



Cartagena de Indias D. T. y C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de tutela
Radicado	13001-33-33-003-2022-00355-01
Demandante	Livinson Alfonso Gómez Azan
Demandado	Ejército Nacional – Batallón de Infantería No. 14 CT Ricaurte
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto	Procedencia de la acción de tutela para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa – indebida notificación de actos actimistrativos-.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte tutelante contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2022, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (archivo No. 01 del expediente digital).

a). Pretensiones.

El accionante solicitó que se le tutele su derecho fundamental al debido proceso presuntamente vulnerado por la entidad accionada al emitir un acto administrativo de desacuartelamiento por el delito de deserción. Y como consecuencia de ello, se ordene a dicha entidad emitir un nuevo acto administrativo.

Hechos.

El tutelante afirmó, en resumen, que se encontraba prestando el servicio militar y que el 19 de mayo de 2022 le solicitó al comandante del Ejército el desacuartelamiento por mantener una unión marital de hecho, y aportó una declaración juramentada realizada en la Notaria Séptima de Cartagena. Así mismo le informó que fue sometido a maltratos físicos y verbales por parte del sargento viceprimero Gómez, quien lo agredió con un machete y le causó hematomas en el cuerpo y cortadas.



Como consecuencia del incidente ha sufrido de depresión, por lo que solicitó en varias oportunidades al comandante que le diera permiso para asistir a un psicólogo.

Luego del permiso manifestó a sus padres su voluntad de no continuar con la prestación del servicio militar, quienes lo llevaron ante el coronel de la Institución y éste le manifestó que permaneciera por fuera hasta que se resolviera el asunto. Tiempo después le fue notificado un acto administrativo de desacuartelamiento por el delito de deserción.

3.2 Contestación (archivo No. 08 del expediente digital).

La accionada solicitó que se declare la existencia de la cosa juzgada, porque el actor presentó con anterioridad una acción de tutela por los mismos hechos, la cual fue declarada improcedente por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena por falta de legitimación en la causa por activa.

3.3. Sentencia impugnada (archivo No. 15 del expediente digital).

Mediante sentencia de 1º de noviembre del 2022 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena sostuvo que no se configuró la cosa juzgada, porque la acción de tutela tramitada con anterioridad no fue estudiada de fondo, puesto que el accionante carecía de legitimación en la causa por activa para reclamar la protección de los derechos invocados, y en esta oportunidad quien demanda es el titular del derecho.

Sostuvo que, a pesar de no haberse aportado el acto administrativo aducido, se daba como cierta su existencia porque las partes fueron coincidentes en ello. No obstante, declaró la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar la legalidad del mismo, aduciendo, en resumen, que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para controvertirlo y no demostró la configuración de un perjuicio irremediable.

3.4. Impugnación (archivo No. 18 del expediente digital).

El accionante señaló que el acto administrativo que ordenó su desacuartelamiento no fue puesto en su conocimiento, circunstancia que vulnera su derecho al debido proceso, y por ello solicitó que se ordene a la entidad accionada que entregue copia del acto administrativo con el objeto de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

La Sala no advierte la configuración de irregularidades que afecten la validez del proceso y por ello procederá a decidirlo de fondo en segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia, de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada violó el derecho de defensa y debido proceso del actor. Para ello, se deberá determinar si la demandada notificó en debida forma al actor el acto administrativo que ordenó su desacuartelamiento.

5.3 Tesis de la Sala.

La Sala revocará la providencia impugnada, porque quedó demostrado que la entidad demanda no notificó en debida forma el acto administrativo que ordenó el desacuartelamiento del actor, omisión que vulnera su derecho de defensa y debido proceso.

5.4 Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que de no proceder se configure un perjuicio irremediable. De lo anterior se tiene como características de esta acción las siguientes:

-Está instituida para proteger derechos fundamentales.

-La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.

-La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.



5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos.

La Corte Constitucional señaló en la sentencia T – 161/17 que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, puesto que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos, y que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción de tutela, por regla general, resulta improcedente, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas. Por ello, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alterno o complementario. Sin embargo, este postulado no actúa como una máxima, ya que se debe evaluar los siguientes elementos: **(i)** La idoneidad y eficacia del mecanismo judicial; idoneidad que hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho, y eficacia que alude a que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado, y **(ii)** La posible configuración de un perjuicio irremediable hacia los derechos fundamentales de las personas.

En el eventual caso que el mecanismo judicial que sea procedente no cumpla con las premisas establecidas anteriormente, procederá la tutela como un mecanismo subsidiario para la protección de derechos fundamentales.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, si el mecanismo existente es idóneo y eficaz, la tutela solo resultaría procedente si se evidencia la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable, para que se configure dicho perjuicio, se debe acreditar que:

“(i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;

(ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;

(iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y

(iv) Las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”



La Sala decidirá la acción bajo estudio con base en los criterios anteriores.

6. Caso Concreto.

6.1. Pruebas relevantes para decidir.

Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- Cédula de ciudadanía del actor (fs. 5 – 6 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Registro fotográficos de partes del cuerpo de una persona (fs. 7 – 10 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Captura de pantalla de una conversación vía whatsapp (f. 11 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del oficio radicado con el No. 9203 MDS-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIVV02-BR05-BIRIC-EJEC-S11-1 1 de 23 de septiembre de 2022, por medio del cual la entidad accionada da respuesta a una solicitud del actor (fs. 12 – 15 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del freno extralegal para personal aspirante a soldado suscrito el 15 de febrero de 2022 por el tutelante (fs. 16 - 17 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Oficio No. 2023872000066151 MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV02-BR05-BIRIC-EJES11-1.5, suscrito el 16 de enero de 2023, por medio del cual la entidad accionada informa al tutelante sobre el trámite de la notificación del acto administrativo que ordenó su desacuartelamiento (archivo No. 8 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital).

