

Sentencia T-515-09

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y EL EJERCITO NACIONAL-Caso en que el demandante fue víctima de una mina antipersonal

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Caso de asignación de beca de apoyo económico a militar retirado por discapacidad, a quien una vez fue retirado se le negó

Esta Sala estima que, en principio, resulta razonable concluir que no existen otros medios judiciales para cuestionar la decisión adoptada de manera tácita por la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el Comandante de la misma institución en el presente caso, pues aunque dicha decisión es consecuencia de la expedición del acto administrativo de retiro, no se encuentra consignada en él y, por lo tanto, no es susceptible de ser atacada ante la jurisdicción contenciosa. Además, como se dijo, el actor está conforme con su retiro del servicio, por lo que, para considerar la procedencia de la acción de tutela interpuesta, no es razonable exigirle que emprenda una acción judicial para desvirtuar esa decisión. Sobre este aspecto resulta necesario resaltar que a juicio de esta Sala, mediante el escrito remitido al actor el 2 de diciembre de 2008, por la Subdirección de Personal del Ejército Nacional, denominado “Informe trámite Derecho de Petición”, no se adoptó la decisión atacada en sede de tutela, pues de acuerdo con lo allí señalado, a través de ese escrito sólo se informó al accionante de su existencia, es decir, de la pérdida de la beca de estudios asignada mediante Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008. De modo que, es claro que el accionante no dispone de una acción judicial para atacar ese escrito, en tanto en él no se adoptó la decisión cuestionada, sino que sólo se informó de su existencia. En este sentido, queda demostrado que no tiene caso aducir la improcedencia de la acción de tutela incoada con base en la falta de agotamiento de acciones que, en principio, resultan inocuas para el fin perseguido o que son inexistentes. Así pues, esta Sala concluye que la acción de tutela interpuesta por el peticionario contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, sí satisface el requisito de subsidiariedad y por tanto, es procedente.

ASIGNACION DE BECA DE APOYO ECONOMICO-Caso en que se le reconoció al

militar el derecho y luego se le negó por no tener ya la calidad de miembro activo del Ejército Nacional/PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Vulneración en caso en que se le reconoció a un militar el derecho a una beca de estudios y luego se le negó por no tener ya la calidad de miembro activo del Ejército Nacional

La Sala no entiende cuál fue el propósito perseguido por el Ejército Nacional al asignar al actor una beca de estudios con fundamento en su situación de discapacidad y de su pertenencia a esa institución, para después de transcurridos solo diez días decidir su retiro del servicio y, en consecuencia, de forma tácita, la pérdida de dicho beneficio. A juicio de la Sala, en principio, una disposición de esa naturaleza no sólo no tiene ningún sentido, sino que desconoce los derechos fundamentales del accionante a la educación porque dejó sin efectos una decisión que, dada su situación de discapacidad, pretendía facilitar su acceso al sistema educativo y “obtener su desarrollo integral”; y al debido proceso porque quebrantó los principios de buena fe (Art. 83 de la C.P.) y confianza legítima conforme a los cuales “la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.” La Sala considera que si bien el retiro del actor del servicio activo de la Fuerza Pública tuvo por fundamento una situación objetiva, esto es, su situación de invalidez, y que el Comandante del Ejército Nacional goza de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar esa decisión<sup>1</sup>, una vez se decidió otorgar una beca de estudios al actor y se le notificó esa decisión, dicho margen se entendía restringido, pues era conocida la necesidad de garantizar su permanencia en la institución para salvaguardar el beneficio otorgado. En este contexto, para la Corte es razonable admitir que en el momento en que el Ejército Nacional decidió conceder la beca en cuestión, tuvo que prever la necesidad de que el actor conservara su condición de miembro activo de la Fuerza Pública. Suponer lo contrario, sería presumir que cuando se concedió la beca solicitada por el actor, el “Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades” contempló la posibilidad de que esa beca no se materializara, situación no se compadece con el derecho a la educación del accionante que, en principio, parecía promover. La decisión de conceder una beca a una persona con

limitaciones tiene la vocación de garantizar la existencia de los supuestos fácticos requeridos para el efecto, como en este caso lo es la permanencia del actor en la Fuerza. De otra forma, se entendería que esa decisión no se encuentra comprometida con los fines que dice perseguir, lo que sería contrario a los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso. Una situación distinta es que se presenten hechos que configuren la obligatoria desaparición de esos supuestos fácticos o que impliquen la pérdida del beneficio, por ejemplo, la comisión de una falta disciplinaria que de lugar a la destitución o la obtención de un promedio académico inferior al exigido. Ante la ocurrencia de esos hechos, de manera general, sí es razonable que se adopte la decisión de ordenar el retiro del servicio de la persona con discapacidad -con las consecuencias que ello implique- o la pérdida del beneficio otorgado, pues su ocurrencia no es responsabilidad del Ejército Nacional.

PROTECCION ESPECIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA EDUCACION DE PERSONAS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO DE ACCESO A LA EDUCACION SUPERIOR DE PERSONAS DISCAPACITADAS-Efectividad del derecho no depende de la edad

Las personas con discapacidad mental, física, sensorial o cognitiva son titulares del derecho fundamental a la educación, derecho que no está limitado por la edad o por cualquier otro criterio de distinción, como el nivel educativo o el grado de instrucción. De manera general, ese derecho se deriva de los términos genéricos en que está consagrada su protección constitucional y de su condición de sujetos de especial protección; de las normas, tratados y convenios internacionales que desarrollan la materia y que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 93 de la Constitución; de la estrecha relación que existe en estos casos entre el derecho a la educación y la realización de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad; y de la obligación del Estado de garantizar su integración social y su adecuado desarrollo a través de la provisión de los medios requeridos para elevar su autonomía personal y las posibilidades de autosostenimiento.

DERECHO DE ACCESO A LA EDUCACION SUPERIOR-Caso en que se vulneran los derechos fundamentales del demandante al debido proceso y a la educación

Esta Sala encuentra demostrado que la negativa de la Dirección de Personal del Ejército Nacional frente a la solicitud de asignación de una beca para adelantar estudios de educación superior, vulnera los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la educación, porque: (i) dado su grave estado de discapacidad, el actor es sujeto de especial protección constitucional; y (ii) aunque el Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades ya había decidido la concesión de la beca en comento, y esa institución tenía conocimiento de que de acuerdo con la Directiva Permanente No. 0130 del 2008, los apoyos económicos para capacitación sólo deben ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo del Ejército Nacional, el Comandante del Ejército Nacional resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas militares al accionante por su invalidez y sin considerar la decisión adoptada con anterioridad por dicho Comité.

DERECHO A LA EDUCACION DE MILITAR CON DISCAPACIDAD-Orden al Ejército para que adelante los trámites económicos para que se haga efectivo el apoyo económico para que el demandante pueda estudiar

Esta Corporación ordenará a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante los trámites requeridos para que el apoyo económico otorgado al peticionario por el Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades, que consta en el Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008, se haga efectivo a partir del primer período académico del año 2010. En el cumplimiento de esta orden, la Dirección de Personal del Ejército Nacional deberá advertir al actor que para la conservación del beneficio referido, deberá cumplir con los requisitos y obligaciones exigidas en las normas que regulan la materia, salvo aquellas que hagan nugatorios sus derechos fundamentales a la educación, al debido proceso y a la igualdad, y que de no ser así, la Dirección de Personal del Ejército Nacional podrá decidir la no renovación del apoyo económico otorgado o su pérdida definitiva.

Referencia: expediente T-2255590

Acción de tutela instaurada por Oscar Diego Moreno Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, 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 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron la acción de tutela promovida por Oscar Diego Moreno Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional.

### I. ANTECEDENTES

El 11 de diciembre de 2008, Oscar Diego Moreno Rosso interpuso acción de tutela ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación.

Fundamentó su acción en los siguientes:

#### 1. Hechos:

1. El 2 de mayo de 2002, el accionante, quien para esa fecha se desempeñaba como Sargento Segundo del Ejército Nacional, fue víctima de la explosión de una mina

antipersonal en cumplimiento de la operación militar “Destructor”.

1. Como consecuencia de lo sucedido, el actor padece las siguientes secuelas: “amputación traumática de pierna izquierda con conservación de rodilla; osteomielitis crónica de tibia derecha controlada con medicamentos (...); acortamiento de miembro inferior derecho de 2 cms; cicatrices con defecto estético moderado en varias partes del cuerpo; limitación de los movimientos a tobillo derecho; y trastorno de estrés postraumático (...).”

1. El 24 de enero de 2005, mediante Acta No. 6576, la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional dejó constancia de que la explosión referida le produjo una disminución de su capacidad laboral del 92.83%.

1. En virtud de su condición de discapacidad, el 22 de septiembre de 2008, el accionante solicitó a la Comandancia del Ejército Nacional la concesión de una beca para adelantar estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

1. El 2 de octubre de 2008, en virtud de la Directiva Permanente No. 0130 expedida el 7 de mayo de 2008 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, mediante radiograma No. 346708, el Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen, le comunicó la asignación de una “beca de apoyo económico” para adelantar estudios de educación superior a partir del primer semestre de 2009.

