

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO SEXTO DE FAMILIA

JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE CARTAGENA.- Cartagena de Indias, mayo veintisiete (27) del año dos mil veintiuno (2021).

Procede el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena a pronunciarse respecto de la acción de tutela promovida por DAVID ALEJANDRO MARTINEZ CARDOSO, quien actúa mediante apoderado especial, contra ESCUELA NAVAL DE CADETES “ALMIRANTE PADILLA”.

ANTECEDENTES

1. DAVID ALEJANDRO MARTINEZ CARDOSO formula acción de tutela mediante apoderada especial, con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, EDUCACIÓN, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E IGUALDAD, presuntamente conculcados por la entidad accionada.

Como sustento de la acción, presenta los hechos que a continuación se traen a colación:

-El menor DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO, identificado con la T.I. 1.077.720.357, al momento de la presentación de la presente acción de tutela, tiene la edad de 17 años y de estado civil soltero, e ingresó a la ESCUELA NAVAL DE CADETES “ALMIRANTE PADILLA” el día 20 de enero de 2021.

- Que al accionante, el CONSEJO DISCIPLINARIO de la ESCUELA NAVAL DE CADETES “ALMIRANTE PADILLA” le adelantó un proceso disciplinario por presuntamente haber incurrido en las faltas disciplinarias contenidas en el art. 71 numeral 1, en concordancia con el artículo 72 numeral 2 del Reglamento de Régimen Disciplinario, contenido en la Resolución No. 0143 DENAP del 31 de diciembre de 2020. La falta disciplinaria irrogada a mi poderdante, consistió en “1. Ejecutar cualquier conducta que atente contra el honor del cadete naval”, siendo que en el numeral 2 del artículo 72 del mismo régimen disciplinario se establece como conducta del régimen de honor del cadete que el mismo “no toma ni recibe a sabiendas la propiedad de otra persona bajo ninguna condición, sin la debida autorización de su dueño”.

- El proceso disciplinario adelantado en contra del accionante, lo hizo el CONSEJO DISCIPLINARIO de la ESCUELA NAVAL DE CADETES “ALMIRANTE PADILLA” desconociendo sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, educación, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, y que concluyó con la declaración de responsabilidad de mi mandante de “incurrir en las faltas disciplinaria dispuestas en el Reglamento de Régimen Disciplinario de la ENAP, artículo 71 numeral 1, en concordancia con el artículo 72 numeral 2” como puede leerse en la parte resolutive del Acta No. 006-DENAP-SUDEN-COBEN-ASP-2.78 del día viernes 19 de marzo de 2.021.

- Como consecuencia de esa declaración de responsabilidad, en el numeral segundo de la parte resolutive del Acta No. 006-DENAP-SUDEN-COBEN-ASP-2.78, se ordenó “retirar al aspirante MARTINEZ CARDOSO DAVID ALEJANDRO de la Escuela Naval de Cadetes “Almirante Padilla” acuerdo con el Artículo 73 numeral 3 literal C, del reglamento” orden que luego se materializó en la Resolución No. 0041 del 31 de marzo de 2.021.

- Por disposición expresa del artículo segundo de la Resolución No. 0041 del 31 de marzo de 2.021, contra el acto administrativo en ella contenida no procedía ningún recurso, quedando agotada de esa forma la actuación administrativa.

- La decisión del CONSEJO DIRECTIVO de la ESCUELA NAVAL DE CADETES "ALMIRANTE PADILLA" de retirar a DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO en la forma antes descrita, cercenó su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO y DERECHO DE DEFENSA por cuanto, y solo a manera de anuncio, es posible evidenciar que: a. A DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO nunca se le pusieron de presente sus derechos, es decir, no se le hizo saber que tenía derecho a guardar silencio, a no inculparse o que no podía ser obligado a declarar en su contra, nunca se le señaló que tenía derecho a la defensa y asistencia de un abogado elegido por él, o de oficio, a presentar pruebas o a controvertir las que existieran en su contra; b. Mi poderdante, no contó con la asistencia de abogado de confianza o de oficio durante las diferentes etapas del proceso disciplinario, lo que implica una violación directa de una garantía constitucional en favor de cualquier sindicado. Señor Juez, hasta el peor criminal tiene derecho a un abogado por orden constitucional y a mi apadrinado ese derecho le fue cercenado; c. Por tratarse de un menor de edad, DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO debía comparecer al proceso disciplinario por intermedio de su representante legal, como una garantía esencial de protección de sus intereses y derechos constitucionales fundamentales. d. De la simple lectura del Acta No. 006-DENAP-SUDEN-COBEN-ASP-2.78 del día viernes 19 de marzo de 2.021 se puede inferir que se trató de un proceso renuente a satisfacer las garantías mínimas de defensa de mi poderdante; e. A mi poderdante se le impidió la posibilidad de informar a su padre sobre los hechos que daban pie al proceso disciplinario, y la entidad accionada nunca citó al padre de mi poderdante como debía hacerlo por tratarse de un menor de edad, por lo que no solo se le cercenó su derecho a ser asesorado por un abogado de confianza, sino además que se le pretermitió el derecho de estar acompañado por su padre; f. La decisión, fue adoptada con fundamento en informes que fueron allegados al expediente disciplinario y que en todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no constituyen plena prueba y cuyo tratamiento diferencial se evidencia en el art. 42 de la Ley 1437 de 2.011 que señala que las decisiones deberán ser adoptadas con fundamento en "las pruebas e informes disponibles".

