



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-008-2018-00309-01
ACCIONANTE: JHON JAIRO MADRID SERNA
ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
ARMADA NACIONAL
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia adiada 1º de octubre de 2018, a través de la cual, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, declaró improcedente la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

JHON JAIRO MADRID SERNA, en nombre propio, solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, debido proceso administrativo, mínimo vital y al trabajo, presuntamente vulnerados por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO Y FAMILIA**.

Como consecuencia de dicha protección, pide que se revoque la decisión administrativa de su retiro en la Armada Nacional, se cancelen los meses de su desvinculación y se le reubique en una actividad que pueda

¹ Folios 2 del expediente.

desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

1.2. Hechos²:

Relata el accionante, que mediante Orden Administrativa de Personal N° 020 A del 16 de enero de 2008, con efectos fiscales a partir del 17 de enero de 2008, fue incorporado como infante de marina profesional.

Señala, que el 1° de agosto de 2015 se le abrió investigación por abandono de “puesto BRIM1, según proceso N° 158733 – XC -348”.

Refiere, que mediante Orden Administrativa de Personal N° 0853 del 26 de julio de 2018, la Armada Nacional lo retiro del servicio activo, por condena judicial e imposición de pena principal de un (1) año de prisión.

Indica, que es padre de tres (3) niños, tiene además una unión marital de hecho con la señora Mandy Lucia Beltrán Cuello, todos pertenecientes al subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

Señala, además, que tiene deudas bancarias y medidas de embargo.

Asegura el actor, que con la actuación de la Armada Nacional – Jefatura de Desarrollo Humano y Familia, se le están violando sus derechos fundamentales a la salud, debido proceso administrativo, mínimo vital y al trabajo.

1.3. Contestación³.

-. **JEFE DE DESARROLLO HUMANO Y FAMILIA:** Puntualizó, que mediante fallo de 1° de junio de 2017, el Juzgado de Primera instancia de la Fuerza Naval del Caribe, declaró penalmente responsable al señor JHON JAIRO MADRID

² Folios 1 - 2 del expediente.

³ Folios 44 – 46 del expediente.

SERNA como autor del delito de abandono del puesto. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar y Policial, quedando debidamente ejecutoriada el 12 de junio de 2018.

En cumplimiento de lo anterior, se lo retiró del servicio, con la expedición de la Orden Administrativa de Personal N° 0853 del 26 de julio de 2018.

Precisa, que el accionante cuenta con medios ordinarios administrativos y judiciales, para pretender la revocatoria del anterior acto de retiro.

Manifiesta, que “no se observa la actual existencia de un perjuicio irremediable para la parte accionada, no hay elemento de juicio que demuestre la posible existencia de un perjuicio de esta naturaleza, y menos que mediante prueba siquiera sumaria haya vislumbrado condición para tornar procedente la acción de tutela”.

Concluye, que en “la misma Orden Administrativa de Personal consagra en su artículo segundo que el señor MADRID SERNA JHON JAIRO debe efectuarse sus exámenes de retiro y si hubiere lugar a una junta médica se haría acreedor de la respectiva indemnización por disminución de la capacidad laboral”.

1.4. Sentencia recurrida⁴:

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 1° de octubre de 2018, declaró improcedente el amparo solicitado por el accionante. Consideró, que ante la existencia de otros mecanismos judiciales tendientes a revocar la orden de su retiro, la acción de tutela resulta improcedente. Indicó que al efecto, resultan idóneos y eficaces, medios como por ejemplo, el medio de control de nulidad de restablecimiento del derecho, ejercido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Folios 58 – 61 del expediente.

1.5. Impugnación⁵:

Frente a la anterior decisión, la parte actora presentó impugnación, con los argumentos de que nunca ha sido un peligro para la comunidad y que acude a través de la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues, se encuentra detenido en la BRIM1 de Corozal, enfermo, con tres (3) hijos y esposa y con deudas bancarias.

II.- CONSIDERACIONES:

2.1.- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2.- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los fundamentos descritos, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Es procedente la acción de tutela para efectos de conceder el amparo del accionante, tendiente a que se revoque la decisión administrativa que lo retiró del servicio en la Armada Nacional, bajo el supuesto que se encuentra con quebrantos de salud y cuenta con varias deudas?

De encontrarse procedente, se dilucidará entonces, si hay lugar a conceder el amparo invocado.

2.3.- Análisis de la Sala

2.3.1. Procedencia de la Acción de tutela. La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los

⁵ Folio 82 del expediente.

derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁶.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona, la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho, que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Del mencionado texto constitucional se despliega, además, el carácter subsidiario de la acción, en el entendido de que solo resulta procedente instaurarla, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido, sea evitar un **perjuicio irremediable**.

Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional ha reiterado en varias oportunidades, que la existencia del otro medio de defensa, no puede ser considerada en abstracto, por cuanto aquél, debe tener la capacidad de proteger, íntegramente, el derecho violado o quebrantado⁷, es decir, *debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no*

⁶ "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión".

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"

⁷ Al respecto puede consultarse la Sentencia T-233 del 17 de mayo de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

respecto de otros⁸. El juez de tutela, que halle otro medio de defensa judicial, debe verificar su idoneidad, pues, de no resultar idóneo, la acción de tutela desplazaría el medio ordinario y pasaría a convertirse, en la vía principal para la protección del derecho.

2.3.2. Del debido proceso administrativo.

El debido proceso es un derecho fundamental, que posee una estructura compleja, por cuanto está compuesto por un plexo de garantías, que deben ser tenidas en cuenta en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales, son el ejercicio de funciones, bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

“... el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”⁹

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso, como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, las cuales deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo¹⁰. Entre estas se cuentan, el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del Juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁹ C-980 de 2010 (M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁰ La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, ver la sentencia C-980 de 2010.

derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.

2.3.3- Caso concreto.

En el presente asunto, está demostrado, que mediante Orden Administrativa N° 0853 de 26 de julio de 2018¹¹, el Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, retiró del servicio activo de la Armada Nacional, POR CONDENA JUDICIAL, al infante profesional **JHON JAIRO MADRID SERNA**.

Se encuentra probado además, que a través de providencia del 1° de junio de 2017¹², el Juzgado de Primera Instancia de Fuerza Naval del Caribe declaró penalmente responsable al accionante, como autor del delito de Abandono del Puesto, imponiéndole pena de prisión de un (1) año.

También está acreditado, que la decisión anterior fue confirmada por el Tribunal Superior Militar y Policial, por medio de providencia del 19 de abril de 2018¹³.

Ante la existencia de los anteriores actos jurídicos, considera esta Sala, que la presente tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor cuenta con la posibilidad de acudir a distintas vías procesales ordinarias, para buscar la revocatoria de los actos que en su sentir no son favorables a sus intereses.

En efecto, el actor, frente a la condena penal que se le impuso y que originó su desvinculación del ente accionado, procedía el recurso de casación, tal como se estableció en la decisión que tomó el Tribunal Superior Militar y Policial, vía a través de la cual, podía buscar que la causa del acto administrativo echado de menos desaparezca.

¹¹ Fls. 32 – 33, cuaderno de primera instancia.

¹² Fls. 52 – 53, cuaderno de primera instancia.

¹³ Fls. 53 – 54, cuaderno de primera instancia.

Y es así, en tanto el acto administrativo invoca el contenido del art. 6º de la Ley 190 de 1995 y el art. 15 del Decreto 1793 de 2000, que no es más que el retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente, para el caso, la condena judicial debidamente ejecutoriada.

A parte de lo anterior, si el reproche se dirige contra el acto administrativa, además de indicar cuál es su contenido, bien puede acudirse tanto a las vías administrativas como a las judiciales ordinarias, demandando su contenido y acudiendo, si es necesario, a la protección cautelar respectiva, pero al interior de dichas actuaciones, señalándose para efectos de la presente actuación, que no se avizora vulneración del debido proceso, en el proferimiento de la orden administrativa No. 0853 del 26 de julio de 2018 o en la actuación administrativo que la originó.

Hay que resaltar, que en los trámites que eventualmente llegue a adelantar el actor, se podrá analizar, con más elementos probatorios y en un escenario propicio, la procedencia de anulación de los actos aludidos, donde naturalmente se establecerá la vulneración de las reglas que integran los procedimientos sancionatorios.

En efecto, para que la acción de tutela - en principio subsidiaria - pudiese desplazar a los medios ordinarios de defensa, resultaba necesario entonces explicar y demostrar un perjuicio irremediable, que se pudiese evitar con la decisión que esta revestida de legalidad y que el asunto exigiera un debate de fondo, sobre la ineficacia de los medios procesales ordinarios.

Y en este punto, aprovecha la Sala para reiterar que los mecanismos procesales ordinarios previstos por el legislador para buscar la revocatoria de los actos jurídicos, no pueden, *prima facie*, ser tachados de no idóneos o nada eficaces, por el simple hecho que su trámite no es el mismo al de un proceso de tutela, donde además de flexibilizarse nociones procesales, su duración es de diez (10) días, razón por la cual, se requiere un esfuerzo probatorio importante que indique tal circunstancia, afirmación que bien puede extenderse a las acciones judiciales.

Adicional a ello, la Sala tampoco avizora la acreditación de un perjuicio irremediable, ni tampoco la calidad de sujeto de especial protección constitucional, que amerite la procedencia excepcional de la acción de tutela, en tanto, pese a lo expuesto, el accionante y su núcleo familiar cuentan con la protección de su derecho a la salud, tal como lo certificó el Coordinador de Grupo de Afiliación y Validación de Derechos de la Dirección de Sanidad Militar, dentro del expediente.

Siendo así, no queda más camino que confirmar la decisión de primera instancia, que declaró improcedente la acción de tutela, al constituirse el mecanismo de amparo en una vía subsidiaria y no encontrarse acreditado un perjuicio irremediable en la actuación administrativa del ente accionado, que por demás, conforme lo probado, atiende al debido proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 1º de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: De manera oficiosa, por Secretaría de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0169/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA