004 -mediante Resolución No. 256 de 2004- hasta el 1 de junio de 2009, fecha en la que, sin justificación alguna, se dio por terminada su designación en el mencionado cargo. Inclusive, aún en la actualidad, continúa sin que se le haya asignado uno nuevo.

2.6. Sobre la particular consideración de que ha sido quebrantado el derecho al debido proceso administrativo, el apoderado judicial acude al recurso de amparo constitucional como herramienta de protección judicial transitoria, a efectos de instar al juez de tutela para lograr la justiciabilidad de las prerrogativas de raigambre fundamental que resultan transgredidas, evitando así la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. En virtud de lo expuesto, solicita que se ordene a las entidades demandadas incluir el nombre del accionante en la lista de candidatos que será presentada al Presidente de la República para la provisión de las cinco (5) vacantes en los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

3. Fundamentos de la acción

3.1. El apoderado inicia por destacar que en el presente asunto le ha sido vulnerado el derecho fundamental al debido proceso administrativo de su mandante, en cuanto que el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar lo excluyó de la lista de elegibles para ocupar una de las vacantes de Magistrado de Tribunal Superior Militar.

Para ello, tuvo en cuenta, en primer lugar, que fueron desconocidos los lineamientos insertos en el oficio de convocatoria No. 76824 MDMDEJPM-GAP, a través del cual se estableció claramente que debía ser postulado un candidato por cada ente perteneciente a las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con miras a garantizar su representación en el alto Tribunal.

En segundo término, que el actor fue propuesto como candidato único en representación del Comando General de las Fuerzas Militares, a partir de lo cual se supone que le correspondería hacer parte de la lista que ha de ser evaluada por el Presidente de la República para proveer las vacantes relacionadas con los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

3.2. De otra parte, refiere que para la protección transitoria de los derechos fundamentales quebrantados en el caso concreto, la acción de tutela se impone como el mecanismo de defensa judicial idóneo, ya que si bien puede advertirse la existencia, en el ordenamiento jurídico, de acciones y recursos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que aquellos devendrían inoportunos, en tanto su duración probablemente exceda el período legal del cargo para el cual fue postulado.

3.3. Por último, hace hincapié en el hecho de que la protección tutelar impetrada debe otorgarse para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en razón a que, además de las circunstancias precedentemente expuestas, resulta relevante evitar que se haga nugatoria aquella prerrogativa fundamental asociada con el acceso y desempeño de cargos públicos.

4. Oposición a la demanda de tutela

Con el objeto de conformar debidamente el contradictorio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, mediante Auto de 08 de junio de 2009, ordenó poner en conocimiento de las entidades demandadas, la acción de tutela para que se pronunciaran

acerca de las pretensiones y del problema jurídico planteado en ella.

4.1. Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

A través de memorial presentado el 12 de junio de 2009, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar dio respuesta al requerimiento judicial, en la forma que a continuación se expone:

- El Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, en uso de las facultades legales que le han sido otorgadas en el artículo 62 del Decreto 1512 de 2000, decidió adelantar un proceso de construcción de referentes de calidad, a fin de elaborar una lista de candidatos que será presentada al Presidente de la República para proveer los 5 cargos vacantes de Magistrado del Tribunal Superior Militar.
- El mencionado proceso incluyó una prueba escrita de conocimientos que fue realizada el 23 de enero de 2009 en las instalaciones de la Universidad Externado de Colombia, institución universitaria encargada de confeccionarla, vigilarla y calificarla. Dicha prueba, valga mencionar, versó sobre conocimientos en derecho penal militar, derecho penal general, derecho constitucional, principios básicos de derechos humanos y derecho internacional humanitario, y sólo sería superada por quien obtuviera un puntaje igual o superior a 75 sobre 100.
- Aparte de la prueba, existían otros componentes, entre los que se encuentran la experiencia en cargos de funcionario de la Justicia Penal Militar, el grado militar y la antigüedad, los precedentes de calidad y la entrevista, además del previo cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 940 de 2005.
- El proceso de construcción de referentes de calidad no es un sistema técnico de administración de personal, por lo que no se genera ningún derecho a favor de los concursantes a integrar una lista de elegibles -derechos de elegibilidad-y, mucho menos, que ésta deba agotarse en estricto orden de mérito.
- El objetivo del proceso de construcción de referentes de calidad, se orienta a que las vacantes de Magistrado de Tribunal Superior Militar sean provistas con personal altamente calificado, sin que por virtud de ello se entienda que existe el criterio del mérito para su

selección.

- Los cargos de Magistrado en la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo previsto en la Ley 940 de 2005, son de periodo fijo, esto significa que, si bien no pertenecen a aquellos empleos de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que tampoco reportan derechos de carrera.

- Frente al caso concreto, sostiene que el candidato Contreras Meléndez se presentó a todas y cada una de las pruebas diseñadas en el proceso de construcción de referentes de calidad. Precisa, al respecto, que a pesar de que el actor obtuvo un puntaje inicial de 58.5 en la prueba escrita, la Universidad Externado de Colombia, en sede de revisión, modificó su puntaje a 61.5, calificación que le permitió continuar en el proceso, no obstante que la ponderación inicial era de 75 sobre 100. Ello, por cuenta del concepto rendido por el Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la mencionada institución universitaria, en donde expuso que la nota mínima para aprobar la evaluación era de 60 puntos.

- El proceso de construcción de referentes de calidad no ha concluido, pues aún no se ha enviado el listado de participantes al Presidente de la República. En todo caso, afirma que procederá a enviar el listado con la totalidad de los concursantes, incluyendo, por supuesto, el nombre del accionante -al haber superado la prueba escrita-.

- Por otro lado, respecto del cargo que desempeñaba el actor, argumenta que no es cierto que se haya dado su desvinculación sin justificación alguna, ya que, por el contrario, según lo dispuesto en el Decreto 091 de 2007, los empleos de la Justicia Penal Militar de que trata la Ley 940 de 2005, son de libre nombramiento y remoción.

- Por tal motivo, la terminación de su designación en la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de la Justicia Penal Militar en la Fuerza Aérea Colombiana, no afecta sus derechos a la seguridad social ni al mínimo vital, por cuanto se entiende que continúa percibiendo los emolumentos propios del grado de Coronel que ostenta en su institución de origen.

- Con todo, de llegar a ser elegido por el Presidente de la República para ocupar una de las vacantes, no existe ningún inconveniente por parte de la entidad para que el actor

efectivamente se posesione en el cargo.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, finalmente agrega que del asunto bajo estudio no emerge vulneración alguna del derecho al debido proceso, máxime, cuando quien depreca la protección tutelar basa su pedimento en una afirmación hipotética, según la cual, su nombre no va a ser incluido en la lista de candidatos que se presentará al Presidente de la República para que de ella se escoja a quienes habrán de ocupar los 5 cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

En ese orden de ideas, la acción de tutela no procede, siquiera, como mecanismo transitorio, al encontrarse frente a una vulneración que, prima facie, resulta incierta.

4.1.1. Adicionalmente, por medio de oficio de 19 de junio de 2009, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, a través de la Coordinadora del grupo de Asesoría Legal, amplió la información suministrada anteriormente, en el sentido de manifestar que los Comandantes o Directores de cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía, gozan de la facultad para designar discrecionalmente a quienes habrán de representar a dichas instituciones.

Esto último, no implica otra cosa que el poder de disposición para proponer a un candidato o, incluso, para declinar su postulación. Tal es el caso del actor, cuya candidatura fue retirada por parte del General Comandante de las Fuerzas Militares, en sesión celebrada el 21 de abril de 2009.

5. Pruebas que obran en el expediente

Dentro del expediente de tutela, se encuentran como pruebas relevantes, las siguientes:

5.1. Pruebas allegadas por el Coronel Germán Contreras Meléndez:

- Copia del oficio No. 76824 MDMDEJPM-GAP, de 3 de octubre de 2008, por medio del cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar convocó a un proceso de construcción de referentes de calidad, con el propósito de confeccionar las listas que han de presentarse al Presidente de la República para que provea 5 cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar (Folios 17 a 20).

- Copia del oficio No. 1773 MD-CGFM-JEMC-AY, de 29 de octubre de 2008, a través del cual el

Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, David René Moreno Moreno, propone como candidato para participar en el proceso de construcción de referentes de calidad al Coronel FAC Germán Contreras Meléndez, a efectos de ocupar una de las vacantes relacionadas con el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar (Folio 21).

- Copia del oficio No. 2322 MDMDEJPM-GAP, de 10 de enero de 2009, mediante el cual el Coordinador del Grupo de Administración de Personal JPM, le informa al señor Germán Contreras Meléndez la fecha de realización de la prueba escrita como parte del proceso de construcción de referentes de calidad (Folio 22).

- Copia de sendas solicitudes realizadas por el Coronel Germán Contreras Meléndez ante el Comandante General de las Fuerzas Militares, el 17 de febrero y el 9 de marzo de 2009, a través de las cuales insistió en que se mantuviera una vacante para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar, en razón a que debe asignarse una de ellas por cada Fuerza. Así mismo, puso de presente que era innecesaria la presentación de una prueba de conocimientos, en tanto es candidato único por el Comando General de las Fuerzas Militares (Folios 25 y 26).

- Copia de la Resolución No. 256 de 7 de diciembre de 2004, por medio de la cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar resuelve designar por necesidades del servicio al señor Teniente Coronel y Abogado de la Fuerza Aérea Colombiana, Germán Contreras Meléndez, para que desempeñe el cargo de Fiscal ante el Juez de Instancia de la Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares (Folio 27).

- Copia de la Resolución No. 000125 de 27 de mayo de 2009, mediante la cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar resuelve terminar, a partir del 01 de junio de 2009, la designación en la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar, del señor Germán Contreras Meléndez (Folio 28).

* Copia del derecho petición elevado por el Coronel Contreras Meléndez, el 18 de mayo de 2009, ante la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en donde solicitó información sobre el puntaje obtenido en las diferentes pruebas de que se compone el proceso de construcción de referentes de calidad (Folio 30).

1. Material probatorio aportado por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, junto con el escrito de respuesta al requerimiento judicial:

* Copia del oficio No. 46579, de 10 de junio de 2009, a través del cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar le informa a Germán Contreras Meléndez los resultados obtenidos en cada uno de los factores de evaluación (Folio 143).

* Copia del listado de candidatos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional incluidos en el proceso de construcción de precedentes de calidad para la provisión del cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar, y del cuadro con el puntaje total acumulado (Folios 144 y 145).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1.1. Primera Instancia

En providencia del 23 de junio de 2009, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal-, resolvió negar, por improcedente, el amparo constitucional deprecado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de revisar la normatividad aplicable para el nombramiento de un Magistrado del Tribunal Superior Militar, esto es, tanto la Ley 940 de 2005 como el Decreto 91 de 2007, se arribó a la conclusión conforme a la cual, tal cargo es de periodo fijo y su provisión se libra a la discrecionalidad del nominador, que en este caso es el Presidente de la República, de listas de candidatos presentadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional².

Con todo, al no haberse concluido el proceso de construcción de referentes de calidad, tal y como lo pone de presente la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en la medida en que las listas de candidatos aún no se han enviado al Presidente de la República para que

provea las vacantes relacionadas con los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar, no puede advertirse vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor, sobre todo, cuando la entidad demandada manifestó que su nombre iba a ser incluido en la mencionada lista de candidatos.

Ahora bien, frente a lo anterior y para efectos de controvertir la desvinculación del cargo que ocupaba, bien puede acudir el actor, de considerarlo pertinente, a la jurisdicción contencioso administrativa. En todo caso, no debe perderse de vista que, según lo previsto por el artículo 8º del Decreto 91 de 2007, la naturaleza del cargo que desempeñaba como Fiscal ante el Juez de Instancia de la Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares, corresponde a uno de libre nombramiento y remoción que, además, no afecta, bajo ninguna perspectiva, el grado y la estabilidad de que goza en su calidad de Coronel.

1.2. Impugnación

La impugnación fue presentada oportunamente por el apoderado del actor. En ella, el mandatario reiteró los argumentos esbozados en el escrito de tutela, de manera que destacó que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar “hizo caso omiso del oficio No. 76824, a partir del cual se establecieron las reglas de juego propuestas para adelantar el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad”³.