- La decisión de retiro del menor DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO, en los términos atrás narrados, además de su impacto en la esfera de protección del debido proceso y defensa como garantía constitucional, implicó un desconocimiento del derecho a la educación de mi mandante como una expresión del derecho a la protección y formación integral consagrado en el art. 45 de la Constitución, íntimamente ligados con los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

- A su vez, a DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO se le está vulnerando su derecho a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto se le está truncando su posibilidad de obtener el grado de oficial de la Armada en la única institución en que podría hacerlo.

- Por último, la decisión de retirar al joven DAVID ALEJANDRO MARTÍNEZ CARDOSO resulta desproporcionada, pues la misma, se aparta de los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

- En contra de la decisión de retiro, mi mandante, por intermedio de su representante legal presentaron recurso de apelación, el cual fue decidido mediante acta No. 0008 DENAP-SUDEP-COBEN-ASP-2.78 del 29 de marzo de 2.021 y mediante la cual, se confirmó la sanción impuesta a mi poderdante mediante el Acta No. 006-DENAP-SUDEN-COBEN-ASP-2.78 del día viernes 19 de marzo de 2.021.

2. Una vez admitida la presente acción constitucional mediante auto del 21 de mayo del 2021, y surtidas las respectivas notificaciones, la entidad accionada no allegó informe alguno manifestándose respecto de los hechos narrados en la acción de tutela.

Cumplido lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de Colombia no solo consagró en forma expresa un determinado número de derechos considerados como fundamentales ya antes reconocidos por organizaciones supranacionales, sino que además instituyó un mecanismo especial para brindarle protección jurídica a tales derechos cuando resulten violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos determinados en la ley.

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

“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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. 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.”

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “esta acción sólo 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”.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

*En la **sentencia T-1008 de 2012**, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.*

*Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.***

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

*En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.*

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

*De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.*

*Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.*

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, La Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000** determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la **sentencia T-131 de 2007**, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

No obstante, esta Corporación se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**, este Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**, señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**, este Tribunal expresó que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**, esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

2. Procedencia de la acción de tutela para controvertir o revocar actos administrativos:

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable.

Igualmente, en fallo T-1048 de 2008, la Corte continuó con la línea jurisprudencia ahora expresada al concluir: “ La jurisprudencia de esta Corte ha estimado que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración. Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal ha advertido las siguientes consecuencias:

‘(...) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)’

Ahora, volviendo al caso que ocupa el estudio de esta sede judicial y de conformidad a los argumentos, pruebas e informes recaudados y allegados, es claro que la pretensión principal planteada por la

apoderada especial del accionante recae en pretender que por vía de tutela se deje sin efectos el acto administrativo por medio del cual se resolvió ordenar el retiro del accionante de la institución accionada. Debe este despacho precisar y ser claros en que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer y presentar las respectivas acciones de nulidad que busquen atacar de fondo actos administrativos como el que pretende la parte accionante sea revocado, este es, la resolución N° 0041 del 2021, por la cual se retira un aspirante a cadete de la Armada Nacional. Quiere decir lo anterior, que el demandante puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante su representante legal y apoderada especial, para resolver el presente conflicto, situación que llama rotundamente la atención de esta judicatura, pues el accionante acude al mecanismo constitucional, caracterizado por ser meramente subsidiario, sin allegar prueba alguna de haber desplegado las actuaciones pertinentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En igual sentido, este despacho evidencia que el accionante cuenta con los mecanismos de defensa judicial ante dicha jurisdicción, los cuales son idóneos y eficaces, en la medida en que se encuentran regulados para resolver precisamente este tipo de controversias judiciales y, por su naturaleza, permiten una respuesta oportuna de la administración de justicia, más aun, cuando dicho acto administrativo es producto de un proceso disciplinario llevado a cabo dentro de la institución, en donde el mismo accionante fue citado a rendir sus respectivos descargos manifestó su voluntad de estar conforme con la decisión que fue tomada dentro del Consejo Disciplinario.

Así las cosas, es evidente que la suscrita acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, tornándose meramente improcedente, de conformidad a los argumentos desplegados con anterioridad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela impetrada por DAVID ALEJANDRO MARTINEZ CARDOSO, contra ESCUELA NAVAL DE CADETES “ALMIRANTE PADILLA”..., conforme a las consideraciones de tipo legal y constitucional desplegadas en el cuerpo del presente fallo.

SEGUNDO: En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Señor Juez,



CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS.