

TUTELA – Mecanismo para la inmediata garantía del derecho no como restablecimiento del mismo / TUTELA – Procede en forma transitoria si se demuestra el perjuicio irremediable / TUTELA – Improcedente frente a situación consumadas

Debe tenerse en cuenta que el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, como mecanismo para la inmediata garantía del derecho, no como restablecimiento del mismo, para lo cual existen otras acciones. Cuando la situación deba resolverse por el procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria, siempre que se demuestre perjuicio irremediable, y si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

Fuente formal: DECRETO 2591 DE 1991, ARTICULO 8

TUTELA – No es la vía para controvertir actos administrativos / ACTO ADMINISTRATIVO – No se controvierten a través de la acción de tutela

En efecto, se reitera que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, ésta no es la vía para controvertir la legalidad de actos administrativos, máxime cuando el ordenamiento jurídico dispone una acción ordinaria y el juez competente para su conocimiento.

TUTELA – Procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable / PERJUICIO IRREMEDIABLE – Concepto / TUTELA EN FORMA TRANSITORIA – Requisitos

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, a pesar de que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, esto 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 se puede retornar a su estado anterior, el cual tiene como requisitos esenciales la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad, los que no fueron acreditados por la parte actora, y de ser así el medio expedito es la solicitud de suspensión provisional, del acto que lo desvinculó del cargo, el cual ni se solicita ni se concede por medio de tutela.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009)

Ref. Exp. 25000-23-15-000-2008-01491-01

Acción de Tutela de Javier Peñuela Pineda contra el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

Impugnación

Fallo

Se decide la impugnación formulada por Javier Peñuela Pineda contra la sentencia de 26 de enero de 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección "A", negó las pretensiones de la acción de tutela.

1. ANTECEDENTES

Javier Peñuela Pineda, presentó por medio de apoderado, acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, para que se le proteja el derecho fundamental al debido proceso (fl. 5).

2. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

El accionante solicitó la protección del mencionado derecho fundamental, y en consecuencia, pide que como mecanismo transitorio, “mientras el Juez Administrativo define el fondo de la acción de nulidad y restablecimiento, revoque” la Resolución 01806 de 29 de abril de 2008 de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante el cual se le retiró del servicio y, en consecuencia se ordene al Ministerio de Defensa – Policía Nacional reintegrarlo (fl.1).

El accionante fundamentó sus pretensiones en los hechos que se compendian así:

2.1. Ingresó a la Policía Nacional como alumno, y luego de terminar sus estudios estuvo vinculado como Agente.

2.2 Fue sancionado disciplinariamente en 3 oportunidades, durante un período inferior a 5 años, motivo por el cual fue retirado del servicio por estar inhabilitado para ejercerlo.

2.3 La entidad demandada, argumentó el acto de desvinculación de conformidad con el artículo 38 [2] de la Ley 734 de 2002, 6 de la Ley 190 de 1995 y la Ley 857 de 2003 (sic).

2.4 A juicio del actor, las normas mencionadas, no son las que se deben aplicar a su caso, pues se le retiró “con una norma sustantiva de la Ley 734 de 2000; siendo perfectamente imposible y antijurídico” (sic).

2.4 Indicó que la causal de retiro por inhabilidad no existe en la Ley 857 de 2003, ni en el Decreto 1791 de 2000, por lo cual la entidad, sólo con fundamento en la Ley 734 de 2002, podía era suspenderlo e inhabilitarlo por un período de 3 años a partir de la ejecutoria de la última sanción disciplinaria, pero no retirarlo definitivamente del servicio, como efectivamente lo hizo (fl. 1-3).

3. OPOSICIÓN

3.1 La Secretaria General (E) de la Oficina de Asesoría Legal de la Policía Nacional, indicó que la acción de tutela procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, y como mecanismo transitorio cuando se configure el principio de inmediatez.

Dijo que en el presente caso, no hay inmediatez porque el actor dejó transcurrir más de 8 meses desde la fecha en que se produjo el retiro y que tiene a su alcance otro medio de defensa judicial, por lo cual solicita que se nieguen las pretensiones de la tutela(fl.65-84).

3.2 La Secretaria del Juzgado 13 Administrativo de Bogotá, en respuesta a la información que solicitó el Tribunal, acerca de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el actor contra el Ministerio de Defensa Nacional, con ocasión del acto que lo retiró del servicio, afirmó que dicho proceso sí se esta surtiendo en ese Juzgado y que respecto del acto administrativo acusado, no se solicitó la suspensión provisional (49-50).

4. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó la solicitud de amparo del derecho al debido proceso.

Estimó que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para controvertir actos administrativos, ya que para este fin la ley ha consagrado otros medios ordinarios que resultan efectivos para garantizar la protección

de los derechos fundamentales vulnerados, inclusive está previsto un mecanismo expedito y apropiado para revisar si el acto se opone objetivamente a la legalidad, como es la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, que de prosperar impediría la materialización de sus efectos.

Señaló que la tutela procede si con la vulneración de un derecho fundamental, se está ocasionando un perjuicio irremediable, circunstancia que a pesar de que el actor la alegó, no la logró acreditar, por lo tanto, negó el amparo pedido (109 -116).

5. IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó el anterior fallo y reiteró los argumentos manifestados en la demanda de tutela.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, como mecanismo para la inmediata garantía del derecho, no como restablecimiento del mismo, para lo cual existen otras acciones. Cuando la situación deba resolverse por el procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria, siempre que se demuestre perjuicio irremediable, y si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario

para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

Desde luego que la Sala no desconoce la gran importancia de la acción de tutela, como institución jurídica. Sin embargo, su ejercicio debe ser razonado, pues, lo contrario lleva al quebrantamiento de principios como el de la cosa juzgada y el debido proceso, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

En el caso concreto, el accionante solicita que como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se revoque la Resolución 01806 de 29 de abril de 2008 de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante el cual se le retiró del servicio y, en consecuencia se ordene al Ministerio de Defensa – Policía Nacional reintegrarlo, mientras la Jurisdicción Contencioso decide de fondo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra de aquella.

Al respecto, se advierte que la solicitud de tutela es improcedente¹ por cuanto la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, del cual ha hecho uso, y dentro del cual puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo acusado, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley.

En efecto, se reitera² que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, ésta no es la vía para controvertir la legalidad de actos administrativos, máxime cuando el ordenamiento jurídico dispone una acción ordinaria y el juez competente para su conocimiento.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, a pesar de que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, esto 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 se puede retornar a su estado anterior, el cual tiene como requisitos esenciales la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad, los que no fueron acreditados

¹ Decreto 2591 de 1991 [6] “La acción de tutela no procederá: [...] Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo de defensa transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]”.

² En el mismo sentido ver sentencias de 17 de noviembre de 2005. C.P. doctora María Inés Ortiz Barbosa. Exp. 2005-01478, 19 de octubre de 2006. C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié. Exp. 2006-1642 y 1 de junio de 2006. C.P. doctor Héctor J. Romero Díaz. Exp. 2006-01054.

por la parte actora, y de ser así el medio expedito es la solicitud de suspensión provisional, del acto que lo desvinculó del cargo, el cual ni se solicita ni se concede por medio de tutela.

Por lo tanto, el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para procurar las pretensiones manifestadas en la demanda, razón por la cual no hay lugar a revocar la decisión del Tribunal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1.- Confírmase la sentencia de 26 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto denegó la solicitud de amparo presentada por Javier Peñuela Pineda contra el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

2.-Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