Adicionalmente, señaló que tuvo conocimiento de la notificación de que fueron objeto algunos candidatos, con el propósito de que éstos fueran enterados de su ‘preselección’ para ser nombrados en los cargos vacantes de Magistrado del Tribunal Superior Militar. En efecto, anotó que, contrario a lo expuesto por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, el proceso de construcción de referentes de calidad ya se surtió en su última etapa, siendo notificados, por parte del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, 5 candidatos, entre los que no se encuentra el Coronel Contreras Meléndez.

Lo anterior, a su juicio, infringe por entero el derecho fundamental al debido proceso del actor, quien, a pesar de obtener un puntaje definitivo de 74.19, no fue notificado de ninguna preselección para ser incluido en la lista que habrá de enviarse al Presidente de la República, a efectos de proveer los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar.

Así entonces, solicita la revocatoria de la decisión judicial proferida en primera instancia,

para que, en su lugar, se conceda la protección tutelar invocada, de suerte que se incluya el nombre del actor en la lista que será enviada al Presidente de la República.

1.3. Segunda Instancia

Del asunto conoció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Decisión de Tutelas No. 2-, que, mediante Sentencia de 29 de julio de 2009, resolvió confirmar la decisión adoptada por el a-quo, luego de estimar que no se presentaba amenaza o vulneración del derecho fundamental al debido proceso del accionante.

Lo anterior, teniendo en cuenta que su pretensión apunta a ser incluido en la lista que será enviada al Presidente de la República para que pueda ser nombrado en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, con perjuicio del eventual quebrantamiento que de los derechos y garantías de los demás aspirantes podría llegar a producirse.

Añadió dicho cuerpo colegiado que, no obstante que el tutelante haya alegado que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar realizó unas notificaciones indicativas de la preselección de ciertos candidatos, lo cierto es que no obran en el expediente elementos de juicio que así lo indiquen, por lo menos, respecto de la totalidad de los concursantes.

En todo caso, enfatizó en el hecho de que el actor no acudió, en principio, ante la Dirección Ejecutiva ni ante el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, con miras a rendir descargos a propósito de su inconformidad con el desarrollo del proceso de construcción de referentes de calidad; todo lo cual parece sugerir la improcedencia, en el asunto bajo análisis, del recurso de amparo constitucional como mecanismo transitorio, no sólo por virtud de su naturaleza subsidiaria, sino también, porque no logró acreditarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

III. ELEMENTOS PROBATORIOS ALLEGADOS EN SEDE DE REVISIÓN

Ha de anotarse que durante el trámite de revisión de la acción de tutela de que aquí se trata, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente, diversos memoriales suscritos por el señor Germán Contreras Meléndez, en los que manifiesta, entre otras cosas, que mediante el Decreto Presidencial No. 4547, expedido el 23 de noviembre de 2009, se procedió a nombrar a 5 funcionarios de la Justicia Penal Militar

como Magistrados del Tribunal Superior Militar.

Así mismo, conviene resaltar que también puso de presente, en uno de los referidos memoriales, que mediante Decreto Presidencial No. 5009, expedido el 28 de diciembre de 2009, fue retirado del servicio militar activo por haber sido llamado a 'calificar servicios' a partir del 15 de enero de 2010. En consecuencia, de conformidad con la normatividad vigente en la materia, pasará a ostentar la calidad de oficial retirado.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de 22 de octubre de 2009, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de esta Corporación.

2. Presentación del Asunto

2.1. Según se desprende del escrito de tutela, el demandante fue postulado como candidato único por el Comando General de las Fuerzas Militares para participar del proceso de construcción de referentes de calidad, el cual fue adelantado por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar con el fin de proveer 5 vacantes correspondientes a cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar. Se deriva también, de dicho escrito, que pese a que se hizo partícipe en dicho concurso, agotando la totalidad de las etapas de que se componía el mismo, el actor fue excluido de la lista que sería enviada por parte de la entidad demandada al Presidente de la República, para que, en su calidad de nominador, proveyera los mencionados cargos.

