



13-001-33-33-001-2018-00267-01

Cartagena de Indias D. T y C, once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-001-2018-00267-01
Demandante	RAFAEL RICARDO MARTÍNEZ VILLALBA
Demandado	MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL.
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por el accionante, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena que declaró la improcedencia de la acción.

II.- ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Fueron informados en síntesis los siguientes:

- El actor ingresó a la Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla en el año 2015, actualmente ostenta el grado de Guardia Marina y cursa cuarto año de ingeniería en la escuela.
- Fue sorprendido realizando fraude en un examen de operaciones navales el 18 de septiembre de 2018; ello consta en informe de la misma fecha.
- El 21 de septiembre de 2018 realizó los descargos ante el Brigadier de disciplina de la Compañía Brion, el Brigadier mayor de la Compañía Brion y el Comandante de la Compañía Brion pero quien lo interrogó fue el Comandante del Batallón de la Escuela Naval quien no suscribió el acta pero si ejerció presión.
- A partir del interrogatorio se le violó el debido proceso, toda vez que desde el inicio del proceso administrativo disciplinario no se le puso de presente el



13-001-33-33-001-2018-00267-01

derecho a la no autoincriminación, entre otros.

- Se adoptó la decisión de retirarlo de la escuela atendiendo las faltas señaladas en el régimen disciplinario interno.
- Se vulneran los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la no autoincriminación, a la educación y al trabajo.

2. Pretensiones:

Se invocaron las siguientes (se transcribe):

"se tutele a mi poderdante RAFAEL RICARDO MARTÍNEZ VILLALBA sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la educación, al trabajo que consagran los artículos 25, 29, 33 y 67 de la Constitución Política de Colombia y en consecuencia se ordene a la entidad accionada ESCUELA MILITAR DE CADETES ALMIRANTE PADILLA, a reintegrarlo a la misma."

3. Respuesta de la autoridad accionada.

Señala que las actuaciones del Consejo Disciplinario fueron realizadas sin vulnerar los derechos del alumno contemplados en la resolución 043 DENAP/13.

Informa que el actor de alumno de la escuela en calidad de Guardiamarina, grado que es otorgado a los estudiantes que han curado y aprobado 3 años de estudio, sin que ello indique que son miembros de la Armada Nacional, dado que su vinculación es académica mas no laboral.

Invoca la improcedencia de la acción dado que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial eficaz e idóneo como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable.

Aduce que no se ha vulnerado el derecho a la educación como quiera que ingreso conociendo los reglamentos y fue su decisión acogerse a las normas del régimen disciplinario que originó su salida.

4. Sentencia de Primera Instancia

Mediante la sentencia que se impugna, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la improcedencia de la acción.

Lo anterior por cuanto, como regla general, al tratarse de una acción de tutela interpuesta para cuestionar actos administrativos sancionatorios, por regla general resulta improcedente.



13-001-33-33-001-2018-00267-01

Además – advierte – tampoco es posible que de manera excepcional se atienda el reclamo vía acción de tutela, dado que no existen serios y razonables motivos que indiquen la posible violación de garantías constitucionales y que los medios ordinarios a disposición del actor no son suficientes para lograr los fines perseguidos vía acción de tutela.

Precisó al respecto que tal y como lo advierte la jurisprudencia (que tuvo a bien citar) en el campo del derecho disciplinario no se exige que el procesado siempre este representado por un abogado y que la exigencia de una defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal, sin que pueda extenderse a otro tipo de procesos, como es el caso del disciplinario. Por ello, afirma que no le era exigible a la demandada informar al accionante que podía designar abogado dentro del proceso disciplinario.

Argumentó respecto a la garantía de no autoincriminación que la misma se vulnera en la medida en que por cualquier medio se compele al investigado a declarar contra si mismo o contra sus allegados y por tanto, se parte del supuesto de la existencia de maniobras de constreñimiento, sin que pueda afirmarse su desconocimiento por el solo hecho que al administrado no se lo ponga de presente en forma expresa su derecho a la no autoincriminación como se plantea por el accionante.

5. Impugnación

El actor presentó escrito de impugnación

Advierte que por la inminencia se acudió a la acción de tutela como mecanismo transitorio pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho generaría un lapso superior al tiempo que falta para culminar el semestre académico, aunado a que se debe agotar conciliación.

Precisa que la autonomía universitaria no puede transgredir los principios y garantías de orden constitucional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto transcribe *in extenso* jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Que deben tenerse en cuenta los hechos narrados en los numerales 8 y 9 especialmente, toda vez que fue evidente la presión ejercida sobre el actor a la hora de ser interrogado.

Respecto a los presupuestos para que proceda el amparo constitucional frente a actuaciones disciplinarias recordó que el manual disciplinario se debe atemperar al debido proceso y presunción de inocencia y ello se vulnera con el hecho de haber ejercido presión al estudiante para autoincriminarse.



13-001-33-33-001-2018-00267-01

Indico que esta demostrado que se vulneró al derecho a la educación al haber sido expulsado.

Que se da la inmediatez y debe tenerse en cuenta que el acto sancionatorio debe atacarse por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y para ello hay que agotar previamente conciliación.

III.- CONSIDERACIONES.

3.1. Competencia.

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena.

3.2. Problema jurídico

Lo contraerá la Sala, a determinar si en el caso concreto se debe o no confirmar la sentencia de primera instancia, en tanto declaró la improcedencia de la acción.

3.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en tanto declaró la improcedencia y dado que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial.

3.4. Argumentación normativa y jurisprudencial

El artículo 86 de la Constitución Política introdujo la acción de tutela para que toda persona pueda:

"...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."



