|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180021600** |
| DEMANDANTE | **STELLA JOHANA SALGAR CRUZ** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE DEFENSA** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

Stella Johana Salgar Cruz actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa con el fin de proteger su derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e igualdad.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene a la entidad MINISTERIO DE DEFENSA, reconocer la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo el SLR Castañeda Salgar Bryan Steven.**

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

“[…]*1. El señor BRYAN STEVEN CASTAÑEDA SALGAR, nació el 26 de Septiembre de 1995.*

*2.Fue incorporado al Ejercito Nacional el día 6 de Febrero de 2016, a prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular adscrito al batallón de selva No 52 JOSE DOLORES SOLANO*

*3. El comandante de la unidad táctica realiza el presente informativo por los hechos ocurridos con el SLR CASTAÑEDA SALGAR BRYAN STEVEN identificado con cédula de ciudadanía N° 1031161049, quien se encontraba en el desarrollo de la orden de operaciones DINASTIA, misión táctica ALEMANIA 011. Por ende de acuerdo al informe suscrito por el señor SS. AREVALO DIAZ FERNED BLADIMIR, comandante pelotón corcega "dos" siendo aproximadamente las 09:20 horas me encuentro en compañía del señor oficial de operaciones del batallón de selva N° 52 MY CARDENAS NARANJO DAGOBERTO quien ordena que debemos hacer el paso del lineal sobre el rio Vaupés, por ende se organiza el personal y se constata armamento, se recalca extremar las medidas de seguridad con el material de guerra y para realizar el paso del lineal se emiten ordenes claras al personal de suboficial que conforman la unidad, el cruce del lineal se realiza en un "deslizador o canoa" de acuerdo a lo ordenado por el señor oficial de operaciones., por lo tanto se ordena al personal de soldados antes de subir al deslizador quitarse el chaleco multipropósito y colocarse el chaleco salvavidas asegurando todas las correas., hecho que no es claro ya que al momento del naufragio del deslizador salen a flote todo el personal menos el soldado regular CASTAÑEDA SALGAR BRYAN STEVEN quien supuestamente dicho por sus comandantes no llevaba chaleco salvavidas, a lo cual es una maniobra distractora por los superiores que estaban encargados de la operación, esto para evadir la responsabilidad que tenían sobre los soldados que iban en la canoa, siendo conscientes que no podían dejar montar al personal que no tuviera el debido chaleco salvavidas por control de seguridad.*

*4. la muerte del soldado regular se da por ahogamiento-inmersión después de 4 días del deceso quien se encuentra en avanzado estado de descomposición con desfacelación en la piel, saponificación, edema en tejidos, que dificultaron el proceso de necropsia.*

*5. El cuerpo del militar fue entregado a la madre el martes 11 de abril del presente año, 6 días después del suceso., hecho que dificulto el reconocimiento del cadáver por su progenitora esto por el estado tan avanzado de descomposición, dejando una gran incertidumbre a la madre por la demora en la entrega del cuerpo de su hijo, esto en razón a múltiples evasivas que el Teniente Coronel Pedro Saúl rivera Camargo comandante del batallón de selva N° 52 José Dolores Solano, el cual manifestaba que el cuerpo de su hijo lo recibiría lo mas porto posible, afirmación que dejo de ser creíble por la madre ya que duraron más de 6 días dándole excusa de donde estaba el cuerpo, hecho que deja mucho que pensar de la verdadera muerte del soldado.*

*6. El 20 de Octubre se presento derecho de petición a la secretaria general dirección administrativa - Grupo de Prestaciones sociales con el fin que fuera reconocida y pagada pensión de invalidez.*

*7. El 18 de Enero de 2018, el Ministerio de Defensa Nacional secretaria General expide la Resolución no 0075 que negó el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión por muerte*

*8. El 7 de Febrero de 2018, se presento mediante apoderado presento recurso de reposición en contra de la Resolución No 0075 de 18 de Enero de 2018, recurso que no fue tenido en cuenta, según el Ministerio, por no allegar poder*

*9. La señora JOHANA STELLA SALGAR CRUZ, Dependía económicamente de su hijo el Soldado regular BRYAN STEVEN CASTAÑEDA SALGAR, según declaración extra proceso 2.156, de fecha 15 de Junio de 2018, de la Notaría 4 del circulo de Bogotá*

*10. La señora JOHANA STELLA SALGAR CRUZ, PRESENTA quebrantos de salud posible esclerosis múltiple, según historia clínica No 380911195, que la imposibilitan para trabajar, máxime, cuando la señora no tiene sustento alguno, ni estudios que la posibiliten para trabajar, motivo por el cual es indispensable el mínimo vital que responda el sustento económico que garantice el cubrimiento de sus necesidades básicas […]“*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
	1. La presente demanda fue presentada el 5 de julio de 2018 (folio 36 del Cuaderno Principal)
	2. Mediante providencia del 6 de julio de 2018 (folio 38 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado MINISTERIO DE DEFENSA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES el 6 de julio de 2018 (folio 41 del Cuaderno Principal) no contestó la presente acción.

1. **LAS PRUEBAS:**

**4.1.** Copia simple de Registro Medico 19148694 de Stella Johana Salgar Cruz. (Folio 11 a 12 del cuaderno principal)

**4.2.** Copia simple de informe médico de oftalmólogo de Stella Johana Salgar Cruz. (Folio 13 a 14 del cuaderno principal)

**4.3.** Copia simple de Historia Clínica de Esimed de Stella Johana Salgar Cruz. (Folio 15 a 17 del cuaderno principal)

**4.4.** Copia simple de declaración extraproceso de Stella Johana Salgar Cruz. (Folio 18 del cuaderno principal)

**4.5.** Copia simple de derecho de petición. (folio 19 a 23 del cuaderno principal)

**4.6.** Copia simple de declaración extraproceso de Sara Sofía López Castañeda. (Folio 24 a 25 del cuaderno principal)

**4.7.** Copia simple de declaración extraproceso Nº 8119 de Stella Johana Salgar Cruz. (Folio 26 a 27 del cuaderno principal)

**4.8.** Copia simple de resolución Nº 0075 de 18 de enero de 2018. (Folio 28 a 31 del cuaderno principal)

**4.9.** Copia simple de recurso de reposición contra la resolución 0075 de 18 de enero de 2018. (Folio 32 a 34 del cuaderno principal).

**4.10.** Copia simple de cedula de ciudadanía de Stellla Jhoanna. (Folio 35 del cuaderno principal)

**5. CONSIDERACIONES:**

**5.1** 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.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección la accionante es al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e igualdad; toda vez que la entidad accionada vulneró sus derechos al no hacer al reconocimiento de pensión de sobreviviente.

Así las cosas, cabe preguntarse: **¿Se le está vulnerando el derecho al accionante al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e igualdad por parte de la entidad accionada?**

Para responder esta pregunta debemos, tener en cuenta que la acción de tutela tiene carácter residual o subsidiario, de modo que puede acudirse a ella ante 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[[1]](#footnote-1)”* (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.

Frente a las controversias de carácter litigiosos relativas al reconocimiento de derechos pensionales, la corte Constitucional ha mencionado que en principio es competencia del juez ordinario laboral o del juez contencioso administrativo, según corresponda, pero que excepcionalmente puede ser procedente cuando de los hechos de la solicitud se desprenda que los medios judiciales ordinario sean ineficaces y resulte procedente la tutela como mecanismo i) transitorio para evitar un perjuicios irremediable, ii) cuando no es idóneo o eficaz, o iii) sea promovido por persona de especial protección constitucional como niños y personas de la tercera edad.

Esa determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, para lo cual deberá observar detenidamente los hechos y pruebas obrante en el expediente**,**  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.

Ciertamente, en el caso tenemos que, la accionante solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su hijo,

Revisado el expediente se observa, que ya el accionante presentó derecho de petición ante la Secretaria General del Ministerio de Defensa y que mediante resolución 0075 de 18 de enero de 2018, esa entidad negó el reconocimiento de pensión por muerte, razón por la cual la demandantes presenta acción de tutela.

Ahora, revisado las pruebas aportadas en el escrito de tutela, podemos establecer que en el presente caso, no estamos ante alguno de los 3 eventos planteados por el Corte Constitucional donde resulta procedente la tutela como medio judicial para acceder a estas prestaciones económicas, ya que de la pruebas aportadas no se observa que la accionante este en una situación especial, pues aunque aportó unas declaraciones extrajudicales donde se menciona que dependía económicamente de su hijo fallecido, en otros documentos presentados se indica que la señora Stella Johanna Salgar, encuentra afiliada en el régimen contributivo de seguridad social como cotizante, es decir, no dependía totalmente de su hijo.

Por otro lado, tampoco es una persona de la tercera edad que tenga especial protección constitucional, a la fecha cuenta con 40 años de edad, por lo que considera este Despacho, que el actor cuenta con otro medio idóneo y eficaz, como presentar demanda ante la jurisdicción contenciosa en el medio de control de nulidad o nulidad y de restablecimiento del derecho respecto de la resolución que negó pensión de sobreviviente y en ella puede alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales, en el presente caso la posible equivocada valoración probatoria de la entidad. Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

Ahora bien, el medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que el demandante padezca un perjuicio irremediable como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos ciertas situaciones “*…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[[2]](#footnote-2).”*

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 caso no obran pruebas de donde se infiera, 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 **STELLA JOHANA SALGAR CRUZ**, 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,y/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. 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-1)
2. *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-2)