6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De conformidad con el escrito de tutela y la respuesta rendida por la entidad accionada, el tutelante se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería No. 14 CT Ricaurte del Ejército Nacional, entidad que expidió un acto administrativo ordenando su desacuartelamiento.

En el trámite de la primera instancia el A-quo, declaró la improcedencia de la acción de tutela porque consideró que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para cuestionar la legalidad del acto acusado. El apelante manifestó su inconformidad con la decisión anterior, aduciendo que la entidad



accionada no había notificado el acto administrativo que dispuso su desacuartelamiento.

Previo a abordar de fondo las pretensiones del actor, la Sala resalta la procedencia de la acción bajo estudio para amparar los derechos fundamentales alegados como vulnerados por el actor.

En efecto, al Corte Constitucional en sentencia T 339/21 señaló que *“la acción de tutela puede emplearse válidamente para valorar y resolver controversias relacionadas con la definición de la situación militar, o debates que envuelvan el desacuartelamiento inmediato de las filas del Ejército Nacional, así como la expedición de la libreta militar. Se ha considerado que, en principio, le correspondería al juez de lo contencioso administrativo resolver disputas como las mencionadas y discutir ampliamente, en su escenario natural, el potencial enervamiento de los efectos nocivos que podrían generar decisiones relativas a tales materias, adoptadas por las autoridades militares. No obstante, se ha advertido que los medios de control previstos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “por su impredecible duración no [resultan] un medio eficaz para dar solución a la violación de los derechos fundamentales, razón por la cual la acción de tutela debe entenderse en este contexto como una petición autónoma con las restricciones previstas en la Constitución Política y la Ley”.*

Luego, la acción bajo estudio es procedente, porque si bien el actor cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la orden administrativa de personal No. 2201 de 12 de octubre de 2022, por medio de la cual se ordenó su desacuartelamiento, lo cierto es que alega el desconocimiento de la misma, circunstancia que le impide ejercer su derecho de defensa, en la medida que desconoce su contenido, circunstancia que resulta de relevancia constitucional porque se encuentra en juego la situación militar del actor. Además, tal como lo señaló la Corte Constitucional¹ *“lo que se alega está ligado a la violación del derecho de los administrados a que los procesos o procedimientos que los involucran se surtan con observancia de los requisitos establecidos por el legislador para garantizar la validez de las actuaciones de las autoridades administrativas, así como el derecho de defensa y contradicción”.*

- Al resolver de fondo el presente caso, se resalta que como el acto administrativo aludido no fue allegado en el trámite de la primera instancia, pese a que fue requerido por parte del A-quo, este Tribunal requirió a la entidad accionada que lo allegara junto con la constancia de su notificación.

¹ Sentencia T 404/2014.



El 24 de enero de 2023 la entidad accionada informó al Tribunal que, por orden administrativa de personal No. 2201 de 12 de octubre de 2022 proferida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se retiró al actor de la Institución por ausentarse injustificadamente al servicio.

Agregó que el área de Talento Humano de la Institución se comunicó telefónicamente con el tutelante para que se presentara a notificarse personalmente de la decisión, quien manifestó que *“no regresaría nunca más a la unidad”*.

De la respuesta anterior se advierte que la entidad accionada no ha notificado en debida forma al actor la orden administrativa de personal No. 2201 de 12 de octubre de 2022, por medio de la cual se ordenó su desacuartelamiento.

En efecto, los artículos 68 y 69 del CPACA establecen la forma de notificar los actos administrativos de manera personal y por aviso, en caso de no poderse realizar la primera de ellas.

Por ello, la entidad accionada debe intentar realizar la notificación personal en los términos del artículo 68 del CPACA, esto es, en caso de no existir otro medio más eficaz de informar al interesado, debe enviarle una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en su base datos para que comparezca a la diligencia de notificación personal. Y, en caso de desconocer la información sobre el destinatario, deberá publicar la citación en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

En caso de que el actor no comparezca a notificarse personalmente, la entidad accionada debe efectuar la notificación por aviso en los términos del artículo 69 del CPACA; esto es, remitir a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente el aviso, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. Y el dicho aviso indicar la fecha del mismo y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Por lo anterior, la Sala amparará el derecho de defensa y debido proceso del actor, y ordenará a la entidad accionada que notifique en debida forma al



actor la orden administrativa de personal No. 2201 de 12 de octubre de 2022, por medio de la cual se ordenó su desacuartelamiento.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO. Revocar la sentencia de primera instancia. En su lugar:

a. Amparar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso del actor vulnerados por el Ejército Nacional – Batallón de Infantería No. 14 CT Ricaurte.

b. Ordenar al Ejército Nacional – Batallón de Infantería No. 14 CT Ricaurte, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, notifique al actor - Livinson Alfonso Gómez Azan – y en debida forma, la orden administrativa de personal No. 2201 de 12 de octubre de 2022, por medio de la cual se ordenó su desacuartelamiento.

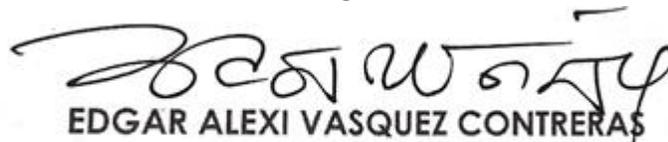
SEGUNDO: Notificar a las partes por el medio más expedito según lo ordenado en el artículo 30 y 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, envíese copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