

SENTENCIA T-722-09

(Octubre 8; Bogotá DC)

ACCION DE TUTELA-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS ES PROCEDENTE DE MANERA EXCEPCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA-Cadete de la Escuela Militar que fue desacuartelado por un concepto médico que le declaraba no apto

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ- El actor puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto al actor no se le causó un perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-2.254.055

Accionante: Darío Alexander Rocha Rodríguez.

Accionado: Ministerio de Defensa, Director de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Junta Médica Laboral Militar de Sanidad-Ejército Nacional, Comandante de Compañía del Batallón de Cadetes No 2 y Hospital Militar Central.

Fallo objeto de revisión: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal del 31 de marzo de 2009 que confirmó el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C Sala Penal del 25 de febrero de 2009.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Elementos de la demanda.

- Derechos fundamentales invocados: Darío Alexander Rocha Rodríguez interpuso acción de tutela¹, en contra del Director de la Escuela Militar de Cadetes 'General José María Córdova' y la Junta Médica Laboral Militar de Sanidad del Ejército Nacional, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad y educación.
- Conducta que causa la vulneración: la declaratoria como no apto para la actividad militar, desincorporación de la institución y la pérdida de la calidad de alumno de un estudiante de la escuela militar.
- Pretensión: el accionante solicita que se deje sin efectos el acta No 26569 del 23 de septiembre de 2008 de la Junta Médica Laboral Militar y la resolución No 422 de 2008 de la Escuela Militar de Cadetes 'General José María Córdova' por la cual se decidió el retiro del accionante y, en consecuencia, se ordene la reincorporación del accionante con el mismo grado y antigüedad de los compañeros de curso.

1.2. Fundamento de la pretensión.

El accionante fundamenta su pretensión con las siguientes afirmaciones y argumentos:

1.2.1. El día 6 de julio de 2007 el actor ingresó a la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", razón por la cual se le realizaron una serie de exámenes para valorar sus condiciones físicas y mentales, los cuales fueron aprobados satisfactoriamente.

1.2.2. El 22 de septiembre de 2008, después de tres meses sin salir de la Escuela, el accionante obtuvo un permiso por tres horas para asistir a una cita odontológica para el ajuste de "alambres y brackets" que le maltrataban la boca.

1.2.3. Según el actor, este permiso fue causa de la reacción del Capitán Daniel Guevara Arismendi, Comandante de Compañía del Batallón de Cadetes No 2, unidad a la que pertenecía, quien lo maltrató verbalmente y le realizó amenazas "con que eso no se

iba a quedar así”.

1.2.4. El mismo día el Alférez Ayala² abordó al cadete y le dijo que se alistara porque “le iban realizar unos exámenes” sin ofrecerle más explicaciones. El accionante fue trasladado a la clínica siquiátrica Santo Tomás. Una vez ingresó por urgencias fue atendido, en palabras del actor, por “una doctora cuyo nombre desconozco quien me preguntó que qué había pasado” y, posteriormente, el estudiante, nuevamente, fue conducido a la Escuela Militar.

1.2.5. Horas después, el cadete fue llevado, una vez más, a la Clínica “Santo Tomás”, esta vez en compañía de las sicólogas de la Escuela Militar: Mayor Gloria Victoria Chávez Muñoz e Irma Leal.

1.2.6. Rocha Rodríguez afirma que fue atendido por el Doctor Hernández Kunzel quien primero habló con las sicólogas y, posteriormente, procedió a entrevistarle haciéndole 2 o 3 preguntas en un encuentro que duró entre 4 y 5 minutos. El doctor le preguntó ¿Dónde había estudiado? y ¿Cómo se sentía en la Escuela? A la primera pregunta el cadete contestó que “la primaria en el Colegio Sagrado Corazón y el Liceo de Chiquinquirá y el bachillerato en el Liceo Nacional”. En respuesta a la segunda pregunta, el cadete contestó que se sentía bien, pero que no entendía por qué le realizaban esas pruebas.

1.2.7. De acuerdo con lo dicho por el actor, una vez terminada la consulta el Doctor Hernández entregó su concepto por escrito a la mayor Chávez Muñoz, dictamen cuyo contenido no fue comunicado al cadete. Acto seguido, el cadete fue conducido a la Dirección de Sanidad del Ejército donde la Mayor entregó el concepto y el estudiante fue citado para el día siguiente para una junta médica.

1.2.8. El 23 de septiembre de 2008, el actor asistió a la Dirección de Sanidad del Ejército con el fin de comparecer ante la junta médica. El cadete se reunió con “con dos doctoras ninguna de ellas sicólogas ni siquiatras”³ y sin llevar a cabo ninguna valoración adicional “procede una de ellas a leer el concepto del doctor (Hernández Kunzel)”, en cual se le declaraba no apto por una incapacidad permanente parcial que “le produce una disminución de la capacidad laboral de diez punto cinco por ciento”⁴

1.2.9. El 24 de septiembre de 2008 el Comandante de la compañía le ordena iniciar los trámites para el desacuartelamiento.

1.2.10. El 26 de septiembre de 2008 fue notificado de la resolución No 422 mediante la cual se ordenaba que el actor perdiera la calidad de alumno y fuese desacuartelado ese mismo día. Al intentar hablar con el Director de la Escuela Militar para rendir explicaciones no logró tener acceso a su oficina.

1.2.11. El 3 de octubre de 2008, el accionante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No 422 del 26 de septiembre de 2006, recurso en que extemporáneamente se confirma la decisión por medio de la resolución No 480 del 13 de noviembre de 2008.

1.2.12. El 4 de noviembre de 2008, el accionante presentó el recurso de "Solicitar convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar", estando dentro del término para hacer uso de su derecho.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Por su parte, el Brigadier General Juan Carlos Salazar Salazar, como director de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", señaló que los hechos se desarrollaron de la siguiente forma:

2.1.1. La Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército mediante acta No 26569 del 23 de septiembre de 2008 declaró la incapacidad parcial -no apto- al accionante que le fue notificada personalmente el 24 de septiembre de 2008. Se le advirtió que contra la decisión procedía el recurso de convocar al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión.

2.1.2. Con base en el acta anterior, se expidió la resolución No 422 del 26 de septiembre de 2008, notificada personalmente el mismo día, en la que se ordena la pérdida de la calidad de estudiante y el cupo. La anterior decisión se fundamenta en la causal del artículo 28 del Reglamento Estudiantil de la Escuela Militar. Igualmente se le informó que contra esta decisión procedía el recurso de reposición, el cual fue interpuesto por el actor en debido tiempo.

2.1.3. El 13 noviembre de 2008 se profirió la resolución No 480 la cual fue notificada el 14 de enero de 2009, en la que se reitera la decisión con base en el mismo argumento y autoriza a la Escuela Militar de Cadetes para que fundamentada en el acta de la Junta Médica Laboral que dictamina la incapacidad del cadete, proceda con la cancelación de cupo y la condición de estudiante. Se le informó al accionante que, de ser revocada la resolución en la segunda instancia, sería reintegrado al periodo académico que venía cursando.

2.1.4. El 4 de noviembre de 2008 con radicado Ext. 084437 el accionante hizo uso de su derecho a convocar el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar. No obstante, el actor nunca presentó los documentos que soporten el recurso y, por ende, no se ha fijado fecha para su realización⁵.

2.1.5. La valoración física y psicológica para el ingreso y permanencia de los estudiantes en la Escuela Militar es un requisito contenido en el decreto ley 1796 de 2000. EL demandado afirma que este requisito es sumamente importante, porque la vida militar, para su desarrollo, requiere la plenitud de capacidades físicas y psicológicas. Así, se protege la vida y seguridad tanto del estudiante evaluado como del personal militar y civil que con él se relaciona.

2.2. Por su parte, el capitán Daniel Guevara Arismendi, comandante de la Compañía Rendón del Batallón de Cadetes No 2, sostuvo que:

2.2.1. En agosto de 2008 el teniente Alexander Vizcano Jara, comandante del pelotón al cual se encontraba adscrito el accionante, le comunicó que el actor presentaba mal comportamiento y amenazaba verbalmente a sus compañeros. Igualmente, al teniente le informaron que el cadete fue internado en una "clínica de reposo" por cerca de 2 meses antes de ingresar a la Escuela Militar, por consumir sustancias tóxicas. Según el teniente, este hecho fue reconocido por el propio accionante.

2.2.2. Al enterarse de estas circunstancias, Guevara Arismendi siguió el procedimiento establecido en la Escuela y llevó al accionante al Departamento de Psicología de la Escuela Militar. De esta forma, el asunto quedó en manos de profesionales.

2.2.3. También señaló, que en ningún momento amenazó al demandante, ni tuvo

hacia él ninguna clase de malos tratos.