Así las cosas, en procura de la protección del derecho fundamental al debido proceso, el actor solicitó el amparo constitucional transitorio en contra del Ministerio de defensa, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, con el propósito de que se les ordenara incluir su nombre en la lista de candidatos que habría de ser presentada al Presidente de la República para la provisión de las cinco (5) vacantes en

los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

2.2. Al efecto, aduce que las entidades demandadas, no solamente desconocieron los parámetros establecidos en el oficio No. 76824 MDMDEJPM-GAP, mediante el cual se delineó el proceso de selección a partir del criterio de construcción de referentes de calidad, sino que, además, omitieron el hecho de que ocupaba el primer lugar en la lista presentada por el Comando General de las Fuerzas Militares para acceder a uno de los cargos vacantes.

2.3. En cuanto hace a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, ésta, además de explicar que el proceso de construcción de referentes de calidad no se corresponde con un sistema técnico de administración de personal, precisó que los Comandantes o Directores de cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía, gozan de la facultad para designar o retirar, discrecionalmente, a quienes habrán de representar a dichas instituciones. Lo que aconteció en el caso del accionante, como quiera que, si bien inicialmente había sido candidatizado, con posterioridad, el Comandante General de las Fuerzas Militares declinó su postulación.

2.4. En el presente proceso, los jueces de instancia coincidieron en declarar la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto estimaron, al analizar el supuesto fáctico expuesto en el escrito de tutela y el material probatorio obrante dentro del expediente, que la pretensión del accionante debía tramitarse en su escenario natural, esto es, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto no lograba advertirse la ocurrencia de perjuicio irremediable alguno que ameritara la protección de los derechos fundamentales por vía del recurso de amparo constitucional.

2.5. Con todo, ha de tenerse en cuenta que, en el trámite de revisión, fue expedido el Decreto Presidencial No. 4547, el 23 de noviembre de 2009, a través del cual, el Presidente de la República procedió a nombrar a 5 funcionarios de la Justicia Penal Militar como Magistrados del Tribunal Superior Militar.

2.6. A partir de los argumentos expuestos en el presente proceso, antes de entrar a pronunciarse de fondo sobre la problemática de índole jurídica y los temas que eventualmente deberían abordarse con el fin de ilustrar una posible solución, la Sala estima conveniente definir la procedencia de la acción de tutela, a propósito de su carácter residual y subsidiario frente a la existencia de otros medios de defensa judicial.

3. De la Subsidiariedad como parámetro de procedibilidad de la acción de tutela

3.1. Ciertamente, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 Superior, no se concibe como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, en tanto con ella no se pretende sustituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se profieran⁴.

Esa condición supletiva que el ordenamiento superior le ha atribuido al recurso de amparo constitucional, ha llevado a entender que tal instrumento de defensa judicial sólo es procedente de manera subsidiaria y residual, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁵.

Sobre el punto, la Corte ha precisado:

“en tanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales que, desde luego, incluyen aquellos que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se explica, en razón a la necesidad de salvaguardar el orden regular de las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica⁶.”⁷

3.2. Así entonces, el mencionado carácter subsidiario de la acción de tutela, no apunta a otra finalidad que la de imponer al interesado, la obligación de desplegar todo su actuar enderezado a activar los medios ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Bajo ese supuesto, se pone de relieve, entonces, que para impetrar el amparo de un derecho de rango fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios; entendiendo, por demás, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional.

3.3. Precisamente, sobre este particular, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente incoar la acción de tutela en

procura de obtener la justiciabilidad de un derecho fundamental. En los términos expuestos, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra sujeta a que se haya puesto en marcha un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo⁸.

3.4. Empero, debe resaltarse que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez de tutela, teniendo en cuenta para ello el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las específicas circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado⁹.

4. Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso

4.1. El actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la defensa de sus derechos

4.1.1. Cabe reiterar que el señor Coronel Germán Contreras Meléndez, demandó por vía de tutela al Ministerio de Defensa Nacional, a la Dirección Ejecutiva y al Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, argumentando la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso administrativo, por haber sido excluido del proceso de construcción de referentes de calidad que fue concebido con el propósito de confeccionar una lista de candidatos para proveer 5 vacantes en los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar, a pesar de que se encontraba postulado como único candidato por la Comandancia General de las Fuerzas Militares y de que había surtido, en su totalidad, las etapas propias del proceso de construcción de referentes de calidad.

Concretamente, el actor solicita al juez constitucional que le ordene a las entidades demandadas “incluir su nombre en la lista que será presentada al Presidente de la República para ocupar cinco (5) vacantes en los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar”.

4.1.2. Sin embargo, como quedó previamente establecido, mediante el Decreto No. 4547, de 23 de noviembre de 2009, el Presidente de la República decretó el nombramiento de 5 funcionarios de las Fuerzas Militares, en la planta de empleados públicos del Ministerio de

Defensa al servicio de la Justicia Penal Militar, como Magistrados del Tribunal Superior Militar.

4.1.3. Conforme con esta situación, para esta Sala es claro que la presunta violación del derecho al debido proceso administrativo del actor, tiene su origen en el desarrollo del proceso de construcción de referentes de calidad para la provisión de los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar, específicamente, en cuanto tiene que ver con la sesión que fue celebrada el 21 de abril de 2009, por parte del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, en la que se resolvió integrar la lista de candidatos que sería enviada al Presidente de la República, con 5 funcionarios, de los cuales 3 pertenecen al Ejército Nacional, 1 a la Fuerza Aérea y 1 a la Policía Nacional.

En efecto, en dicha sesión, el actor fue excluido de la mencionada lista, al parecer, como lo señaló la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, al dar respuesta al requerimiento judicial en sede de tutela, por cuenta de la declinación que de su candidatura hizo el Comandante General de las Fuerzas Militares.

4.1.4. Tal perspectiva revela, prima facie, que la pretensión esbozada por el actor en sede de tutela, en el sentido de ser incluido en la lista de candidatos que eventualmente serían considerados por el Presidente de la República para proveer los cargos de Magistrados de Tribunal Superior Militar, tal y como lo prevé la Ley 940 de 2005 “Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”, obedece a la inconformidad surgida, precisamente, de la confección de la lista de candidatos por parte del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, en la citada sesión del 21 de abril de 2009, en la que, valga reiterar, el actor no fue tenido en cuenta.

4.1.5. No obstante lo anterior, cabe mencionar que, como quiera que ya fueron proveídos los cargos para los cuales se diseñó el proceso de construcción de referentes de calidad, ningún efecto podría tener mandato alguno proferido por el juez de tutela en defensa de los derechos fundamentales, ya que frente a tal coyuntura, la pretensión del actor, encaminada a la inclusión de su nombre en la lista de candidatos para ocupar los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar, no tendría ningún sentido o carecería por entero de eficacia.

4.1.6. Bajo ese entendido, lo que se pretende en esta acción, concretamente, alude a la controversia de toda una serie de actuaciones complejas dentro del proceso de construcción

de referentes de calidad para proveer los pluricitados cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar que, finalmente, culminaron con la expedición del Decreto Presidencial No. 4547, de 23 de noviembre de 2009, a través del cual fueron provistos.

4.1.7. Ahora bien, conforme con lo expuesto en precedencia, la acción de tutela no fue diseñada como un mecanismo judicial alternativo o complementario de los previstos por la Ley para la defensa de los derechos. De hecho, la protección de éstos, no solo es una cuestión que haya sido delegada exclusivamente a la acción de tutela, toda vez que la Carta Política le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades -C.P. art. 2º-, por lo que debe entenderse que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, han sido estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que deben acudir las personas en procura de la efectiva garantía de protección de sus derechos. De ahí que se justifique el carácter subsidiario de la acción de tutela.

4.1.8. Sobre esa base, para controvertir las actuaciones puestas de presente en el caso bajo examen, el ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a los cuales se puede acudir para demandar su legalidad. En efecto, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, para efectos de controvertir actos administrativos, siendo estos los mecanismos judiciales idóneos y específicos con que cuenta el accionante para enervar los efectos dañinos que, en su consideración, se produjeron.

Las normas citadas disponen expresamente:

“ART. 84.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 14. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

ART. 85.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 15. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en

su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

4.1.9. En los términos expuestos, el actor puede acudir a las mencionadas acciones, en procura de plantear la controversia sobre la validez de las actuaciones surtidas al interior del proceso de construcción de referentes de calidad que culminaron con la expedición de un Decreto Presidencial, a través del cual se ocuparon las 5 vacantes de Magistrado del Tribunal Superior Militar. De suerte, que al activar un proceso ante la jurisdicción contenciosa en el cual se surta, con intervención de las partes y de terceros y con todas las formalidades y garantías, el debate de un asunto cuyas complejidades jurídicas escapan al procedimiento propio de la acción de tutela, el cual está marcado precisamente por la informalidad y la subsidiariedad.

4.1.10. Por ello, y bajo la consideración de que existen otros mecanismos que son considerados aptos para ventilar la controversia aquí planteada, en donde el actor puede desplegar más ampliamente las diferentes garantías de orden procesal, encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persigue¹⁰, esta Sala de Revisión considera que no es el proceso de tutela el escenario adecuado para el estudio de fondo del problema jurídico planteado por el señor Germán Contreras Meléndez.

4.1.11. No sobra destacar, en todo caso, que como ya se expresó, la acción tuitiva establecida en el artículo 86 Superior, dada su naturaleza supletiva para prodigar la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o proveniente de los particulares, procede sólo en aquellos eventos dispuestos en la Carta Política y en la ley, y no es suficiente que se arguya el quebrantamiento o la amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime de plano su procedencia, ya que, si bien esta circunstancia constituye un presupuesto básico, es necesario, además, verificar la existencia o no del medio judicial ordinario de defensa.

4.2. Inexistencia de un perjuicio irremediable

4.2.1. Al margen de lo establecido anteriormente, y teniendo en cuenta las precisas características que informan la acción de tutela, queda por precisar si, aun cuando el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para lograr la protección del derecho

fundamental que considera vulnerado, debe la Corte pronunciarse sobre la solicitud de protección transitoria para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4.2.2. Sea lo primero señalar, que esta Corporación ha aceptado la posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio, siempre que, por una parte, se acredite que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental; y, por otra, que existe otro mecanismo de defensa judicial al que puede acudir para decidir, con carácter definitivo, la controversia planteada en sede de tutela.

4.2.3. A propósito del concepto de perjuicio irremediable que ha sido adoptado por esta Corporación, se ha dicho que éste consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño¹¹.

Partiendo de tal definición, la jurisprudencia constitucional ha delineado una serie de criterios a partir de los cuales debe evaluarse si, efectivamente, en un caso concreto, se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que habilite la procedencia transitoria del mecanismo de amparo constitucional. Tales presupuestos aluden a que el perjuicio es aquel (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales¹².

Desde sus albores, esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha indicado que:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles:

cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

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

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”¹³

4.2.4. En lo que respecta a los mecanismos de defensa judicial principales u ordinarios, esta

Corporación ha sostenido que debe evaluarse el hecho de “que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás”¹⁴. Bajo esa particular consideración, ha dicho la Corte que, tratándose de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, éstas se consideran mecanismos, en principio, más eficaces en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda¹⁵.

En efecto, en una de las primeras decisiones que sobre el tema adoptó esta Corporación, se precisó:

“(…) resulta ser que la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado”.¹⁶

En otra providencia posterior, llegó a afirmarse que:

“Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.¹⁷

Tal línea de orientación ha permanecido vigente en la jurisprudencia constitucional. Es así

como, recientemente, en la Sentencia de Unificación SU-037 de 200918, la Sala Plena de esta Corporación arribó a la conclusión conforme a la cual, existen en el ordenamiento jurídico diversos mecanismos judiciales de defensa que han sido estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que deben acudir las personas con la pretensión de que sean justiciables sus derechos. Con ese enfoque, la Corte, en cuanto atañe a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, concluyó que:

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, “hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”19.”

4.2.5. En las anotadas condiciones, considera la Sala de Revisión que, en cuanto hace al caso concreto, tampoco por la vía del perjuicio irremediable es posible la procedencia de la presente acción de tutela, pues el actor no logró demostrar la existencia de un perjuicio de tales características, y tampoco del análisis de los hechos es posible arribar a esa conclusión.

De hecho, como se anotó en precedencia, el que la pretensión del actor carezca por completo de eficacia, en razón a que persigue su inclusión en una lista de candidatos que, además de haber sido enviada al Presidente de la República, culminó con la expedición del Decreto 4547 de 2009, conduce necesariamente a afirmar que no es posible retrotraer los efectos al momento coyuntural al que alude como sustento de la vulneración que menciona, como quiera que, de proceder en ese sentido, se quebrantarían los derechos y garantías de terceros de buena fe que, en el presente caso, se radican en cabeza de quienes fueron designados finalmente como Magistrados del Tribunal Superior Militar a través del mencionado Decreto Presidencial.

4.2.6. Lo que acontece en esta causa, a juicio de esta Sala, son circunstancias fácticas que descartan la presencia de una situación de grave amenaza de derechos fundamentales del actor, y que exija la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su vez deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional.

Ello, en cuanto ya quedó consignado que la presunta vulneración de que es objeto el actor, puede ser reparada en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los actos objetos de reproche y de aquellos que eventualmente se vean involucrados en la violación alegada.

4.2.7. El hecho de que el daño posiblemente inferido pueda entonces repararse por otras vías judiciales, dotadas del mecanismo de la suspensión provisional, descarta de plano la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio en el presente caso, ya que de estar produciéndose un perjuicio en contra del demandante, el mismo no tiene la entidad de ser irremediable y, por tanto, no requiere de medidas urgentes.

En este punto, debe resaltarse que, aunque el actor haya alegado que fue desvinculado, sin justificación alguna, del cargo que venía desempeñando como Fiscal ante el Juez de Instancia de la Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares desde el 7 de diciembre de 2004, lo cierto es que ello obedeció al llamamiento para calificar servicios a partir del 15 de enero de 2010, mediante Decreto Presidencial No. 5009 de 28 de diciembre de 2009, por lo que fue retirado del servicio militar activo y, en consecuencia, pasará a ostentar la calidad de oficial retirado, siéndole reconocida la respectiva asignación de retiro.

Dicha situación lleva a la Corte a concluir que tampoco por esta razón se encuentra vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital del actor, pues queda claro que la asignación de retiro que le es reconocida, le permite garantizar su subsistencia digna y la de su núcleo familiar.

Por lo precedentemente anotado, no resulta factible conferir la protección tutelar impetrada y, en consecuencia, se confirmará el fallo proferido por el juez de segunda instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial

proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Decisión de Tutelas No. 2-, el 29 de julio de 2009.

SEGUNDO: Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Según afirma el accionante, el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad -Oficio No. 76824 MDNMDJPM-GAP- estableció que se evaluaría a los concursantes sobre 100 puntos y que los factores de evaluación eran los siguientes:

a) Prueba escrita con valor de 50 puntos, la cual se realizaría por una entidad externa, diferente a la Dirección Ejecutiva, de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar el 12 de agosto de 2008, examen o prueba que comprendía las asignaturas de derecho penal militar, derecho penal general, derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional humanitario. b) Experiencia en cargos de funcionario de la Justicia Penal Militar, prueba que comprende 10 puntos y se evalúa de acuerdo al tiempo que lleve el funcionario en la Justicia Penal Militar, y conforme a una experiencia mínima de 8 años exigida por la Ley 940 de 2005. c) Grado militar y antigüedad. d) Precedentes de calidad. e) entrevista.

2 Al respecto, ver artículo 8º de la Ley 940 de 2005 “Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar.”

3 Al respecto, ver folios 160 a 166 del Cuaderno Principal.

4 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 del 20 de abril de 2009 y T-565 del 6 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 del 27 de octubre de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Consultar, entre otras, la Sentencia T-1452 del 26 de octubre de 2000, M.P. (E) Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

7 Sentencia T-715 del 10 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En el mismo sentido, ver la Sentencia SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Consultar, entre otras, la Sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Consultar el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 “Por la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

10 Ver, entre otras, la Sentencia T-1044 del 4 de diciembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Consultar, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

12 Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999.

13 Sentencia T-225 de 1993. La línea de orientación vertida en dicha providencia, ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras, en las Sentencias SU-086 de 1999, T-789 de 2000, SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-882 de 2002 y T-922 de 2002.

14 Sentencia SU-544 de 2001.

15 La posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos se encuentra consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual establece expresamente que: [l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Dicho mandato es a su vez desarrollado por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

16 Sentencia T-640 de 1996. Dicho criterio ha sido reiterado, entre otras, en las Sentencias T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001.

17 Sentencia T-533 de 1998.

18 Sentencia SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Sentencia SU-544 de 2001.