

ACCION DE TUTELA - Falta de legitimación en la causa por activa / ACCION DE TUTELA - Agencia oficiosa de personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio

En efecto, como se indicó en el acápite anterior, el escrito de tutela debe contener la manifestación expresa de actuar como agente oficioso y que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa, sin embargo, en el sub judice no se exteriorizaron tales circunstancias. Aunado a lo anterior, la segunda exigencia, consistente en la circunstancia real, sustentada en el escrito de tutela, que acredite la imposibilidad física o mental del titular de los derechos fundamentales para efectuar su propia defensa, tampoco fue cumplida, pues la demandante solamente afirmó que su hijo se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, pero no asevera ni acredita en qué consiste su incapacidad para ejercer la acción. Para la Sala, la anterior situación no es razón suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos, pues el ejercicio del servicio militar no es por sí solo un motivo que evidencie la imposibilidad para solicitar personalmente el amparo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 10 / CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 47

NOTA DE RELATORIA: Sobre la agencia oficiosa, Consejo de Estado, providencia de 3 de diciembre de 2009, Exp: 2487-08, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sobre la agencia oficiosa de quienes se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, la Corte Constitucional en sentencias T-248 del 16 de abril de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-291 de 2011, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-31-000-2012-00139-01(AC)

Actor: CLAUDIA MARCELA DIAZ Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada, en contra de la sentencia del 8 de mayo de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño, concedió el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo y las pretensiones.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Claudia Marcela Díaz, en representación de su hijo Esteban Antonio López Díaz, acudió ante el Tribunal Administrativo de Nariño, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de aquél, presuntamente vulnerados por la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Como consecuencia del amparo invocado, solicitó al juez de tutela que le ordene a la parte demandada, cambiar la denominación de su hijo como soldado regular a la de soldado bachiller.

2. Los hechos y las consideraciones del accionante.

La parte actora expuso como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

Señaló que su hijo Esteban Antonio López Díaz ingresó al Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio el día 23 de junio de 2011.

Destacó que su hijo aparece vinculado al Ejército Nacional como soldado regular, a pesar de que es bachiller.

Indicó que no es cierto, como lo afirma el Ejército, que su hijo se incorporó como soldado regular de forma voluntaria, ya que lo hicieron firmar unos papeles sin darle mayores explicaciones.

Manifestó que su familia está conformada por tres hijas y su hijo Esteban, que poseen escasos recursos económicos, y que necesita que su hijo sea desacuartelado lo más pronto posible para que colabore con la manutención del hogar.

3. Trámite procesal e informe de la entidad accionada.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto del 26 de abril de 2012 (fls. 9 y 10), admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó las notificaciones pertinentes.

- El Comandante del Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional se opuso al amparo solicitado por las siguientes razones (fls. 16-20):

Señaló que el joven Esteban Antonio López Díaz, una vez enterado de las diversas modalidades que fija la Ley 48 de 1998 para definir la situación militar, decidió incorporarse de forma voluntaria a esa fuerza como soldado regular.

De otro lado, manifestó que una vez notificada la admisión de la presente acción constitucional, se iniciaron todas las gestiones pertinentes para modificar la modalidad de incorporación del joven Esteban Antonio López Díaz de soldado regular a soldado bachiller, de tal forma que cualquier decisión del juez constitucional carece de objeto.

-La Dirección de Personal del Ejército, solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional, ya que cualquier decisión sobre traslados, desacuartelamientos o cambios de modalidad se escapa de su órbita de competencia (fl. 29).

4. La providencia impugnada

Mediante sentencia del 8 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Nariño, tuteló el derecho fundamental al debido proceso de Esteban Antonio López Díaz, y en consecuencia, ordenó al Comandante del Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional, adelantar las gestiones pertinentes a fin de que culmine el trámite administrativo para modificar la modalidad de incorporación del joven López Díaz. Lo anterior, por las razones que a continuación se sintetizan (fls. 33 a 47):

Precisó que admitió la acción de tutela a pesar de que no fue interpuesta por el titular de los derechos fundamentales, que es mayor de edad, toda vez que el mismo se encuentra en una situación que le dificulta su acceso a la administración de justicia, como lo es la concentración militar.

Para justificar la procedibilidad de la acción de tutela aunque no fue interpuesta por el titular de los derechos fundamentales invocados, transcribe algunos apartes de la sentencia T-291 de 2011 de la Corte Constitucional, en la que se aceptó que los padres de una persona cuyos derechos presuntamente se vulneraron y era mayor de edad, ejercieran en su favor la acción constitucional.

Luego de explicar las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, relató que según el acervo probatorio la entidad accionada conocía la calidad de soldado bachiller del agenciado, como se advierte en el acta compromiso mediante la cual el conscripto se acogió a la modalidad de soldado regular.

De otra parte, manifestó que a pesar de que el conscripto voluntariamente renunció a los beneficios que se le otorgarían al incorporarse como bachiller, y por ende, se vinculó como soldado regular, la Corte Constitucional ha resaltado que el Ejército Nacional tiene la obligación de inscribirlo atendiendo su condición real, pues de obrar en sentido contrario se estarían desconociendo el derecho al debido proceso y las modalidades de incorporación consagradas en la ley.

5. La impugnación

Mediante escrito visible en los folios 55 a 59, el Comandante del Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional impugnó la sentencia antes descrita, reiterando, en primer lugar, los argumentos de la contestación, esto es, que el joven López Díaz se vinculó voluntariamente como soldado regular y que en el presente caso cualquier pronunciamiento del juez de tutela carece de objeto.

De otra parte, manifestó que no tiene la competencia para modificar la modalidad de prestación del servicio militar del conscripto, la cual está radicada en la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 del mismo año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Problema jurídico

Deberá la Sala determinar la legitimación en la causa por activa de la señora Claudia Marcela Díaz para ejercer la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que afirma actuar en representación de su hijo mayor de edad Andrés Carrillo Castellanos.

3. De la legitimación en la causa por activa

Según lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquiera persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre.

En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la persona a quien se le vulneren o amenacen sus derechos fundamentales puede ejercer esta acción constitucional por sí misma o por medio de representante. En ese artículo también se estableció la posibilidad de la agencia de derechos ajenos, de tal forma que un tercero, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, podrá presentar acción de tutela en su nombre.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha señalado 4 posibilidades de ejercicio de la acción de tutela: (i) directamente por la persona afectada; (ii) por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y anexar al escrito de la acción el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo); y, (iv) a través de agente oficioso.¹

¹ Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sobre la agencia oficiosa, el Tribunal Constitucional ha indicado que es posible presentar la demanda en ejercicio la acción de tutela, cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de acudir a la justicia, para lo cual se requiere verificar (i) que existe una manifestación del agente oficioso para actuar como tal; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir del mismo, que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa; y, (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados².

Se advierte que la exigencia de estos requisitos no obedece a un criterio formal, lo cual contradice el carácter de esta acción constitucional, sino al reconocimiento de la persona como sujeto de derecho, toda vez que el interesado es el único, que puede decidir si hace uso de los mecanismos judiciales ante una eventual vulneración a sus derechos fundamentales, pues puede que el supuesto agenciado no quiera que la acción se interponga en su nombre.

Sobre el particular la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

El artículo 86 de la Constitución no exige que quien invoque la protección judicial de derechos fundamentales afectados o en peligro por acción u omisión de autoridades públicas o de particulares sea la misma persona que padece el daño. Según la norma, el solicitante del amparo puede actuar a nombre de otro.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que se pueden agenciar derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa", circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud.

*Tales previsiones tienen sentido por cuanto, de una parte, se trata de brindar efectiva protección a los derechos fundamentales, lejos de los formalismos y las exigencias de trámite, y puede darse el caso de alguien actualmente afectado o amenazado que, por la situación en que se encuentra, no pueda acudir directamente al juez, y por otro lado, **el sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan** (Destacado fuera de texto).³*

En casos en los que los padres pretenden representar a su hijo mayor de edad, sin sustentar claramente el impedimento de éste para interponer la tutela, la Corte

² SU-707 de 1996.

³ Sentencia T-277 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

ha negado la protección de los derechos invocados. En efecto, en la sentencia T-659 del 8 de julio de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, se advirtió lo siguiente:

“Si bien se trata de la madre del titular de los derechos presuntamente vulnerados, los padres pierden la patria potestad sobre sus hijos cuando éstos cumplen la mayoría de edad. En estos eventos, se señaló en la sentencia T-294 de 2000, los padres sólo podrán promover una acción de tutela en defensa de los derechos de sus hijos bajo los términos de la figura de la agencia oficiosa desarrollados por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, es decir, cuando los hijos se encuentren en absoluta imposibilidad de interponer directamente el amparo fundamental, y en razón de ello autoricen a sus progenitores a instaurar una acción de tutela en su nombre”.

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, es deber del juez constitucional analizar en cada caso concreto la configuración de los elementos de la agencia oficiosa, pues dicho análisis garantiza no sólo la adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales, sino también evitar que se acuda a este mecanismo cuando ello no resulta indispensable, o cuando el presuntamente afectado no considera vulnerado o amenazado su derecho.⁴

4. El caso concreto

Previo a realizar un pronunciamiento de fondo, se advierte que la señora Claudia Marcela Díaz no es el titular de los derechos fundamentales invocados, pues la modalidad en que presta el servicio militar obligatorio en principio únicamente le atañe a su hijo.

Ahora bien, ya que el hijo de la accionante, el joven Esteban Antonio López Díaz, cuenta con la mayoría de edad (fl. 4), pues así lo constata la copia simple de la cédula de ciudadanía aportada con el escrito de tutela, el demandante debía cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional precitada, para ejercer legítimamente una acción de tutela a nombre de su hijo, situación que no ocurrió en el presente caso.

En efecto, como se indicó en el acápite anterior, el escrito de tutela debe contener la manifestación expresa de actuar como agente oficioso y que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su

⁴ Sentencia T-573 de 2001 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

propia defensa, sin embargo, en el *sub judice* no se exteriorizaron tales circunstancias.

Aunado a lo anterior, la segunda exigencia, consistente en la circunstancia real, sustentada en el escrito de tutela, que acredite la imposibilidad física o mental del titular de los derechos fundamentales para efectuar su propia defensa, tampoco fue cumplida, pues la demandante solamente afirmó que su hijo se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, pero no asevera ni acredita en qué consiste su incapacidad para ejercer la acción.

Para la Sala, la anterior situación no es razón suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos, pues el ejercicio del servicio militar no es por sí solo un motivo que evidencie la imposibilidad para solicitar personalmente el amparo.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias T-565 del 11 de julio 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-542 del 13 de junio de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-878 del 23 de octubre de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentarúa, T-800 del 9 de noviembre de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y T-248 del 16 de abril de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, en casos en los cuales los padres solicitaron el amparo en lugar de sus hijos mayores de edad, quienes se encontraban prestando el servicio militar.

En aquellas ocasiones, la Corte determinó que la prestación del servicio militar no es suficiente para explicar la imposibilidad para solicitar personalmente la tutela, pues es necesario además manifestar la imposibilidad mental o física del agenciado para el ejercicio de sus derechos, y acreditar debidamente tal situación y el interés del representado de ejercer la acción constitucional.

En conclusión, a pesar de los vínculos familiares, para que sea legítimo el ejercicio de la acción de tutela respecto de una persona que ha cumplido la mayoría de edad, es imperativo cumplir con los requisitos de la agencia oficiosa conforme al artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

De conformidad con lo expuesto, como quiera que no se cumplieron los requisitos exigidos por las normas aplicables y la jurisprudencia constitucional referente a la agencia oficiosa, la Sala entiende que la señora Claudia Marcela Díaz no está legitimada para actuar en representación de Esteban Antonio López Díaz.

Por todo lo anterior, el asunto planteado no puede estudiarse de fondo, en tanto el titular de los derechos fundamentales invocados no es quien promueve la acción de tutela, no ha conferido poder algún abogado para tal efecto, ni se encuentra imposibilitado física o mentalmente para procurar la defensa de su derechos, razón por la cual se debe revocar la sentencia impugnada para en su lugar rechazar por improcedente el amparo solicitado⁵.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **REVOCASE** la sentencia del 8 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, por la cual se tuteló el derecho al debido proceso de Esteban Antonio López Díaz. En su lugar,

RECHAZASE por improcedente la acción de tutela ejercida por Claudia Marcela Díaz, en representación de su hijo Esteban Antonio López Díaz, contra la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Notifíquese a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

4. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

⁵ En similar sentido, véase la sentencia de 13 de octubre de 2011, Rad. 2011-01870, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