3. Fallo objeto de la decisión: Sentencia de Tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 31 de marzo de 2009.

3.1. Decisión de tutela en primera instancia: sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá.

El 25 de febrero de 2009, el Tribunal decidió “Negar la Tutela interpuesta por el accionante Darío Alexander Rocha Rodríguez”, por considerar que al ser la acción subsidiaria y residual, el actor contaba con otros medios para lograr la protección de su derecho. De manera concreta sostuvo el Tribunal que “[e]n este caso, el accionante puede interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa si su pretensión es que se deje sin efectos el acto administrativo proferido por la Junta Médica Laboral Militar que le dio de baja por haber sido declarado no apto para el servicio por impedimentos sicofísicos de acuerdo con el dictamen de las autoridades de Sanidad del Ejército Nacional”.

3.2. Impugnación de la sentencia de primera instancia.

Darío Alexander Rocha Rodríguez, haciendo uso de su derecho a la segunda instancia, impugnó el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, sustentando el recurso basado en los siguientes argumentos:

3.2.1. El accionante indicó que es falso que algunos cadetes hubieran informado sobre mala conducta de su parte. Él nunca presentó algún comportamiento que diera lugar a queja por parte de sus compañeros o superiores. Igualmente, señaló que nunca ha tenido problemas psicológicos o psiquiátricos antes de ingresar a la Escuela Militar.

3.2.2. Indicó que la decisión de la expulsión se fundamenta únicamente en chismes y rumores, los cuales no son dignos de credibilidad. No existe ninguna prueba real de problemas psiquiátricos presentados por el actor con anterioridad.

3.2.3. Contrario a lo afirmado por los accionados, el único hecho que produjo la expulsión del actor fue la ira de Capitán Guevara Arismendi, causada por el permiso que el actor obtuvo para cumplir una cita odontológica.

3.2.4. En igual sentido, señaló que nunca ha sido atendido por el departamento de psicología de la Escuela Militar. No es cierto que en esta dependencia se le hubiera adelantado un seguimiento que permitiera determinar su estado de salud mental.

3.2.5. Adicionalmente, sostuvo que la Escuela Militar aplica una norma que no es la correcta en este caso, por cuanto el acuerdo 001 de 2007 que contiene el reglamento de la Escuela de Cadetes no es la que debe regular su caso, sino los Decretos 1796 de 2000 y 094 de 1989, por ser esta una norma de entidad superior. De esta forma, la decisión de la Junta Médica no debía quedar en firme sin la confirmación de Tribunal Médico Laboral.

3.2.6. Finalmente, advierte que la autonomía universitaria no puede entenderse, incluso, contraria a la Constitución Política y, por tanto, no puede negársele el debido proceso simplemente porque así lo señala un reglamento interno.

3.3 Sentencia objeto de revisión: fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El 31 de marzo de 2009, la Corte Suprema confirma el fallo impugnado, por considerar que la vía adecuada para solucionar este conflicto es la jurisdicción contenciosa y administrativa, y más específicamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, La Corte señaló que en el caso analizado no se está frente a la posibilidad de un daño irremediable:

“[...] pues, si bien es cierto, la inscripción a los cursos de oficiales sólo opera respecto de los menores de 21 años, es ese un aspecto que en nada lo afecta, evidente como surge que él ya estaba inscrito y efectivamente adelantando el curso de oficial.

De igual forma, aunque efectivamente el artículo 105 del decreto 1790 de 2000, establece como límite de edad para acceder al grado de teniente, 30 años, no puede pasarse por alto que el artículo 55 de la misma obra faculta el ascenso de subteniente a teniente, cuando se hayan cumplido 4 años en el primer grado mencionado. Entonces, si hoy cuenta con 20 años el accionante, incluso tomando en cuenta el tiempo que pueda demorar al (SIC) acción contenciosa administrativa es factible que pueda acceder al grado de subsiguiente, en el evento de prosperar su pretensión”.

También señaló, que no se vulnera el derecho a la igualdad en tanto que no se ha demostrado que en casos similares la Escuela Militar hubiera obrado diferente. Es decir que el accionante no pudo demostrar que su caso hubiera sido resuelto de manera diferente a como usualmente la institución resuelve los casos similares.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 25 de junio de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Seis de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad.

La Corte entrará a analizar si es procedente la acción de tutela contra actos administrativos cuando el actor tiene otros medios de defensa judicial y el caso no se ajusta a las excepciones establecidas por la jurisprudencia.

3. Procedencia de la tutela. Reiteración Jurisprudencial.

3.1. En primer término, la Constitución Política de Colombia prescribe sobre la acción de tutela: “artículo 86: [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 19917 en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judiciales de los cuales pueda hacer uso el accionante.⁸

La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que “en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las

mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”⁹.

Esta restricción a la protección por vía de tutela no resulta sin fundamento o simplemente caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del debido proceso, como es la aplicación de los procedimientos debidos a cada caso concreto.

3.2. De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos¹⁰. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. En realidad, son más apropiados los procedimientos de la jurisdicción contencioso administrativa.¹¹ En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Al respecto, la Corte ha sostenido “que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa”.

No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas. En efecto la Corte ha señalado que “no es por sí misma razón suficiente para dar lugar a la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, ya que es necesario entrar a considerar (i) si dicho mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y (ii) la necesidad de proteger el derecho de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable”¹².

3.3 Ahora, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones. La primera, se refiere a que es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alternativo no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestado que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el

acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”¹³.

La segunda excepción, hace referencia a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, por tanto, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección¹⁴. Sobre este último punto esta Corporación ha indicado que “[...] (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”¹⁵.

3.4 En suma, se estableció que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Igualmente, que este principio tiene dos excepciones, la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea eficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor.

4. El caso concreto.

4.1. Para iniciar el análisis concreto del caso, hay que señalar que la acción de tutela no es el único medio de defensa judicial que posee el señor Rocha Rodríguez para la protección de sus derechos. En efecto, el actor puede recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa y, por ejemplo, de manera concreta, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 Código Contenciosos Administrativo ‘CCA’). La ley determina que esta acción es la adecuada para atacar el vigor jurídico de los actos administrativos y, consecuentemente, lograr la reparación del ciudadano afectado. En este orden de ideas, se establece que el accionante tiene otros medios judiciales para buscar

la protección de su derecho y, por tanto, no cumple con el principio de subsidiaridad de la acción de tutela.

4.2. Para determinar la procedibilidad, hay que precisar si en este caso se configura alguna de las dos excepciones que la jurisprudencia constitucional le ha planteado al principio de subsidiaridad, esto es: (i) que los mecanismos de defensa no sean eficaces para la protección del derecho y (ii) la inminencia de un daño irreparable que justifique la protección transitoria por vía de tutela.

Así las cosas, primero hay que analizar si existe por lo menos una vía judicial idónea para que el accionante pueda buscar la protección de sus derechos. En este sentido, el Código Contencioso Administrativo en el Art. 85 señala que:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”.

Como se observa, la ley prevé que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es adecuada para lograr: (i) la declaratoria de nulidad de un acto administrativo cuando este ha sido expedido con violación del ordenamiento jurídico y (ii) la reparación de daño causado por dicho acto. La finalidad de esta acción es que una persona que ha sido lesionada con un acto administrativo pueda solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel.”¹⁶

4.3. Ahora, la vulneración de derechos denunciada por el actor se ajusta a la hipótesis propuesta por la norma. En efecto, de acuerdo con las afirmaciones de Rocha Rodríguez, los actos administrativos cuestionados¹⁷ son contrarios a normas de jerarquía superior y este hecho le causa un perjuicio concreto. En este sentido, siendo la acción de tutela un mecanismo de defensa subsidiario que sólo procede cuando no existe otro medio judicial para ventilar el asunto y que el caso bajo examen encaja perfectamente dentro de la hipótesis planteada por el Código Contencioso Administrativo,

es esta última acción la llamada a buscar una solución del caso. Adicionalmente, hay que considerar que dentro del procedimiento administrativo es posible solicitar la suspensión del acto de acuerdo con lo previsto en el CCA artículo 152:

“Procedencia de la Suspensión: El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

4.4. Cabe señalar que el accionante solicitó la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho, junto con la suspensión del acto administrativo, ante la jurisdicción contenciosa administrativa el 3 de junio de 2009¹⁸. Y los requisitos para solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo son mínimos, por lo cual obtener este beneficio procesal resulta relativamente sencillo. Por tanto, es válido concluir que el CCA contempla vías jurisdiccionales adecuadas para evitar el daño injustificado que presuntamente sufrió el actor. De esta forma, queda claro, que el accionante tiene medios judiciales alternos de defensa que resultan idóneos para proteger sus derechos.

4.5. Corresponde analizar si se observa la ocurrencia de un daño irremediable sobre los derechos del actor. En este sentido, si bien es cierto que Rocha Rodríguez ha sufrido un daño, este no resulta un perjuicio irremediable. Esto es, la ejecución del acto administrativo proferido por la Escuela de Cadetes “General José María Córdova” causa un perjuicio al accionante, sin que este se constituya en un daño que no pueda ser remediado. En efecto, contrario al argumento del actor, según el cual con su edad actual un proceso judicial ordinario que aclare la disputa surgida alrededor de los actos

administrativos, no le permitía desarrollar adecuadamente la carrera militar, la Corte considera que si bien es verdad que la edad límite para ingresar al curso de carrera militar es de 21 años, también lo es que el accionante inició el curso años antes de cumplir la edad límite de ingreso y, por tanto, el actor no se encuentra en la hipótesis que impide iniciar el curso. A la par, hay que señalar que el artículo 105 del decreto 1790 de 2000, prescribe “RETIRO POR EDAD. Es forzoso el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con pase a la reserva, cuando cumplan las siguientes edades en sus grados: a. Oficiales: Subteniente o teniente de corbeta 30 años (...)” No obstante, el artículo 55 de la misma norma indica que el ascenso de subteniente a teniente se produce después de un servicio de 4 años. Por tanto, si el actor tiene 21 años y debe permanecer 4 años como subteniente, tiene un margen de 5 años para que se resuelva la acción jurisdiccional y sea reintegrado.

Los argumentos expuestos por el demandante no permiten afirmar la ocurrencia de un daño irremediable. El perjuicio sufrido no aparece como irremediable, por cuanto es perfectamente probable que el actor pueda reingresar a la carrera militar en edad adecuada para poder desarrollarla correctamente y tener posibilidades de ascender, de acuerdo con sus capacidades y comportamiento, hasta los rangos más altos del Ejército. Adicionalmente, hay que reiterar que mientras se resuelve el proceso ante la jurisdicción contenciosa, el accionante puede solicitar la suspensión de los actos administrativos y, por ende, el posible daño sufrido se minimiza¹⁹.

En síntesis, al observar que el caso bajo examen no cumple con el principio de subsidiaridad de la acción de tutela y que no se encuentra entre los casos excepcionales propuestos por la jurisprudencia para su procedencia, la Corte tendrá que declarar que no cabe el amparo impetrado mediante el ejercicio de la acción de tutela y confirmará el fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 31 de marzo de 2009 que confirmó el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Penal, del 25 de febrero de 2009 en el caso de la acción de tutela interpuesta por Darío Alexander Rocha Rodríguez contra la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El accionante interpuso la presente acción de tutela el 10 de febrero de 2009. (Ver folios del 1º al 27 del cuaderno #1 del expediente).

2 No se encuentra en el expediente el nombre completo.

3 Ver folio 5, Cuaderno No 1.

4 Ver folios 30 y 31.

5 En el transcurso del procedimiento en la Corte el Tribunal se reunió y confirmó la decisión de primera instancia. El fallo del tribunal fue allegado como prueba por la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

6 Ver sentencia T-432 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Decreto 2591 Art. 6º . Causales de improcedencia de la acción de tutela. La acción de tutela no procederá:

1. 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.

8 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: "En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329 de 1996; T-573 de 1997; T-654 de 1998; T-289 de 2003.)."

9 Ver sentencia SU-037 de 2009. Rodrigo Escobar Gil.

10 "[...] Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de

determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”¹⁰

11 Ver entre otras, T-600 de 2002, T-771 de 2004 y T-199 de 2008.

12 Ver sentencia T-199 de 2008 Marco Gerardo Monroy Cabra que reitera la sentencia T-467 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 y T-033 de 2002.

14 Ver sentencia C-1436 de 2000

15 Ver sentencia T-982 de 2004 Sentencia T-514 de 2003. Ver también las sentencias T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras.

17 Acta No 26569 del 23 de septiembre de 2008 de la Junta Médica Laboral Militar y la resolución No 422 de 2008 de la Escuela Militar de Cadetes ‘General José María Córdova’ por la cual se decidió el retiro del accionante y, en consecuencia, se ordene la reincorporación del accionante con el mismo grado y antigüedad de los compañeros de curso.

18 Folio 67 del cuaderno principal.

19 En este sentido, cabe señalar que el accionante solicitó la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho, junto con la suspensión del acto administrativo, ante la jurisdicción contenciosa administrativa el 3 de junio de 2009.