|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190004300** |
| DEMANDANTE | **HEIDELBERTH HERNÁNDEZ VERGARA** |
| DEMANDADO | **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Heidelberth Hernández Vergara actuando en nombre propio interpuso acción de tutela en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional con el fin de proteger su derecho fundamental a no discriminación, igualdad, dignidad humana, honra, imagen, buen nombre, debido proceso administrativo, presunción de inocencia, legalidad, libre desarrollo de la personalidad y responsabilidad penal.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al MINISTRO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL que lo reintegre al empleo “Historia Laborales” en el grupo de Talento Humano.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

El señor Heidelberth Hernández Vergara está vinculado al Ejército desde hace 14 años 3 meses y 26 días como suboficial y desde el 2006 hasta el 3 de marzo de 1007 se incorporó como soldado regular.

Tomo curso en la escuela de Suboficiales desde 4 de marzo de 2007 hasta 31 de agosto de 2008 alcanzando el rango de suboficial, actualmente es Sargento Segundo.

Ha recibido varias condecoraciones por su excelente comportamiento entre ellas “orden del mérito militar José María Córdoba”, “Medalla Militar Campaña del Sur “, “Distintivo de policía militar” y “citación presidencial a la victoria militar”.

Mediante orden administrativa Nº 2185 de 24 de noviembre de 2018 fue trasladado al Despacho del Ministerio de Defesa por un término de 22 meses, el cual se hizo definitivo mediante orden administrativa Nª 5563 de 7 de diciembre de 2018 y se hizo efectivo desde el 8 de diciembre de 2018.

Durante las vacaciones estuvo con su familia y decidió trasladarse con ellos de forma definitiva a la ciudad de Bogotá.

El 4 de febrero de 2019 regreso de sus vacaciones al puesto que le fue asignado denominado Historias Laborales en el grupo de Talento Humano en la dependencia hojas de vida.

El demandante menciona que no tiene antecedentes judiciales. Mediante oficio 11 de febrero de 2019 le comunicaron que no podía continuar laborando en razón a un estudio de seguridad personal que se realizó, manifiesta el accionante que no tuvo posibilidad de ejercer su derecho de defensa, en dicho informe se consignó "*Se encontró que su hermano RAMIRO ANTONIO HERNÁNDEZ VERGARA fue capturado por al parecer ser un presunto extorsionista del Clan del Golfo en el año 2018...".*

*(…)*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
   1. La presente demanda fue radicada el 21 de febrero de 2019.
   2. Con auto del 25 de febrero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado el día 26 de febrero de 2019 guardo silencio.

**4. LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Copia de la C.C de Heidelberth Hernández Vergara (folio 5 del cuaderno principal)
* Copia de la C.C. Marli Yurani Gómez (folio 6 del cuaderno principal)
* Copia simple del Registro de Nacimiento de Jefferson Adrian (folio 7 del cuaderno principal)
* Copia simple de escritura pública 167 de 2 de marzo de 2012 por medio de la cual se declara la unión marital de hecho (folio 8 del cuaderno principal)
* Oficio 5563 de 7 de diciembre de 2018 envió de suboficial (folio 9 del cuaderno principal)
* Oficio 0174 de 11 de febrero de 2019 de información presentación personal (folio 10 del cuaderno principal)
* Memorando 016 por donde se informa que el hermano del accionante es un presunto extorsionista (folio 11 del cuaderno principal)
* Copia de certificado de antecedentes judiciales (folio 12 del cuaderno principal)
* Certificado de antecedentes de la contraloría (folio 13 del cuaderno principal)
* Certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación (folio 14 del cuaderno principal)
* Copia de extracto de Hoja de Vida de Heidelberth Hernández (folio 15 a 19 del cuaderno principal)
* Copia de información basica de oficiales y suboficiales (folio 20 a 41 del cuaderno principal)
* Copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana (folio 42 del cuaderno principal)

