

Sentencia T-520/10

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial/ACCION DE TUTELA-Caso en que al demandante no le fue conferido el ascenso al grado de Sargento Mayor

Conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, llevaría a la vulneración de derechos fundamentales, sí con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados. Concretamente, en el caso bajo estudio se evidencia que el actor contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir los actos administrativos, cuyos efectos lesivos, a su juicio, generaron la afectación de sus garantías fundamentales. En efecto, mediante el ejercicio de las acciones de simple nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, el actor pudo haber objetado la legalidad de los actos proferidos por el Ejército Nacional a través de los cuales no se le concedió el ascenso militar al grado inmediatamente superior, esto es, de Sargento Mayor a Sargento Mayor de Comando y no lo hizo.

Referencia: expediente T-2.556.204

Demandante: Samuel Mosquera Medina

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010).

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

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido el 18 de diciembre de 2009, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual se confirmó el fallo dictado el 16 de septiembre de 2009, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Samuel Mosquera Medina, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La Solicitud

El 01 de septiembre de 2009, el señor Samuel Mosquera Medina, en su condición de Sargento Mayor del Ejército Nacional impetró acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital, presuntamente vulnerados, como consecuencia de no haber sido ascendido al grado de Sargento Mayor de Comando debido a que no culminó un Curso de Liderazgo Internacional, del cual, según afirma, fue retirado de manera arbitraria por orden de un mando superior.

2. Reseña fáctica y pretensiones

2.1. El señor Samuel Mosquera Medina manifiesta que se desempeña como Sargento Mayor activo del Ejército Nacional, de conformidad con la Orden Administrativa de Personal No. 1035, expedida el 1 de marzo de 2006.

2.2. Señala que, mediante comunicado del 15 de marzo de 2007, el Comandante de la Escuela de Relaciones Civiles del Ejército Nacional le informó que había sido seleccionado por el Comando General de las Fuerzas Militares para adelantar el Curso de Liderazgo Internacional, el cual es uno de los requisitos para obtener el ascenso al grado de Sargento Mayor de Comando y, en esa medida, ser enviado en Agregaduría Militar a cumplir misiones en el exterior. Dicho ascenso habría de efectuarse en el mes de marzo del año 2009.

2.3. Por lo anterior afirma, que el 16 de marzo de 2007, se presentó en las instalaciones de la Escuela de Relaciones Civiles Militares con el fin de adelantar el mencionado curso. Sin embargo, el 20 de marzo del mismo año, un Coronel del Comando le comunicó, de manera verbal, que debía abandonar el programa para darle paso a otros miembros de la fuerza que

estaban pendientes de ascenso y así facilitar el proceso de relevo generacional, con el compromiso de que sería convocado para el siguiente curso que se realizaría en el mes de septiembre. En consecuencia, optó por dejar de asistir al itinerario programado.

2.4. En la medida en que trascurrió más de un año sin que hubiere sido convocado nuevamente al Curso de Liderazgo, elevó sendas solicitudes de reconsideración que fueron resueltas de manera desfavorable. No obstante, mediante comunicado del 28 de octubre de 2008, el Ejército Nacional dio a conocer la relación del personal orgánico del Batallón de Infantería que fue considerado para ascenso en el mes de marzo de 2009, en el cual figuraba su nombre.

2.5. Aduce que una vez acreditados los requisitos exigidos, entregados los documentos correspondiente y trascurrido un término prudencial, a todos los llamados en el anterior comunicado les fue concedido el ascenso, excepto a él. Por ello, el 3 de marzo de 2009, elevó un derecho de petición dirigido al Coronel Director de Personal del Ejército Nacional, en el cual solicitó que fuera ascendido al grado de Sargento Mayor de Comando, de conformidad con lo establecido en la Ley 1104 de 2006.

2.6. En respuesta a su solicitud, mediante Oficio del 24 de abril de 2009, el Director de Personal del Ejército Nacional le informó que se ratificaba en su decisión de no promoverlo al grado inmediatamente superior, citando las normas del Decreto Ley 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, que establecen los requisitos mínimos para ascenso de suboficiales.

2.7. Inconforme con la anterior respuesta, solicitó nuevamente el estudio de su Hoja de Vida Militar ante el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de oficio del 3 de agosto de 2009.

2.9. En virtud del acontecer fáctico expuesto, acudió a este mecanismo de amparo constitucional, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital, y en consecuencia, solicitó que se ordenara al General de las Fuerzas Militares que, dentro de un término razonable, le conceda el ascenso al grado inmediatamente superior para tener la posibilidad de ser enviado al exterior en Agregaduría Militar.

3. Oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, mediante Auto del 3 de septiembre de 2009, ordenó poner en conocimiento de la entidad demandada el contenido de la acción de tutela de la referencia para efectos de ejercer su derecho a la defensa. No obstante lo anterior, dicho operador jurídico puso de presente que el término legal transcurrió sin respuesta alguna de quien fuera vinculado al proceso.

4. Pruebas que obran en el expediente

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

* Copia de diplomas, distinciones y demás reconocimientos conferidos al señor Samuel Mosquera Medina durante su carrera militar (Folios 9 a 15)

* Copia del oficio de fecha 3 de agosto de 2009 en el que el Director de Personal del Ejército Nacional se ratifica en la respuesta negativa dada en el escrito del 24 de abril de 2009 (Folio 16)

* Copia de diferentes derechos de petición mediante los cuales el señor Samuel Mosquera Medina solicita a las Fuerzas Militares el reconocimiento del ascenso al grado de Sargento Mayor de Comando. (Folios 17 a 32).

* Copia del escrito de respuesta a la solicitud de reconsideración de ascenso de fecha 24 de abril de 2009. (Folios 37 y 38).

* Copia del comunicado del 28 de octubre de 2008 en que se relaciona al personal considerado para ascenso en el mes de marzo de 2009, entre los que se encuentra el señor Samuel Mosquera Medina. (Folio 43).

* Copia del escrito del 25 de julio de 2008 a través del cual Samuel Mosquera Medina solicitó información acerca del motivo de no haber sido llamado a realizar el Curso de Liderazgo. (Folio 44).

* Copia del comunicado del 16 de marzo de 2007, emitido por el Comandante del Curso No. 8 de Liderazgo donde se le informa a Samuel Mosquera Medina que fue seleccionado para realizar dicho curso. (Folio 49).

* Copia del concepto de idoneidad profesional de Samuel Mosquera Medina. (Folios 53 a 55).

* Copia de la Orden Administrativa de Personal No. 1035, expedida el 1 de marzo de 2006. (Folios 57 a 58).

* Copia de la Cédula Militar de Samuel Mosquera Medina. (Folio 59).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera Instancia

El Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia proferida el dieciséis (16) de septiembre de dos mil nueve (2009), denegó la solicitud de amparo constitucional deprecada por el señor Samuel Mosquera Medina.

Consideró el fallador de primer grado que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para desvirtuar la legalidad del acto administrativo mediante el cual

no le fue concedido el ascenso solicitado, a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Puntualizó que, dado el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela, el amparo deprecado resulta improcedente, máxime, cuando no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2. Impugnación del fallo

El seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009), el señor Samuel Mosquera Medina impugnó el fallo de primera instancia sin exponer las razones de su inconformidad.

3. Segunda instancia

En providencia proferida el dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009), la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo judicial proferido en primera instancia.

Para tal efecto, advirtió que la determinación de la entidad accionada de no otorgarle al actor el ascenso al grado inmediatamente superior es un acto administrativo susceptible de ser impugnado y demandado mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción competente, aspecto que revela la improcedencia de la acción de tutela por existir un mecanismo de defensa preferente que desplaza la competencia del juez constitucional.

A lo anterior, se suma el hecho de que el accionante no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable como quiera que continúa al servicio activo de las Fuerzas Militares y percibe una asignación mensual que le permite satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar.

Adicionalmente, señaló que “la reacción del accionante contra la decisión de retirarlo del Curso de Liderazgo no fue inmediata y sus efectos se concretan actualmente pero ya no es posible retrotraer una situación consolidada que le causa perjuicios, por lo cual debe acudir a las instancias ordinarias.”

III. CONSIDERACIONES.

1. Cuestión previa

Para la Sala es importante mencionar que el 18 de septiembre de 2009, el accionante informó al juez de primera instancia que el Comandante del Ejército Nacional, a través de la Resolución No. 1186 del 7 de septiembre de 2009, resolvió retirarlo del servicio activo de las Fuerzas Militares, en forma temporal, con pase a la Reserva, por llamamiento a calificar servicios.

2. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

3. Procedibilidad de la Acción de Tutela

3.1. Legitimación activa

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, señala lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En el caso bajo estudio, el accionante, mayor de edad, actúa en defensa de los derechos fundamentales que considera vulnerados, razón por la cual se encuentra legitimado para instaurar la presente acción.

3.2. Legitimación pasiva

La Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en su condición de autoridad pública, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

4. Planteamiento del Problema Jurídico y análisis del Caso Concreto

4.1. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se le atribuye a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y al mínimo vital del señor Samuel Mosquera Medina, por el hecho de no haberle conferido el ascenso al grado de Sargento Mayor de Comando en razón a que no cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos para el efecto, específicamente, con la aprobación del Curso de Liderazgo Internacional al que fue convocado en el año 2007.

4.2. Sobre el particular, indica el actor que, el 16 de marzo de 2007, se presentó en la Escuela de Relaciones Civiles Militares con el ánimo de iniciar el Curso de Liderazgo Internacional, al cual había sido llamado a asistir en virtud de su elección por parte del Comando General del Ejército. Afirma, que días después sostuvo una reunión con un alto mando militar, quien le ordenó, de manera verbal, su retiro del respectivo curso, en razón de la necesidad de dar prioridad a los Suboficiales que se encontraban en espera con anterioridad, bajo el compromiso de ser convocado para el siguiente semestre, lo cual nunca sucedió.