1. Con base en el concepto médico señalado en el Acta No. 32-3360 suscrita el 23 de junio de 2008, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía concluyó que su

pérdida de capacidad laboral es del 95.16%, y no del 92.83%.

1. Mediante Resolución No. 1675 del 10 de octubre de 2008, el Comandante del Ejército Nacional resolvió ordenar su retiro del servicio activo de las Fuerzas militares, “en forma absoluta, por invalidez,” de conformidad con lo dispuesto en los decretos 1790 y 1796 de 2000.

1. El 2 de diciembre de 2008, la Subdirección de Personal del Ejército Nacional le informó que de acuerdo con lo previsto en la Directiva Permanente No. 0130 de 2008, los apoyos económicos para capacitación sólo deben ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo de esa institución. En consecuencia, señaló que dado su retiro del Ejército Nacional mediante la Resolución No. 1675 de 2008, no es posible acceder a su solicitud de concesión de una beca para adelantar estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

1. Desde el mes de marzo de 2009, como resultado de su estado de discapacidad, el accionante, quien tiene 30 años de edad, devenga una pensión de invalidez cuyo monto aproximado es de \$800.000 pesos mensuales.

## 2. Solicitud de tutela

Por lo anterior, Oscar Diego Moreno Rosso solicitó ante el juez de instancia ordenar al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional, que se mantenga la decisión relativa a la asignación de la beca para adelantar estudios universitarios, a pesar de su retiro del servicio activo de las fuerzas militares.

## 3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la cual mediante auto del día 18 de diciembre de 2008, ordenó su

notificación a las entidades accionadas.

Respuesta de la Dirección de Personal del Ejército Nacional

3.2 Mediante escrito dirigido al juez de tutela el 16 de enero de 2009, la Dirección de Personal del Ejército Nacional solicitó denegar la protección invocada.

3.3 Para el efecto, en primer lugar, la entidad accionada precisó que en concordancia con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el Estado sólo tiene la obligación de proporcionar educación a los soldados bachilleres cuando en cumplimiento de su deber reciban lesiones permanentes que causen su discapacidad, obligación que subsiste a pesar de que se produzca el retiro de las fuerzas militares.

3.4 En este sentido, explicó que debido a que no existe una norma que desarrolle las condiciones bajo las cuales el Estado debe proporcionar educación a los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, en el presente caso es menester dar aplicación a la Directiva Permanente No. 0130 de 2008. Al respecto, señaló que de acuerdo con esa reglamentación, los apoyos económicos para capacitación sólo deben ser otorgados a quienes tengan la calidad de miembro activo de esa institución.

3.5 En consecuencia, la Dirección de Personal del Ejército Nacional concluyó que en virtud de lo decidido por el Comandante de esa institución, mediante la Resolución No. 1675 del 10 de octubre de 2008, no es posible acceder a la solicitud de apoyo económico para adelantar estudios de educación superior, elevada por el actor el 22 de septiembre de 2008, pues éste ya no es miembro activo de la Fuerza Pública.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

4.1 Copia del Acta No. 6576 suscrita, el 24 de enero de 2005, por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional (folios 14 a 18, cuaderno 2).

4.2 Copia de la Resolución No. 001083, del 19 de noviembre de 2002, expedida por el Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual se confirió el distintivo “Herido en Acción” al Sargento Oscar Diego Moreno Rosso (folio 19, cuaderno 2).

4.3 Copia del “Informativo administrativo por lesión No. 017/2002”, suscrito, el 2 de mayo

de 2002, por el Comandante Cuarto Pelotón Batería Atacador, ST Saldaña Vázquez Julio César, y el Comandante Batallón Nueva Granada, TC Lucio Javier Latorre Rojas (folios 20 y 21, cuaderno 2).

4.4 Escrito dirigido, el 22 de septiembre de 2008 por el Sargento Segundo Oscar Diego Moreno Rosso a la Comandancia del Ejército Nacional (folio 22, cuaderno 2).

4.5 Copia del radiograma No. 346708, del 2 de octubre de 2008, suscrito por el Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen (folios 23, cuaderno 2, y 28 y 29, cuaderno 1).

4.6 Copia de la Resolución No.1675, del 10 de octubre de 2008, "Por la cual se retira del Servicio activo de las Fuerzas Militares a un Suboficial del Ejército Nacional" expedida por el Comandante de esa institución (folios 24, cuaderno 2, y 30, cuaderno 1).

4.7 Copia del escrito dirigido, el 2 de diciembre de 2008, por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, Coronel Jorge H. Romero Pinzón, a Oscar Diego Moreno Rosso (folios 25 y 26, cuaderno 2, y 31 y 32, cuaderno 1).

4.8 Copia de la Directiva Permanente No. 0130 de 2008, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional (folios 33 a 50, cuaderno 2, y 46 a 59, cuaderno 1).

4.9 Copia del Acta No. 0638 suscrita, el 1° de octubre de 2008, por el Analista de capacitaciones, SV Carlos Arturo Salcedo, el Jefe de Sección de Capacitación del Ejército, TC Miguel Ángel Rodríguez Díaz, el Director de Personal del Ejército, CR Juan Pablo Amaya Kerquelen, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército, MG Carlos Alejandro Rueda Gómez, y el Segundo Comandante y JEM del Ejército, MG Carlos Lemus Pedraza (folios 22 a 27, cuaderno 1).

4.10 Copia de la Resolución No. 46723, del 2 de agosto de 2005, "Por el cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No. 361704 de 2005", suscrita por el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército, CT José Abelardo Sotelo, el Director de Prestaciones Sociales del Ejército, TC Mervin Hernando Barón, y el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército, BG José Joaquín Cortes (folios 35 y 36, cuaderno 2).

4.11 Copia de la Resolución No. 80039, del 1° de octubre de 2008, “Por el cual se reconoce y ordena el pago de reajuste de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No. 361704 de 2005”, suscrita por el Jefe de Sección de Indemnizados del Ejército, Subteniente Adriana Astrid Pérez, y el Subdirector y Jefe de Presupuesto DIPSO, TC Jorge Alberto Guerrero Durán (folios 37 y 38, cuaderno 1).

4.12 Copia de la Resolución No. 81112, del 14 de noviembre de 2008, “Por el cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No. 361704 de 2005”, suscrita por el Jefe de Sección de Cesantías DIPSO del Ejército, Subteniente María M. Charry, y el Jefe de Presupuesto y Ordenador del Gasto, TC Jorge Alberto Guerrero Durán (folios 39 y 40, cuaderno 1).

4.13 Copia de la Resolución No. 84402, del 7 de abril de 2009, “Por el cual se reconoce y ordena el pago de reajuste de prestaciones sociales a un personal retirado de la Fuerza”, suscrita por el Jefe de Sección de Cesantías DIPSO del Ejército, MY Augusto Emir Hernández Rodríguez, el Subdirector y el Jefe de Presupuesto DIPSO, TC Luis C. Velandia, el Director de Prestaciones Sociales del Ejército, CR Ricardo Marín, y el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército, BG Javier Fernández (folios 41 a 43, cuaderno 1).

## 5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5.1 Por encontrar necesario practicar algunas pruebas, con el fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de proferir el fallo, mediante auto del 9 de julio de 2009, el magistrado sustanciador dispuso que la Secretaría General de esta Corporación solicitara a la Dirección del Ejército Nacional, remitir a este Despacho judicial copia de los actos administrativos mediante los cuales adoptó la decisión de asignar al accionante una beca para adelantar estudios de educación superior y de revocar dicha asignación. Igualmente, le solicitó informar si en la actualidad el actor se encuentra devengando una pensión de invalidez u otra pensión y su cuantía, o si el Ejército Nacional reconoció a su favor algún tipo de indemnización como consecuencia de los hechos ocurridos el 2 de mayo de 2002, que dieron lugar a la disminución de su capacidad laboral en un 92.83%.

5.2 En escrito dirigido, el 15 de julio de 2009, al despacho del magistrado sustanciador, la Dirección de Personal del Ejército Nacional reiteró los argumentos expuestos en su

escrito de contestación de la acción.

5.2.1 Adicionalmente, señaló que la decisión relativa a la concesión del apoyo económico para educación superior comunicada al accionante, mediante radiograma No. 346708, consta en el Acta No. 0638 “registrada el 23 de octubre de 2008, que trata de la reunión del Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a personal herido en combate, resultados operacionales sobresalientes y apoyos a las unidades, que hace el señor Mayor General Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor del Ejército por intermedio de la Jefatura de Desarrollo Humano, correspondiente al segundo semestre del año 2008, reunión efectuada el 1° de octubre de 2008.”

5.2.2 Con relación a la decisión sobre la pérdida del citado beneficio económico, precisó: “No se produjo un acto administrativo como tal, que dispusiera la pérdida del ‘apoyo económico segundo semestre 2008’, porque con fundamento en la resolución No. 1675 de 10 de octubre de 2008, mediante la cual [el accionante] fue retirado del servicio en forma absoluta, ya no se podía hacer acreedor de tal beneficio.”

Sobre el mismo punto, la entidad accionada resaltó que mediante la Resolución No. 81112 del 14 de noviembre de 2008, reconoció y pagó a favor del accionante la suma de \$11.216.880 pesos “por concepto de cesantías”, así como la suma de \$1.361.459 pesos “por concepto de reajuste de cesantías”, según la resolución No. 84402 del 7 de abril de 2009.

## II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

1. En sentencia del día 22 de enero de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

1. Para fundamentar su decisión, el juez de instancia sostuvo que en virtud del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente acción de tutela es improcedente pues existen otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de la pretensión de asignación de una beca para adelantar estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, incoada por el actor.

## 2. Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 2 de abril de 2009, con base en los mismos argumentos expuestos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en su fallo del 22 de enero de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 14 de mayo de 2009, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

### 2. Problema jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la negativa de la Dirección de Personal del Ejército Nacional frente a la solicitud de asignación de una beca para adelantar estudios de educación superior, vulnera los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la educación, si se tiene que: (i) como consecuencia de la prestación de sus servicios a esa institución, padece una disminución de su capacidad laboral de un 95.16%; (ii) mediante radiograma del 2° de octubre de 2008, el Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen, ya le había comunicado la asignación de una beca para iniciar estudios universitarios en el primer semestre de 2009; (iii) el 10 de octubre de 2008, el Comandante del Ejército Nacional ordenó su retiro del servicio activo

de las Fuerzas militares; y (iv) de conformidad con la Directiva Permanente No. 0130 de 2008, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, los apoyos económicos para capacitación sólo pueden ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo de esa institución.

2.2 Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre la protección constitucional y legal que el ordenamiento jurídico prevé a favor de las personas que sufren alguna forma de discapacidad. Al respecto, abordará de manera específica el contenido y alcance de su derecho fundamental a la educación. Luego, indicará el criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad que son mayores de edad, apartado en el cual analizará si respecto de esa población el derecho fundamental a la educación comprende el derecho de acceder a estudios de educación superior.

2.3 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si se debe conceder la acción de tutela interpuesta por Oscar Diego Moreno Rosso y, en consecuencia, revocar las sentencias de tutela proferidas el 22 de enero de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y el 2 de abril de 2009 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del presente trámite.

3. Protección especial a las personas con discapacidad. Alcance de su derecho fundamental a la educación. Reiteración de jurisprudencia

3.1 La Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de la protección y efectividad de los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, de conformidad con el artículo 13 Superior, el Estado tiene la obligación de proteger de manera especial el ejercicio del derecho a la igualdad de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” De este modo, la misma norma constitucional establece que el Estado es responsable de sancionar “los abusos y maltratos que contra ellas se cometan.”

3.2 Sin embargo, la protección especial prevista en la Constitución no sólo se encuentra orientada a garantizar el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, sino que también establece el deber del Estado de adoptar acciones

afirmativas en su favor. Así, el artículo 47 Constitucional establece: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran.” Sobre el mismo aspecto, respecto del derecho a la educación, el inciso final del artículo 68 señala: “(...) la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales son obligaciones especiales del Estado.”

3.3 Con relación a la necesidad de proteger de manera especial a la población que padece alguna discapacidad y de promover acciones que garanticen su desarrollo e integración social en todos los ámbitos, en la sentencia C-401 de 2003<sup>2</sup>, la Corte explicó:

“En diferentes sentencias de constitucionalidad<sup>3</sup> y de tutela<sup>4</sup> esta Corporación ha tenido ocasión de examinar el problema del respeto del derecho a la igualdad en relación con las personas con algún tipo de discapacidad.

Al respecto, la Corte ha precisado que por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad<sup>5</sup>.

En ese orden de ideas la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.

Así las cosas, ha hecho énfasis en que el Estado no sólo debe evitar las eventuales discriminaciones contra esa población con discapacidad, sino que además debe desarrollar políticas específicas, que permitan su rehabilitación e integración social, de

tal manera que puedan disfrutar de la vida en sociedad, y en especial puedan gozar de todos los derechos constitucionales.” (Subraya fuera del texto original).

3.4 Ahora bien, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución<sup>6</sup>, en consideración de las normas, tratados y convenios internacionales que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno, el Estado colombiano ha asumido la obligación de garantizar la debida protección a las personas que padecen algún tipo de discapacidad, así como de interpretar el ordenamiento jurídico interno que desarrolla la materia a la luz del derecho internacional.

En efecto, de conformidad con la Observación General No. 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)<sup>7</sup>, órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto, “Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.” En este sentido, la Observación es clara en sostener que “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

Sobre la protección de las personas con discapacidad, en la citada observación el Comité aclaró:

5. El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto<sup>[8]</sup>. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto,

derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna” basada en determinados motivos especificados “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.

6. (...) Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes, en cambio, tratan específicamente de esta cuestión. Entre estos últimos instrumentos figura la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párr. 4 del art. 18); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 18). O sea que en la actualidad está ampliamente aceptado que los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen que ser protegidos y promovidos mediante programas, normas y leyes generales, así como programas, normas y leyes de finalidad especial. [9]” (Subraya fuera del texto original).

En este orden, el Comité señaló que debido a que los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en la esfera de la educación, “Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados” [Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad], razón por la cual, “deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas.”

3.5 Así mismo, los artículos 13 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la sentencia C-251 de 199710, disponen que “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna”; de ahí que el derecho a la educación de las personas con

discapacidad implique el deber de los Estados de diseñar y ejecutar “programas de enseñanza diferenciada (...) a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.”

3.6 Con el mismo propósito, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad<sup>11</sup>, incorporada al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 762 de 2002, indicó que para el cumplimiento de sus objetivos, los Estados asumen el deber de “prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad”, para lo cual se comprometen a adoptar medidas a fin de “promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad”; y de facilitar el acceso a servicios, “tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración”.

3.7 Ahora bien, de conformidad con lo anterior, se debe concluir que a la luz del Texto Constitucional y del derecho internacional, las personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas por sus limitaciones y a gozar de las acciones afirmativas que el Estado está obligado a adoptar en su favor. De ahí que la Corte, desde sus primeras sentencias, haya sido enfática en sostener que la discapacidad es un criterio prohibido para establecer algún tipo de trato discriminatorio contra las personas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-427 de 1992, la Corporación precisó que la protección especial que el Estado debe a los discapacitados, se expresa en “la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.”

3.8 Al respecto, como se indicó anteriormente, los criterios de prohibición de discriminación negativa y de adopción de acciones afirmativas, indudablemente son aplicables para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la educación de las personas con discapacidad<sup>12</sup>. En efecto, en la sentencia T-826 de 2004, luego de reiterar que en concordancia con la sentencia T-620 de 1999, la acción de tutela es procedente para

proteger el derecho a la educación de ese sector de la población<sup>13</sup>, la Corte concluyó:

“[D]esde la óptica de su condición de derecho fundamental, el derecho a la educación de las personas con discapacidades, además de permitir su protección por medio de la acción de tutela, característica definitoria de dichos derechos, guarda en estos casos una relación conceptual innegable con el derecho a la igualdad, en la medida en que la condición especial de sus titulares (los limitados físicos, sensoriales y psíquicos), dado su reconocimiento expreso por la Constitución como sujetos de especial protección, implica a su vez la existencia de una obligación de promoción y de protección especial en cabeza del Estado. De esta forma, el régimen jurídico de las personas con discapacidad y los contenidos particulares del derecho a la educación en estos casos, se ven reforzados por la fuerza normativa propia del derecho a la igualdad.” (Subraya fuera del texto original).

3.9 Adicionalmente, es preciso señalar que en concordancia con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, dado que entre los fines de la educación se encuentra “El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”<sup>14</sup>, la educación para personas con limitaciones o con capacidades intelectuales excepcionales, hace parte integrante del servicio público educativo<sup>15</sup>. En este sentido, la citada ley prevé que el Estado debe apoyar a las instituciones y fomentar programas y experiencias orientadas a la adecuada atención educativa de las personas con discapacidad; incorporar en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan cubrir la atención educativa a las personas con limitaciones; así como facilitar que los establecimientos educativos hagan los ajustes curriculares necesarios que permitan su formación integral<sup>16</sup>.

De igual manera, el Capítulo II del Título II de la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, dispone importantes instrumentos para la realización del derecho a la educación de la población con discapacidad. Al respecto, de manera general, prevé que el Estado tiene el deber de garantizar su acceso y permanencia en el sistema educativo en condiciones de igualdad, pero de conformidad con las condiciones que exige su situación especial. Así, de acuerdo con dicha ley, las

obligaciones en cabeza del Estado en la materia pueden resumirse como sigue: (i) garantizar el acceso a la educación y capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico, dentro del ambiente más apropiado a las necesidades especiales de las personas con limitaciones; (ii) promover su integración a las aulas de instituciones donde se imparta educación ordinaria; (iii) establecer la metodología para el diseño y ejecución de programas educativos especiales de carácter individual según el tipo de limitación; (iv) establecer el diseño, producción y difusión de materiales educativos especializados, así como de estrategias de capacitación y actualización para docentes en servicio; (v) impulsar la realización de convenios entre las administraciones territoriales, las universidades y organizaciones no gubernamentales que ofrezcan programas de educación especial, para que apoyen los procesos terapéuticos y educativos dirigidos a esta población; (vi) verificar que ningún centro educativo niegue los servicios educativos a personas con una discapacidad; (vii) establecer los procedimientos especiales que faciliten a esas personas la presentación de exámenes de estado y facilitar el acceso a créditos educativos y becas a quienes llenen los requisitos previstos por el Estado para tal efecto; (viii) establecer programas que promuevan el ejercicio de su derecho a la recreación, así como su desarrollo artístico y cultural; y (ix) facilitar su acceso a las bibliotecas públicas y privadas.

3.10 En síntesis, en virtud de los artículos 13, 47 y 68 de la Constitución Política y de los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados por el Estado colombiano, en aplicación de las normas nacionales que regulan la materia y en ejercicio de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, las personas que padecen algún tipo de discapacidad tienen derecho a acceder al sistema educativo sin ningún tipo de discriminación y a obtener los beneficios de acciones afirmativas orientadas a garantizar su plena integración en este y en todos los ámbitos.

4. Derecho a la educación de las personas mayores de edad con discapacidad. Acceso a educación superior. Reiteración de jurisprudencia

4.1 De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación es obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprende como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. Sobre la protección constitucional de los niños en este ámbito, se debe tener en cuenta que en la sentencia C-092 de 200217, la Corte

aclaró que de la lectura sistemática de la Constitución se debe concluir que la protección especial que la Carta prevé a favor de los niños, se predica también de todos los menores de edad, pues la distinción que hizo el Constituyente entre niño y adolescente no tuvo por objeto distinguir los alcances de la protección debida a unos y otros<sup>18</sup>. Así pues, en criterio de la Corte, en principio, la educación es obligatoria para quienes no hayan alcanzado la mayoría de edad.

4.2 Ahora bien, en reiterada jurisprudencia la Corte ha establecido que el criterio relativo a la edad resulta irrelevante para determinar si una persona con discapacidad es titular del derecho fundamental a la educación. Así, por ejemplo, en la sentencia T-920 de 2000, luego de concluir que todas las personas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional que requieren atención y cuidados prioritarios por parte de la sociedad y el Estado, la Corporación precisó:

“Dentro del grupo de pacientes en cuyo nombre se instauraron las tutelas acumuladas en este expediente se encuentran dos personas mayores de edad. (...) El primero tiene 34 años, mientras que el segundo alcanza los 20 años. La pregunta que cabe hacerse con respecto a los dos es si a ellos se les aplican los planteamientos y órdenes que han sido expuestos. La Sala considera que sí. Si bien estos dos pacientes son ya personas mayores de edad, la grave discapacidad que los aqueja los hace asimilables a los menores de edad. En realidad, aun cuando la edad biológica de estas dos personas los hace mayores, de acuerdo con los médicos tratantes, su edad mental corresponde a la de un niño menor, en razón de la parálisis cerebral y el retardo mental que padecen.

La protección especial que merecen los menores obedece fundamentalmente al afán del constituyente de garantizar derechos y oportunidades a un grupo poblacional que se encuentra, por sus propias condiciones personales, en circunstancias de debilidad manifiesta y que está “impedido para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables”.<sup>19</sup> Pues bien, si es esta circunstancia de debilidad manifiesta la que sustenta la protección especial que se debe brindar a los niños, ella misma debe servir de criterio para determinar la protección especial a sectores poblacionales que, pese a haber superado la edad jurídica de la minoría de edad, objetivamente comparten las mismas características de aquellas personas definidas por el derecho como menores de edad.” (Subraya y negrilla

fuera del texto original).

4.3 Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la sentencia T-826 de 2004, la Corte identificó las razones por las cuales la efectividad del derecho a la educación de las personas con discapacidad no depende de su edad; razones que, por su alcance y relevancia, constituyen criterios para admitir la procedencia y prosperidad de la acción de tutela en estos casos: (i) los términos de la protección conferida por la Constitución a las personas con discapacidad, no está mediada por la edad, el sexo o cualquier otro criterio de distinción, pues “la Constitución reconoce el deber de protección para las personas con discapacidad en términos genéricos y categóricos”<sup>20</sup>; y (ii) el derecho fundamental a la educación de las personas con limitaciones guarda una relación directa con sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad<sup>21</sup>, si se tiene que “la instrucción escolar en estos casos no está únicamente relacionada con el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes de la cultura”, sino que de ella depende su integración a la sociedad, el afianzamiento de su autonomía personal y la adquisición de habilidades y competencias que garanticen su autosuficiencia económica.

Así, las personas con discapacidad mental, física, sensorial o cognitiva son titulares del derecho fundamental a la educación, sin tener en cuenta ningún límite temporal relacionado con la edad. Esta conclusión se deriva de las disposiciones constitucionales que desarrollan la materia, de su condición de sujetos de especial protección, de la relación que existe entre el derecho a la educación y los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la dignidad humana y, de la necesidad de garantizar por todos los medios su integración a la sociedad en todos los ámbitos.

4.5 Con fundamento en el precedente expuesto, igualmente se debe concluir que el derecho a la educación de las personas con discapacidad comprende el derecho a acceder a niveles de educación superior, por las siguientes razones:

En primer lugar, como se explicó, la protección conferida por la Constitución a las personas con discapacidad, no está mediada por la edad, el sexo o cualquier otro criterio de distinción, como el nivel educativo o el grado de instrucción. En efecto, de la lectura

sistemática de la Carta, en particular de sus artículos 13, 47 y 68, se desprende que la protección constitucional en estos casos es de carácter general y su fundamento objetivo es el estado de discapacidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran las personas con limitaciones, sin que la Carta disponga algún criterio de diferenciación adicional.

En segundo lugar, de conformidad con el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, en consideración de las normas, tratados y convenios internacionales que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 93 de la Constitución, el Estado colombiano ha asumido la obligación de garantizar la debida protección a las personas que padecen algún tipo de discapacidad, así como de interpretar el ordenamiento jurídico interno que desarrolla la materia a la luz del derecho internacional. En este sentido, se tiene que (i) el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados Partes reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: “(...) c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados”; (ii) en la Observación General No. 13 “El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisó: “(...) el derecho a la enseñanza técnica y profesional abarca los siguientes aspectos: (...) || e) En el contexto de las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a (...) las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos”; y (iii) en atención a la Observación General No. 5 emitida por mismo Comité, el Estado colombiano tiene el deber de “reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados”.

En tercer lugar, como se señaló en el fundamento jurídico citado, las obligaciones del Estado en la materia también se encuentran definidas en la legislación nacional. De hecho, el artículo 10 de la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, establece que el Estado tiene el deber de garantizar “el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación,

quienes para ello dispondrán de una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales”.

Y en cuarto lugar, dado que, como se explicó anteriormente, la educación de las personas con discapacidad busca propiciar su integración social, afianzar su autonomía personal y facilitar su autosostenimiento, es necesario concluir que entre más alto sea el nivel de formación al que acceda ese sector de la población, más posibilidades existe de que dichos fines se satisfagan y de que sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad se hagan efectivos<sup>22</sup>.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-884 de 2006, la Corte estudió el caso de una persona mayor de edad que padecía hipoacusia sensorial profunda bilateral y a quien el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Valle, negó el acceso al programa técnico de “Mantenimiento de hardware”, con fundamento en esa limitación. En esa oportunidad, luego de señalar de manera precisa las obligaciones del Estado frente a la realización derecho a la educación de la población con discapacidad<sup>23</sup>, esta Corporación señaló:

“El SENA, entonces, como institución educativa de carácter público, debe ceñirse estrictamente a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el ámbito internacional, a más de ajustar sus procedimientos y actuaciones al ordenamiento jurídico interno y, específicamente, a la normatividad que configura la política pública específica para el caso de la población con limitaciones auditivas a la que esta Sala ya tuvo oportunidad de referirse en la presente providencia.

Esto es así por cuanto la formación de la población con discapacidad no configura una función discrecional de parte de los centros educativos, menos aún cuando se trata de establecimientos públicos a los que el ordenamiento se las ha asignado de forma expresa, aún cuando la Sala reconozca que su prestación requiere de la planeación adecuada que garantice su permanencia.

En el tema específico del derecho a la educación de las personas con discapacidad, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia, los instrumentos de derecho internacional, la jurisprudencia constitucional en la materia y la normatividad aplicable apuntan hacia la conveniencia de la integración de esta población

en entornos generales de educación, a fin de lograr su verdadera integración social.

(...)

Como consecuencia de todo lo expresado y ante la falta de justificación de la actuación del SENA, en esta oportunidad se reitera la jurisprudencia de esta Corporación en la que se ha establecido que las instituciones educativas ordinarias tienen la obligación de permitir el ingreso de personas con limitaciones físicas para ayudar de esta manera a su integración social, así ello implique un esfuerzo adicional razonable de su parte.

Por lo expuesto a lo largo de la presente providencia, la Corte revocará el fallo de única instancia proferido en el asunto de la referencia y, en su lugar, concederá el amparo tutelar de los derechos invocados por el actor, en atención a que éstos se vieron lesionados con las acciones del SENA.” (Subraya fuera del texto original).

4.6 En suma, las personas con discapacidad mental, física, sensorial o cognitiva son titulares del derecho fundamental a la educación, derecho que no está limitado por la edad o por cualquier otro criterio de distinción, como el nivel educativo o el grado de instrucción. De manera general, ese derecho se deriva de los términos genéricos en que está consagrada su protección constitucional y de su condición de sujetos de especial protección; de las normas, tratados y convenios internacionales que desarrollan la materia y que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 93 de la Constitución; de la estrecha relación que existe en estos casos entre el derecho a la educación y la realización de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad; y de la obligación del Estado de garantizar su integración social y su adecuado desarrollo a través de la provisión de los medios requeridos para elevar su autonomía personal y las posibilidades de autosostenimiento.

## 1. Estudio del caso concreto

5.1 Con base en las consideraciones y fundamentos expuestos, a continuación la Sala de Revisión determinará si la negativa de la Dirección de Personal del Ejército Nacional

frente a la solicitud de asignación de una beca para adelantar estudios de educación superior, vulnera los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la educación, si se tiene que: (i) como consecuencia de la prestación de sus servicios a esa institución, padece una disminución de su capacidad laboral de un 95.16%; (ii) mediante radiograma del 2° de octubre de 2008, el Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen, ya le había comunicado la asignación de una beca para iniciar estudios universitarios en el primer semestre de 2009; (iii) el 10 de octubre de 2008, el Comandante del Ejército Nacional ordenó su retiro del servicio activo de las Fuerzas militares; y (iv) de conformidad con la Directiva Permanente No. 0130 de 2008 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, los apoyos económicos para capacitación sólo pueden ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo de esa institución.

5.2 Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta sentencia, la Sala concluyó que en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados por el Estado colombiano, en aplicación de las normas nacionales que regulan la materia y en ejercicio de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, las personas que padecen algún tipo de discapacidad tienen derecho a acceder al sistema educativo sin ningún tipo de discriminación y a obtener los beneficios de acciones afirmativas orientadas a garantizar su plena integración en este ámbito. Igualmente, señaló que el derecho fundamental a la educación de las personas con discapacidad no está limitado por la edad o por cualquier otro criterio de distinción, como el nivel educativo o el grado de instrucción.

5.3 Con base en los hechos y pruebas que a continuación se indican, esta Sala abordará el problema jurídico propuesto y determinará si se deber revocar las decisiones adoptadas por los jueces de tutela dentro del presente trámite.

5.3.1 Esta Sala encuentra demostrado que el 2 de mayo de 2002, el accionante fue víctima de la explosión de una mina antipersonal en cumplimiento de la operación militar “Destructor”<sup>24</sup>, la cual le produjo una disminución de su capacidad laboral del 95.16%<sup>25</sup>.

5.3.2 Así mismo, dentro del expediente se encuentra acreditado que con fundamento en su

situación de discapacidad, el 22 de septiembre de 2008, el accionante solicitó a la Comandancia del Ejército Nacional la concesión de una beca para adelantar estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia<sup>26</sup>.

Igualmente, se encuentra probado que en virtud de la Directiva Permanente No. 0130 expedida el 7 de mayo de 2008, denominada “Capacitación para el Personal Orgánico de la Fuerza”<sup>27</sup>, mediante radiograma No. 346708 del 2 de octubre de 2008, el Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen, le comunicó al actor la asignación de una “beca de apoyo económico” para adelantar estudios de educación superior a partir del primer semestre de 2009<sup>28</sup>. Al respecto, se encuentra acreditado que la decisión de la concesión de esa beca fue adoptada el 1° de octubre de 2008, por el “Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a personal herido en combate, resultados operacionales sobresalientes y apoyos a las unidades, que hace el señor Mayor General Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor del Ejército por intermedio de la Jefatura de Desarrollo Humano, correspondiente al segundo semestre del año 2008. 29”

5.3.3 Por último, se encuentra probado que mediante la Resolución No. 1675 del 10 de octubre de 2008, el Comandante del Ejército Nacional, General Mario Montoya Uribe, resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas militares al accionante, “en forma absoluta, por invalidez”<sup>30</sup>.

5.4 En consideración de lo anterior, la Sala encuentra que la presente acción de tutela es procedente y debe prosperar, por las siguientes razones:

5.4.1 En primer lugar, a diferencia de lo indicado por los jueces de instancia, esta Sala estima que la acción de tutela interpuesta por Oscar Diego Moreno Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, sí satisface el requisito de subsidiariedad.

Dado lo anterior, esta Sala encuentra que mediante el Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008, el Comité de Capacitación referido reconoció el derecho del accionante a gozar de los beneficios de la citada beca; reconocimiento que, a juicio de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, perdió eficacia pues uno de sus supuestos, esto es, la

calidad del actor de miembro activo de la Fuerza Pública, desapareció en virtud de la Resolución que ordenó su retiro del servicio. Así las cosas, de la actuación administrativa descrita se infiere que, en criterio de la entidad accionada, operó el decaimiento de la decisión de reconocimiento del beneficio señalado, en virtud de la pérdida de su fuerza ejecutoria como consecuencia de la desaparición de uno de sus fundamentos fácticos y jurídicos: la condición del accionante de miembro activo del Ejército<sup>31</sup>.

Ahora, cabe preguntarse entonces, cuáles son las acciones ordinarias que el accionante puede ejercer para atacar el decaimiento de la decisión que lo hacía beneficiario de una beca cuyo fin era adelantar estudios de pregrado, si se tiene que dicho decaimiento opera ipso iure y que, en esta medida, no existe una decisión expresa que así lo declare<sup>32</sup>. Es decir, para efectos de decidir sobre la procedibilidad de la presente acción, la Sala debe preguntarse si el accionante cuenta con acciones ordinarias para atacar una decisión tácita que no consta en un acto administrativo y que, por el contrario, es consecuencia de una actuación administrativa que, en principio, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

Al respecto, nótese que la pérdida de eficacia de esa decisión es el resultado de su retiro del servicio activo del Ejército y que, de conformidad con su solicitud de amparo, la pretensión de tutela no consiste en que se deje sin efectos la decisión de retiro o se ordene su reintegro a esa institución. Así las cosas, para efectos de determinar la procedencia de la presente acción de tutela, debe tenerse en cuenta que, en principio, no existe una razón para que el accionante emprenda una acción contra el acto administrativo que ordenó su retiro del servicio, pues no sólo está conforme con dicha decisión, sino que también -en concordancia con las normas que regulan la materia<sup>33</sup>-, no son claras las razones por las cuales un juez debería declarar la nulidad si, al parecer, esa decisión se encuentra ajustada a derecho.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que contrariamente a lo estimado por los jueces de tutela, dado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, la presente solicitud de amparo satisface el requisito de subsidiariedad.

En efecto, se tiene que el accionante está conforme con las decisiones de adoptadas por la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el Comandante de la misma institución, relativas a la concesión de una beca de estudios y a su retiro del servicio, por lo que no es razonable exigirle que emprenda una acción judicial para desvirtuarlas; y no está de acuerdo con la decisión mediante la cual se negó la materialización de ese beneficio, decisión que es consecuencia de su retiro del servicio, que no consta en un acto administrativo susceptible de ser atacado ante la jurisdicción contenciosa y que es objeto de la presente acción de tutela.

En este orden de ideas, esta Sala estima que, en principio, resulta razonable concluir que no existen otros medios judiciales para cuestionar la decisión adoptada de manera tácita por la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el Comandante de la misma institución en el presente caso, pues aunque dicha decisión es consecuencia de la expedición del acto administrativo de retiro, no se encuentra consignada en él y, por lo tanto, no es susceptible de ser atacada ante la jurisdicción contenciosa. Además, como se dijo, el actor está conforme con su retiro del servicio, por lo que, para considerar la procedencia de la acción de tutela interpuesta, no es razonable exigirle que emprenda una acción judicial para desvirtuar esa decisión.

Sobre este aspecto resulta necesario resaltar que a juicio de esta Sala, mediante el escrito remitido al actor el 2 de diciembre de 2008, por la Subdirección de Personal del Ejército Nacional, denominado "Informe trámite Derecho de Petición"<sup>34</sup>, no se adoptó la decisión atacada en sede de tutela, pues de acuerdo con lo allí señalado, a través de ese escrito sólo se informó al accionante de su existencia, es decir, de la pérdida de la beca de estudios asignada mediante Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008. De modo que, es claro que el accionante no dispone de una acción judicial para atacar ese escrito, en tanto en él no se adoptó la decisión cuestionada, sino que sólo se informó de su existencia.

En este sentido, queda demostrado que no tiene caso aducir la improcedencia de la acción de tutela incoada con base en la falta de agotamiento de acciones que, en principio, resultan inocuas para el fin perseguido o que son inexistentes.

Así pues, esta Sala concluye que la acción de tutela interpuesta por Oscar Diego Moreno

Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, sí satisface el requisito de subsidiariedad y por tanto, es procedente.

5.4.2 En segundo lugar, como se señaló en precedencia, la explosión de una mina antipersonal ocurrida el 2 de mayo de 2002, ocasionó al actor una discapacidad física del 95.16%, en razón de la “amputación traumática de pierna izquierda con conservación de rodilla; osteomielitis crónica de tibia derecha controlada con medicamentos (...); acortamiento de miembro inferior derecho de 2 cms; cicatrices con defecto estético moderado en varias partes del cuerpo; limitación de los movimientos a tobillo derecho; y trastorno de estrés postraumático (...).35” En este sentido, la Sala concluye que dada su grave discapacidad, el accionante es sujeto de especial protección constitucional y, en consecuencia, tiene derecho a recibir del Estado las garantías necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, como se explicó, en virtud de la Directiva Permanente No. 0130 expedida el 7 de mayo de 2008, denominada “Capacitación para el Personal Orgánico de la Fuerza”, el 1° de octubre de 2008, mediante el Acta No. 0638, el “Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades”, decidió conceder al actor una beca para adelantar estudios de educación superior a partir del primer semestre del año 2009. Al respecto, en concordancia con lo señalado en dicha Acta, el criterio de asignación de esa beca fue el estado de discapacidad del accionante y su condición de “Herido en combate”36.

A juicio de la Sala, por supuesto, la decisión anotada no merece reparo alguno, pues de acuerdo con los fundamentos jurídicos de esta sentencia, se encuentra ajustada a lo dispuesto en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados por el Estado colombiano, en las normas nacionales que regulan la materia y en el contenido de los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación de las personas con discapacidad. Así, en sentir de la Sala, esa decisión está en plena concordancia con el derecho de las personas con discapacidad a acceder al sistema educativo sin ningún tipo de discriminación y a obtener los beneficios de acciones afirmativas orientadas a garantizar su plena integración en este ámbito.

Sin embargo, lo cierto es que, tal y como se precisó anteriormente, también se encuentra probado que aunque el Comité de Capacitación referido ya había decidido la concesión de la beca en comento, y que la entidad accionada tenía conocimiento de que de acuerdo con la Directiva Permanente No. 0130 del 2008, los apoyos económicos para capacitación sólo deben ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo del Ejército Nacional<sup>37</sup>, mediante la Resolución No. 1675 del 10 de octubre de 2008, el Comandante del Ejército Nacional, General Mario Montoya Uribe, con el “visto bueno” del Director de Personal del Ejército Nacional, Coronel Juan Pablo Amaya Kerquelen -quien, participó en la reunión mediante la cual se decidió la asignación de la beca en cuestión-, resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas militares al accionante, “en forma absoluta, por invalidez”.

La Sala no entiende cuál fue el propósito perseguido por el Ejército Nacional al asignar al actor una beca de estudios con fundamento en su situación de discapacidad y de su pertenencia a esa institución, para después de transcurridos solo diez días decidir su retiro del servicio y, en consecuencia, de forma tácita, la pérdida de dicho beneficio. A juicio de la Sala, en principio, una disposición de esa naturaleza no sólo no tiene ningún sentido, sino que desconoce los derechos fundamentales del accionante a la educación porque dejó sin efectos una decisión que, dada su situación de discapacidad, pretendía facilitar su acceso al sistema educativo y “obtener su desarrollo integral<sup>38</sup>”; y al debido proceso porque quebrantó los principios de buena fe (Art. 83 de la C.P.) y confianza legítima conforme a los cuales “la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.<sup>39</sup>”

La Sala considera que si bien el retiro del actor del servicio activo de la Fuerza Pública tuvo por fundamento una situación objetiva, esto es, su situación de invalidez, y que el Comandante del Ejército Nacional goza de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar esa decisión<sup>40</sup>, una vez se decidió otorgar una beca de estudios al actor y se le notificó esa decisión, dicho margen se entendía restringido, pues era conocida la necesidad de garantizar su permanencia en la institución para salvaguardar el beneficio otorgado. En este contexto, para la Corte es razonable admitir que en el

momento en que el Ejército Nacional decidió conceder la beca en cuestión, tuvo que prever la necesidad de que el actor conservara su condición de miembro activo de la Fuerza Pública. Suponer lo contrario, sería presumir que cuando se concedió la beca solicitada por el actor, el “Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades” contempló la posibilidad de que esa beca no se materializara, situación no se compadece con el derecho a la educación del accionante que, en principio, parecía promover.

De este modo, resulta razonable afirmar que al otorgar la beca, el Comité de Capacitación en comento tuvo que anticipar la permanencia del actor en la Fuerza Pública, para que dicho beneficio se hiciera efectivo. En este sentido, debe entenderse que esa previsión no riñe con la facultad discrecional del Comandante del Ejército Nacional para ordenar el retiro del servicio de una persona que tiene una incapacidad laboral del 95.16%. Lo que sucede es que una vez se toma la decisión de conceder un beneficio de esa naturaleza y se advierte la calidad de sujeto de especial protección de la persona a quien se otorga, el ejercicio de esa facultad debe ser consistente con la prevalencia del derecho fundamental a la educación de que son titulares las personas con discapacidad. No puede ser considerada seria y respetuosa de los principios de buena fe y confianza legítima y del derecho fundamental a la educación, la decisión de otorgar una beca a una persona en razón de su discapacidad y de su calidad de miembro activo del Ejército, para luego de diez días decirle que justamente por su situación de invalidez debe ser retirado del servicio y, en consecuencia, perder el beneficio otorgado.

Así, en criterio de la Sala, la decisión de conceder una beca a una persona con limitaciones tiene la vocación de garantizar la existencia de los supuestos fácticos requeridos para el efecto, como en este caso lo es la permanencia del actor en la Fuerza. De otra forma, se entendería que esa decisión no se encuentra comprometida con los fines que dice perseguir, lo que sería contrario a los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso. Una situación distinta es que se presenten hechos que configuren la obligatoria desaparición de esos supuestos fácticos o que impliquen la pérdida del beneficio, por ejemplo, la comisión de una falta disciplinaria que de lugar a la destitución o la obtención de un promedio académico inferior al exigido. Ante la ocurrencia de esos hechos, de manera general, sí es razonable que se adopte la

decisión de ordenar el retiro del servicio de la persona con discapacidad -con las consecuencias que ello implique- o la pérdida del beneficio otorgado, pues su ocurrencia no es responsabilidad del Ejército Nacional.

De otro lado, resulta necesario aclarar que la necesidad de garantizar la permanencia de una persona con discapacidad en el servicio activo del Ejército Nacional para que pueda ser beneficiaria de una beca de estudios, no es una razón para que ahora se opte por negar la concesión de esas ayudas en estos casos. Al respecto, se reitera que en virtud de los artículos 13, 47 y 68 de la Constitución Política y de los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados por el Estado colombiano, en aplicación de las normas nacionales que regulan la materia y en ejercicio de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, el Estado se encuentra obligado a adoptar acciones afirmativas en el ámbito educativo -como lo es la concesión de becas- para que las personas con discapacidad se integren en debida forma a la sociedad.

5.5 En virtud de lo expuesto, esta Sala encuentra demostrado que la negativa de la Dirección de Personal del Ejército Nacional frente a la solicitud de asignación de una beca para adelantar estudios de educación superior, vulnera los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la educación, porque: (i) dado su grave estado de discapacidad, el actor es sujeto de especial protección constitucional; y (ii) aunque el Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades ya había decidido la concesión de la beca en comento, y esa institución tenía conocimiento de que de acuerdo con la Directiva Permanente No. 0130 del 2008, los apoyos económicos para capacitación sólo deben ser otorgados a quienes tienen la calidad de miembro activo del Ejército Nacional, el Comandante del Ejército Nacional resolvió retirar del servicio activo de las Fuerzas militares al accionante por su invalidez y sin considerar la decisión adoptada con anterioridad por dicho Comité.

5.6 En consecuencia, esta Corporación ordenará a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante los trámites requeridos para que el apoyo económico otorgado a Oscar Diego Moreno Rosso por el Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades,

que consta en el Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008, se haga efectivo a partir del primer período académico del año 2010.

En el cumplimiento de esta orden, la Dirección de Personal del Ejército Nacional deberá advertir al actor que para la conservación del beneficio referido, deberá cumplir con los requisitos y obligaciones exigidas en las normas que regulan la materia, salvo aquellas que hagan nugatorios sus derechos fundamentales a la educación, al debido proceso y a la igualdad, y que de no ser así, la Dirección de Personal del Ejército Nacional podrá decidir la no renovación del apoyo económico otorgado o su pérdida definitiva.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el día veintidós (22) de enero de 2009, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y el dos (2) de abril de 2009, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales se denegó el amparo invocado dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Oscar Diego Moreno Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación.

Segundo.- ORDENAR a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante los trámites requeridos para que el apoyo económico otorgado a Oscar Diego Moreno Rosso, por el Comité de Capacitación para el Programa de Apoyo a Personal Herido en Combate, Resultados Operacionales Sobresalientes y Apoyos a las Unidades, que consta en el Acta No. 0638 del 1° de octubre de 2008, se haga efectivo a partir del segundo período académico del año 2009.

En el cumplimiento de esta orden, la Dirección de Personal del Ejército Nacional deberá advertir al actor que para la conservación del beneficio referido, deberá cumplir

con los requisitos y obligaciones exigidas en las normas que regulan la materia, salvo aquellas que hagan nugatorios sus derechos fundamentales a la educación, al debido proceso y a la igualdad, y que de no ser así, la Dirección de Personal del Ejército Nacional podrá decidir la no renovación del apoyo económico otorgado o su pérdida definitiva.

Tercero.- ORDENAR que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-515 DE 2009

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Caso en que se podía controvertir la pérdida de beca ante esa jurisdicción/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Caso en que no se trata de la inexistencia de la acción sino de su ineficacia (Aclaración de voto)

Es desacertado sostener que el demandante carecía de toda posibilidad de controvertir la pérdida de la beca ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en ese sentido aclaro mi voto, aunque comparto la decisión finalmente adoptada, ya que la condición

de discapacidad del demandante y la urgencia de definir lo referente a la continuidad de sus estudios superiores son circunstancias cuya definición no puede quedar a la espera de lo que se decida al término de un proceso contencioso administrativo y, en consecuencia, ameritan una protección inmediata y definitiva que sólo puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela. El problema de la acción que el demandante hubiera podido intentar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la inexistencia sino la ineficacia y, por lo tanto, procede la tutela.

Referencia: expediente T-2255590

Acción de tutela instaurada por Oscar Diego Moreno Rosso contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional

Magistrado Ponente:

Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, en la presente oportunidad me permito aclarar mi voto respecto de la acción de tutela de la referencia. El motivo de mi discrepancia con la posición mayoritaria radica en el alcance que, a la luz del caso concreto, se le confiere a las acciones que el demandante podría ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En la sentencia se afirma que el propósito del actor no es controvertir el acto administrativo mediante el cual se dispuso su retiro del ejército nacional ni obtener el reintegro, motivo por el cual carece de mecanismos judiciales ordinarios cuyo ejercicio le permita al demandante satisfacer su real pretensión, cual es disfrutar de la beca para adelantar estudios superiores, pues habiéndole sido concedido ese beneficio la posterior decisión de retirarlo lo dejó sin efectos.

Argumenta la mayoría de la tutela es procedente, porque la pretensión del actor no cuenta con mecanismos que permitan actuarla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que la privación del beneficio inicialmente concedido es una consecuencia del retiro que luego se dispuso y, como tal, “no consta en uno acto administrativo susceptible de ser atacado ante la jurisdicción contenciosa”.

Ciertamente la intención del actor no es atacar el acto de retiro ni lograr su reintegro, pero, en mi criterio, ello no significa que la posibilidad de demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con la finalidad de que al actor se le permita disfrutar de la beca de estudios quede definitivamente cancelada.

Si bien cabe admitir que la pérdida del beneficio deriva del retiro que después fue ordenado, también es claro que la imposibilidad de materializar el disfrute de la beca responde a una decisión autónoma voluntariamente expresada por la administración y que, aún cuando no conste por escrito, en tanto constituye una decisión con evidentes efectos el actor podía controvertirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procura de que se mantuviera el beneficio del que resultó privado y sin necesidad de cuestionar el retiro o de buscar el reintegro.

A mi juicio, es desacertado sostener que el demandante carecía de toda posibilidad de controvertir la pérdida de la beca ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en ese sentido aclaro mi voto, aunque comparto la decisión finalmente adoptada, ya que la condición de discapacidad del demandante y la urgencia de definir lo referente a la continuidad de sus estudios superiores son circunstancias cuya definición no puede quedar a la espera de lo que se decida al término de un proceso contencioso administrativo y, en consecuencia, ameritan una protección inmediata y definitiva que sólo puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela.

En resumen, el problema de la acción que el demandante hubiera podido intentar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la inexistencia sino la ineficacia y, por lo tanto, procede la tutela.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Ver artículos 99 y 100 (modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006) del Decreto 1790 de 2000 "Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del

personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”

2 En esa oportunidad, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 762 de 2002, mediante la cual se incorporó al ordenamiento jurídico interno la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”.

3 Ver por ejemplo las sentencias C-176 de 1993, C-531 de 2000, C-410 de 2001, C-559 de 2001, C-128 de 2002.

4 Ver por ejemplo las sentencias T-492 de 1992, T-427 de 1992, T-441 de 1993, T-290 de 1994, T-067 de 1994, T-288 de 1995, T-224 de 1996, T-378 de 1997 y T-207 de 1999.

5 Ver las sentencias T-288 de 1995 y T-378 de 1997.

6 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. || Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

7 Aprobada en el 11 período de sesiones, 1994, UN. Doc. E/C.12/1994/13 (1994).

8 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. || 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: || a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; || b) La

enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; || c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; || d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; || e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. || 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. || 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

9 Adicionalmente, respecto de las obligaciones internacionales de los Estados parte, el Comité señaló: “7. (...) la comunidad internacional ha afirmado su voluntad de conseguir el pleno disfrute de los derechos humanos para las personas con discapacidad en los siguientes instrumentos: a) el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, que ofrece una estructura normativa encaminada a promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de “participación plena” [de los impedidos] en la vida social y el desarrollo, y de igualdad / Programa de Acción Mundial para los Impedidos (véase la nota 21 supra), párr. 1.; b) las Directrices para el establecimiento y desarrollo de comités nacionales de coordinación en la esfera de la discapacidad u órganos análogos, que se aprobó en 1990 / A/C.3/46/4, anexo I. También está en el informe sobre la Reunión Internacional sobre el papel y las funciones de los comités nacionales de coordinación en la esfera de la

discapacidad en los países en desarrollo, Beijing, 5 a 11 de noviembre de 1990 (CSDHA/DDP/NDC/4). Véase también la resolución 1991/8 del Consejo Económico y Social, y la resolución 46/96 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1991.; c) los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, que se aprobaron en 1991 / Resolución 46/119 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1991, anexo.; d) las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (que en adelante se denominarán “Normas Uniformes” en el presente documento), que se adoptaron en 1993 y cuya finalidad es garantizar que todas las personas que padezcan discapacidad “puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás” / Normas Uniformes (véase la nota 24 supra), Introducción, párr. 15... Las Normas Uniformes son de gran importancia y constituyen una guía de referencia particularmente valiosa para identificar con mayor precisión las obligaciones que recaen en los Estados Partes en virtud del Pacto.” (Subraya fuera del texto original).

10 En esa oportunidad, la Corte destacó: “Finalmente, el artículo 13 [del Protocolo De San Salvador], luego de establecer que toda persona tiene derecho a la educación, señala que ésta se debe orientar por criterios humanistas, democráticos y de respeto a los derechos de la persona, todo lo cual implica una serie de obligaciones para las autoridades. Así, la educación primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, mientras que se debe procurar la universalización y el mayor acceso posible a la educación secundaria y superior, para lo cual se debe prever una progresiva oferta de enseñanza gratuita. Igualmente, en función de la especial protección a quienes se encuentran en situaciones de debilidad, el protocolo prevé estrategias particulares en favor de quienes no hayan terminado el ciclo completo de instrucción primaria, así como programas diferenciados para los minusválidos. Fuera de lo anterior, el artículo precisa que sus normas no significan que los padres no tengan derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, ni que se esté consagrando una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza. Todas estas regulaciones coinciden con lo estatuido por la Constitución en esta materia. Así, el artículo 67 superior prevé que la educación es un derecho, que la enseñanza que debe estar orientada hacia el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia, que la educación básica es obligatoria y que la enseñanza es gratuita en las instituciones estatales, sin perjuicio de que deban pagar derecho académicos quienes

cuenten con los medios para hacerlo. Por su parte, el artículo 68 protege el derecho de los padres a escoger la enseñanza de sus hijos así como el derecho de los particulares a fundar establecimientos educativos. || Conforme a lo anterior, la Corte no encuentra ninguna objeción constitucional contra estos artículos del protocolo pues, como se ha visto, sus contenidos normativos armonizan plenamente con la regulación constitucional sobre el tema.” (Subraya fuera del texto original).

11 Así mismo, la Convención precisó: “2. Discriminación contra las personas con discapacidad: a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. || b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.”

12 Sobre la importancia de las acciones afirmativas en el ámbito educativo, se puede consultar la Observación General No. 13 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (21º período de sesiones, 1999, UN. Doc. E/C.12/1999/10, 1999), oportunidad en la que se señaló: “(...) el derecho a la enseñanza técnica y profesional abarca los siguientes aspectos: || e) En el contexto de las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a las mujeres, las niñas, los jóvenes no escolarizados, los jóvenes sin empleo, los hijos de trabajadores migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos. || (...) El Comité ratifica el párrafo 35 de la Observación general Nº 5, que se refiere a la cuestión de las personas con discapacidad en el marco del derecho a la educación, y los párrafos 36 a 42 de la Observación general Nº 6, relativos a la cuestión de las personas mayores en relación con los artículos 13 a 15 del Pacto.” (Subraya fuera del texto original)

13 “Después de ponderar situaciones concretas en las que se discutía la necesidad de una educación especial para los menores, varias sentencias de la Corte Constitucional, permiten deducir las siguientes subreglas: a) la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados. b) la educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor. c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo. d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, esta no sólo se preferirá sino que se ordenará. e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.”

14 Numeral 1º, artículo 5.

15 Cfr. Artículo 46.

16 Cfr. Artículos 47 a 49.

17 En esa oportunidad, la Corte declaró inexecutable la expresión “la quinta causa de”, contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y executable en forma condicionada el resto de la misma disposición, esto es, “siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de (sic) menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase.”

18 Al respecto, la Corte concluyó: “La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y

económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.”

19 Ver, por ejemplo, la sentencia C-185 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

20 En términos de la citada sentencia: “(...) en el caso de las personas con limitaciones psíquicas y físico sociales, el derecho fundamental a la educación se extiende aun mas allá del término definido por la Constitución y las leyes como el límite de la minoría de edad. Tres consideraciones llevan a la Corte a establecer esta conclusión. La primera de ellas está relacionada con los términos en que están definidos los limitados psíquicos, físicos y sensoriales como sujetos de especial protección constitucional. En efecto, la voluntad del Constituyente, en los términos de los artículos 47 y 68 inciso final, no está mediada por una delimitación del deber de protección en función de la edad, del sexo o de cualquier otra circunstancia. La Constitución reconoce el deber de protección para las personas con discapacidad en términos genéricos y categóricos.” (Subraya fuera del texto original).

21 Sobre la relación entre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de las personas con discapacidad, véase la sentencia T-984 de 2007.

22 Esta posición ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en las sentencias T-1073 de 2006, T-215 de 2005 y T-150 de 2002.

23 En este sentido, la Corte llegó a las siguientes conclusiones: (i) Existe un amplio consenso internacional respecto del deber de los Estados de remover los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad acceder en igualdad de condiciones a la plena realización y efectividad de sus derechos. Lo anterior, regido por la prohibición de retroceso en los avances logrados en la materia y, a su vez, por el compromiso de efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales de esta población. || (ii) La población con discapacidad constituye un grupo social de especial

protección constitucional por la situación de marginalización en que ha permanecido a lo largo de la historia, lo cual implica de parte de las autoridades públicas adoptar medidas enderezadas a eliminar todas las formas de discriminación, mediante acciones afirmativas que garanticen su pleno disfrute de los derechos de los cuales son titulares. || (iii) Por expreso mandato constitucional (C.P. art. 47), el Estado tiene el deber de propender por la rehabilitación y la integración social de las personas que padecen cualquier tipo de limitación física, mental o sensorial. || (iv) El derecho a la educación técnica y superior implica la igualdad de acceso con base en criterios de mérito académico y la prohibición de establecer discriminaciones basadas en criterios sospechosos. En el caso de las personas con discapacidad, a partir del derecho internacional de los derechos humanos y del propio ordenamiento constitucional, surge la obligación del Estado de establecer tratos favorables para lograr la igualdad real y efectiva en dicho acceso. || (v) De conformidad con los instrumentos internacionales y la hermenéutica efectuada por sus intérpretes autorizados, los mandatos constitucionales, la legislación en materia de derecho a la educación de las personas con discapacidad, y la reiterada jurisprudencia proferida por este Tribunal Constitucional, el modelo por el que deben propender los Estados contemporáneos, en la medida de sus posibilidades, es el de la integración de las personas con discapacidad al sistema general de educación, a fin de garantizar una verdadera integración social”.

24 Cfr. Folios 20 y 21, cuaderno 2.

25 Cfr. Folio 37, cuaderno 1.

26 Cfr. Folio 22, cuaderno 2.

27 Cfr. Folios 33 a 50, cuaderno 2, y 46 a 59, cuaderno 1

28 Cfr. Folios 23, cuaderno 2, y 28 y 29, cuaderno 1.

29 Cfr. Folios 22 a 27, cuaderno 1.

30 Cfr. Folios 24, cuaderno 2, y 30, cuaderno 1.

31 Cfr. Código Contencioso Administrativo, artículo 66: “Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no

hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: || (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho.|| (...).”

Sobre los términos en que fue declarada la exequibilidad de este artículo, véase la sentencia C-063 de 1995.

32 Al respecto, véase entre otras, la sentencia T-152 de 2009: “[L]a jurisprudencia (Sentencias del 8 de mayo de 2008, expediente 00487-01. C.P. Camilo Arciniegas, del 3 de agosto de 2000, expediente 5722, C.P. Olga Inés Navarrete y 22 de noviembre de 2007, expediente 7430-05 Jaime Moreno García) y la doctrina especializada (Pueden consultarse, entre otros, Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte Especial. 1ª edición colombiana 1998. Editorial Biblioteca Jurídica Dike.1998; Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo II. Sexta Edición. Editorial La ley. Buenos Aires. 1980) han dicho reiteradamente que [el decaimiento de un acto administrativo] opera ipso iure, esto es, que no requiere ser declarado ni en sede administrativa ni mucho menos en sede judicial, pues, incluso, no puede solicitarse al juez contencioso administrativo porque no existe una acción autónoma que lo permita -recuérdese que el decaimiento del acto administrativo no constituye causal de nulidad del mismo (En este sentido, pueden consultarse las sentencias del 30 de enero de 2004, expediente 7397, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y del 5 de julio de 2006, expediente 21051, C.P. Ruth Stella Correa Palacios)-. Su análisis puede hacerse en la vía judicial, de manera excepcional, cuando, por ejemplo, para evitar la ejecución forzosa se interpone la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, o cuando se pretende la ejecución de un acto administrativo que ha perdido su fuerza ejecutoria, en ejercicio de la acción constitucional de cumplimiento regulada en la Ley 393 de 1997, pues la administración podría demostrar que no ha sido renuente en el cumplimiento sino que esa ejecutoria se ha extinguido.”

33 Cfr. Código Contencioso Administrativo, artículo 84: “Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. || Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de

audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. || (...).”

34 Cfr. Folios 25 y 26, cuaderno 2, y 31 y 32, cuaderno 1.

35 Cfr. Folios 14 a 18, cuaderno 2.

36 En efecto, de conformidad con la copia del Acta No. 0638 suscrita el 1° de octubre de 2008 (folios 22 a 27, cuaderno 1), la reunión en la cual se decidió la asignación de la beca solicitada por el actor, tuvo por objeto “dar trámite y aprobar las solicitudes enviadas por el personal de Oficiales y Suboficiales heridos en combate, resultados operacionales y unidades aspirantes al apoyo económico con base a [sic] lo estipulado en la Directiva Permanente No. 0130 de 2008 “Capacitación para el Personal Orgánico de la Fuerza”. || Para el efecto fueron presentadas al Comité de Capacitación las diferentes solicitudes y una vez realizado el estudio de cada una de ellas, el Comité de Capacitación presidido por (...), aprobaron 28 solicitudes correspondientes a “personal herido en combate (27) y resultados operacionales (1), con base a [sic] la siguiente descripción y los cuadros que se anexan a la siguiente acta los cuales se encuentran debidamente firmados por parte del Comité de Capacitación así: || (...) Personal seleccionado por parte del Comité de Capacitación para que inicie estudios universitarios período académico primer semestre año 2009: || (...) 12. SS. Oscar Diego Moreno Rosso BASAN.”

37 Varias disposiciones de la Directiva Permanente No. 0130 del 2008 “Capacitación para el Personal Orgánico de la Fuerza”, así lo precisan: “2. Información || A. Criterios generales || (...) 8. Dando cumplimiento a los artículos 88, 89 y 90 del Decreto 1428 de 2007; es necesario que el personal de Oficiales y Suboficiales destinados en comisión de estudios, deberán firmar un acta de compromiso, la cual garantice su permanencia en la Fuerza por un tiempo mínimo al doble del lapso que hubiera sido apoyado y constituir una póliza de cumplimiento. || (...) B. Beneficiados: Todo personal vinculado a la fuerza que cuente con el lleno de los requisitos estipulados en la presente directiva. || C. Criterios generales para la asignación de apoyos económicos. || 1. Personal herido en combate: || Ser oficial, Suboficial o Soldado Profesional activo del Ejército o civil debidamente nombrado por planta.”

38 De acuerdo con la Directiva Permanente No. 0130 del 2008, de manera prioritaria, los programas de capacitación se encuentran dirigidos a “aquellos integrantes de la Fuerza que han sufrido heridas en combate, con miras a obtener su desarrollo integral.”

39 Sentencia SU-360 de 1999.