1. **CONSIDERACIONES:**
   1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2.** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es a la igualdad toda vez que la entidad accionada no ha dado cumplimiento al fallo y pago de la sentencia de reparación directa.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionantes ante la decisión de la entidad de no permitirle laborar en el Grupo de Talento Humano?**

La respuesta al anterior interrogante es **negativa** por las siguientes razones:

El **derecho a la igualdad** está consagrado en el artículo 13 de la Carta Política[[1]](#footnote-1) y es un derecho de aplicación inmediata por expreso mandato constitucional[[2]](#footnote-2) y estos derechos tienen el carácter de fundamentales susceptibles de ser amparados por vía de tutela.

*“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico.*

***Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado****.* ***De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional. En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre”*** (negrita fuera de texto)*[[3]](#footnote-3).*

Para poder determinar la vulneración de la igualdad es necesario contar con criterios o actos distintos demostrativos del trato desigual con relación a otras personas que se encuentren en la misma situación, pero dentro del acervo probatorio que obra en el expediente no aparece probada la circunstancia que, según el accionante, le desconoce el derecho a la igualdad.

Así mismo el derecho al **buen nombre** ha sido interpretado por la doctrina y jurisprudencia como: *“la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad.”[[4]](#footnote-4)*

En este mismo sentido se ha dicho que la lesión al buen nombre se origina cuando se afecta la reputación de las personas con información falsa que no guarda fundamentos y que pueden dañar el concepto de que esa persona tenga la sociedad.

El artículo 29 de la Constitución Política consagró el derecho fundamental al **debido proceso** y determinó que éste:

*“Se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”*.

El derecho al debido proceso contiene de este modo, entre otros el derecho a la defensa, que implica la facultad de ser escuchado en un proceso en el cual se está definiendo la suerte de una controversia, pedir, aportar y controvertir pruebas, formular alegaciones e impugnar las decisiones.El debido proceso, como ya lo ha establecido la Corte Constitucional, *“no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo”[[5]](#footnote-5).*

En este mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha expresado frente al este que:

“*Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.*

*La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.*

*Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.*

*… Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestran su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen”* [[6]](#footnote-6)

**Ahora sobre procedencia de la acción de tutela.**

Cabe resaltar el carácter residual o subsidiario de la acción de tutela, de modo que puede acudirse a ella a falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho. En efecto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que es el procedente; o en caso opuesto, establecer si existió o no la violación del derecho y entrar en consecuencia a tutelarlo o a desestimar la pretensión; y si el caso puede ser ventilado por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela es la más indicada para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

El numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que: “*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*[[7]](#footnote-7)*”* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

En el presente caso, se puede concluir que la inconformidad del actor radica en la decisión de la entidad accionada de no permitirle continuar laborando en el grupo de talento humano en razón al estudio de seguridad personal que se realizó al accionante.

Ciertamente, en el caso sub examine el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, pues para impugnar los actos administrativos existe otro mecanismo de defensa judicial que es la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales; igualmente puede solicitar las medidas cautelares que considere necesarias. Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

El medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado “*…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa[[8]](#footnote-8).”*

Es decir, para que proceda la tutela transitoria se requiere que el daño aún no se haya causado y que de causarse no pueda remediarse. Cabe anotar que, el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, pues según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** NIÉGUESE la Acción de Tutela impetrada por HEIDELBERTH HERNÁNDEZ VERGARA por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante y al MINISTRO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONALy/o a quien haga sus veces.

**TERCERO.-** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JBR

1. **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

   El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

   El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 85 de la Constitución Nacional [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-818/10 [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia c-489 -02 MP: RODRIGO ESCOBAR GIL [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-280-98 mp: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Sentencia T-521, septiembre 19 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-6)
7. Según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (**Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**).

   La definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional así:*“...es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. ...la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. para evitar un perjuicio irremediable cuando concurran los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (****Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.)*** [↑](#footnote-ref-7)
8. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-8)