4.3. Aún cuando no acreditó el cumplimiento de dicho requisito, en el mes de octubre de 2008 fue considerado para ascenso al grado de Sargento Mayor de Comando. Sin embargo, éste nunca se hizo efectivo, toda vez que a diferencia de los demás aspirantes seleccionados, no había realizado el Curso de Liderazgo Internacional.

4.4. Por su parte, los jueces de instancia coincidieron en la decisión de declarar la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que, dada la existencia de otro medio de defensa judicial, la cuestión planteada por el accionante debía resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho.

4.5. A partir del supuesto fáctico expuesto que motivó la presente acción de tutela, el material probatorio obrante dentro del expediente y las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, la Sala advierte que, el amparo deprecado por el accionante es improcedente, por las siguientes razones:

5. La existencia de otro medio de defensa judicial idóneo supone que el actor deba acudir, preferentemente, a dicho mecanismo, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales

5.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

A su vez, el artículo 6° del Decreto No. 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, señala que este mecanismo de amparo constitucional no procederá, entre otros casos, “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

Por lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.”¹

Desde esa perspectiva, dado el carácter supletivo que el ordenamiento superior le ha conferido a la acción de tutela, es claro que tal instrumento sólo es procedente de manera residual y subsidiaria cuando no existan otros medios de defensa judiciales a través de los cuales se pueda acudir para reclamar la defensa de los derechos que se consideren vulnerados, o que existiendo, éstos no resulten lo suficientemente idóneos y eficaces para

alcanzar el fin propuesto. Sobre el particular, en Sentencia T-565 de 2009, la Corte precisó que:

“(…) [El] carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.”²

Así mismo, indicó en la citada providencia que “sí existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se sujeta a la activación de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo³.”

En esa medida, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, llevaría a la vulneración de derechos fundamentales, sí con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.

5.2. Concretamente, en el caso bajo estudio se evidencia que el actor contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir los actos administrativos, cuyos efectos lesivos, a su juicio, generaron la afectación de sus garantías fundamentales.

En efecto, mediante el ejercicio de las acciones de simple nulidad y, nulidad y restablecimiento del derecho, previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor Samuel Mosquera Medina pudo haber objetado la legalidad de los

actos proferidos por el Ejército Nacional a través de los cuales no se le concedió el ascenso militar al grado inmediatamente superior, esto es, de Sargento Mayor a Sargento Mayor de Comando y no lo hizo.

5.3. Del mismo modo, respecto a la controversia suscitada en virtud de la orden de retirarse del Curso de Liderazgo Internacional, en su criterio, arbitraria e injustificada, y que constituía un requisito indispensable para obtener el respectivo ascenso, toda vez que la Ley 1106 de 2006, en el artículo 12, literal (b) señala como uno de los requisitos mínimos para ascenso de Suboficiales, la capacidad profesional, “acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza”, (Negrilla fuera de texto), esta Sala de Revisión advierte que se trata de una acusación dirigida a una persona en particular que requiere ser probada en el escenario natural previsto para el efecto y que, en todo caso, no puede comprometer a toda una institución, máxime cuando bien es sabido que la ignorancia de la ley no puede alegarse como excusa y el actor conocía exactamente cuales eran los requisitos exigidos para el ascenso y las consecuencia de no cumplirlos en su totalidad.

5.4. Ahora bien, respecto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera posible la procedencia de la acción de tutela de manera excepcional y como mecanismo transitorio, la Sala encuentra que, en el presente asunto, no se logró demostrar dicho supuesto, como quiera que para el momento de los hechos el actor continuaba al servicio activo de las Fuerzas Militares y, por lo tanto, recibía un salario mensual que le permitía satisfacer sus necesidades básicas y las de su grupo familiar; circunstancia que desvirtúa, desde todo punto de vista, la afectación de su derecho al mínimo vital.

A lo anterior se suma el hecho de que, actualmente, el señor Samuel Mosquera Medina no hace parte del personal activo de las Fuerzas Militares, todo vez que como fue mencionado previamente, el 7 de septiembre de 2009, el Comandante del Ejército Nacional resolvió retirarlo del servicio con pase a la reserva, de forma temporal, lo cual significa que se encuentra percibiendo una asignación de retiro.

5.5. En todo caso, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean al actor, es evidente que cualquier decisión que sobre el particular profiera la Corte, encaminada a lograr la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados carecería por

completo de eficacia, habida cuenta que, como consecuencia de su retiro del servicio activo se modificaron los supuestos de hecho que inicialmente motivaron la presente acción. Sin embargo, resulta pertinente señalar que respecto de hechos sobrevivientes, el actor tiene igualmente la posibilidad de activar los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal propósito.

Así las cosas, ante la improcedencia de la acción de tutela en el presente asunto, esta Sala de Revisión confirmará el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que a su vez, confirmó el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, denegatorio del amparo impetrado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 18 de diciembre de 2009, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, a su vez, confirmó el fallo dictado el 16 de septiembre de 2009, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, denegatorio del amparo impetrado, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

1 Ver Sentencia T-565 del 6 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

2 Ibidem.

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

{p}