13-001-33-33-001-2018-00267-01

De lo anterior se deduce que cuando una persona considere que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, será a través de esta acción, perentoria y sumaria, ante la autoridad competente, que podrá reclamar la tutela de su derecho conculcado.

La acción de tutela fue concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para lograr la protección del derecho, es decir, tienen origen dentro del ordenamiento jurídico con el fin de dar respuesta oportuna a circunstancias en que, por la falta de previsiones normativas específicas, el afectado se ve expuesto a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales. De allí que, como lo señalan el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591, no sea procedente cuando exista un medio judicial para la defensa del derecho trasgredido o amenazado.

Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

Como se advirtió en las líneas que vienen de citarse, tiene su fuente el principio aludido en el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591 de 1991, el cual a la letra reza:

"Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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.

(...)".

Basados en lo anterior ha de concluirse sin ambages, que los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales han de ser resueltos en principio, a través de los medios de defensa o recursos ordinarios dispuestos para ello, y solo cuando no existan, procederá la acción de amparo. Plantea igualmente el precepto la posibilidad de que prospere la acción no obstante existir medio alternativo de defensa, pero solo si con esta se busca evitar un perjuicio irremediable, debiendo invocarse como mecanismo transitorio.



13-001-33-33-001-2018-00267-01

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha explicado el alcance del principio de la siguiente manera¹:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar 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. En efecto, 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 acudir a la acción de tutela 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 del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente 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 encuentra subordinada al ejercicio 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 mismo.” (Negritillas y subrayas de la Sala).

3.5. Argumentación fáctica - probatoria

3.5.1. Caso concreto.

La Sala debe considerar el hecho de que, en el asunto, de entrar a analizar el fondo, se sacrificaría el principio de **subsidiariedad** que le es ínsito y connatural a la acción de tutela, y con ello, tal y como lo explica la doctrina constitucional, se correría el peligro de vaciar las competencias de las demás autoridades judiciales y administrativas, además de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

En virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio

¹ Sentencia T-480/11



13-001-33-33-001-2018-00267-01

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.** En efecto, 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 pone de relieve que para acudir a la acción de tutela 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 del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia (tal y como se subrayó en líneas precedentes), **que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él** y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental.

En efecto, el aserto anterior encuentra cabida y justificación en el *sub lite*, en el hecho que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial alternativo, como lo es el **contencioso subjetivo de anulación o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, que además proporciona la posibilidad del decreto de medidas cautelares (anticipativas) para precaver perjuicios y anticipar los efectos de la decisión final. Yendo más allá, el ordenamiento prevé incluso el procedimiento de revocatoria directa de los actos administrativos que puede darse a petición de parte.

Así las cosas, no es de recibo el argumento del censor según el cual, se precisa de un tiempo considerable a efectos de principiar el respectivo medio de control que conlleva incluso a agotar conciliación en derecho y a riesgo de que se finiquite el semestre estudiantil, pues sabido es que, según el artículo 613 de la ley 1564 de 2012, no es necesario acudir al requisito de procedibilidad cuando se soliciten medidas cautelares, sin que sea válido pretextar que esta norma al referirse a medidas cautelares las circunscribe estrictamente a las de carácter patrimonial, pues dicho aspecto fue superado por la jurisprudencia.²

² Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. María Elizabeth García González. Exp. 12014-00550-01. Auto de 27 de noviembre de 2014;





13-001-33-33-001-2018-00267-01

Basados en lo anterior ha de concluirse sin ambages, que el conflicto jurídico del **sub lite** ha de ser resuelto en principio, a través del medio de defensa dispuesto para ello y por la autoridad competente, debiéndose agregar que **solo ante la ausencia de este**, o cuando no resulte idóneo procederá la acción de amparo.

Por demás, es menester aclarar que la acción de la referencia no se ha planteado como mecanismo transitorio, luego debe desmentirse tajantemente la proposición hecha en la impugnación que sugiere lo contrario; no obstante, si acaso así se hubiese erigido la misma deviene improcedente por cuanto (según las sub reglas atrás analizadas), si existe el medio judicial de defensa y el interesado dejó de acudir a él, no puede posteriormente invocar la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio del 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 mismo. Con todo no se advierte siquiera la intención de poner en marcha el trámite ordinario respectivo.

Por demás, tampoco se ha probado que el trámite alternativo carezca de eficacia, y menos aún la posibilidad de consumación de un perjuicio, que por tener el linaje de **inminente y grave**, requiera de medidas **urgentes e impostergables** so pena de mudar en **irremediable e irreversible**.

Téngase en cuenta que es carga del accionante, cuando pretende la protección transitoria de derechos fundamentales, demostrar al menos sumariamente que el perjuicio irremediable que se pretende precaver³ - se itera -, reúna las condiciones **de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de que la intervención no admite postergación en el tiempo**, sin embargo, en el *sub lite* se extraña la prueba de aquellas calidades.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

"Ahora, para la Sala ninguna de las cinco medidas cautelares contempladas en el artículo 230 del C.P.A.C.A., por se contienen un carácter propiamente patrimonial; por lo tanto el estudio debe hacerse respecto de los efectos que se producen al decretar alguna de esas medidas, los cuales eventualmente sí pueden generar una evidente consecuencia económica, que debe ser determinada por el Juez al momento de resolver sobre la admisión de la demanda"

³ T-243-2010



13-001-33-33-001-2018-00267-01

IV.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia impugnada por las razones previamente expuestas.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

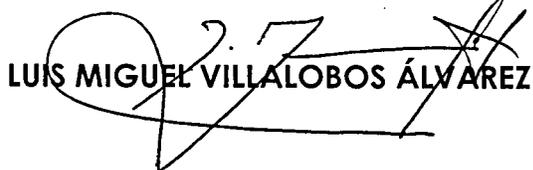
TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL