|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180044900** |
| DEMANDANTE | **FREDY RAFAEL GALINDO CONTRERAS** |
| DEMANDADO | **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

FREDY RAFAEL GALINDO CONTRERAS interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL con el fin de proteger su derecho fundamental al debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, salud y de petición

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al Comandante del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón de Infantería de Montaña No. 36 CAZADORES de San Vicente del Caguan que atienda lo valorado por el Tribunal Médico de Revisión Militar en donde lo declararon no apto para actividad militar y realice todas las gestiones para su retiro bien sea por invalidez o por solicitud propia.**

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

*“1. El día 24 de abril de 2015 en la vereda Hermosas del municipio de Solano – Caquetá, siendo aproximadamente las 18:00 horas fuimos atacados por las FARC con granadas artesanales (tatucos), ráfagas de ametralladora, fusilería y franco tiradores de aproximadamente 20 terroristas resulte herido por arma de fuego a la altura de mi brazo derecho. Hechos que pueden ser corroborados en el informativo administrativo por lesiones No. 28 expedido por el Batallón de Combate Terrestre No 28 del Caquetá.*

*2. El día 16 de noviembre de 2016 la Dirección de Sanidad Militar mediante acta de junta médica laboral No. 91285 me declaró NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR – NO SE RECOMENDÓ MI REUBICACIÓN LABORAL y la evaluación de la disminución de la capacidad laboral arrojó un porcentaje del 48.83%.*

*3. El día 31 de enero de 2017 solicité ante el Tribunal Médico la revisión del Acta de la Junta Médica anterior toda vez que no estuve de acuerdo con los resultados de dicha valoración dado que la asignación de los índices lesionales y el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no era acorde con mi lamentable estado de salud.*

*4. El día 22 de febrero de 2017 el Tribunal Médico accedió a valorarme y fui citado para el día 5 de julio de 2017.*

*5. El día 6 de junio de 2017, pese a que aún la junta médica no se encontraba en firme la Dirección de Personal emitió OAP No. 1727 mediante el cual ordenó mi retiro de la fuerza.*

*6. el día 4 de julio de 2017 envié a la Dirección de personal derecho de petición mediante el cual les informé que la Junta Médica Laboral al no encontrarse en firme y ejecutoriada por tal razón no se podía tomar ninguna decisión hasta que el Tribunal Médico emitiera la decisión definitiva acerca de mi situación medico laboral.*

*7. el 5 de julio de 2017 el tribunal médico de revisión militar emitió acta No. 222 decisión en la que modificaron la decisión de la junta médica y evaluaron la disminución de la capacidad laboral en 51.81%, incapacidad permanente parcial y no apto para la actividad militar.*

*8. El 6 de junio me notificaron mi retiro del ejército nacional, me fui para santa marta a esperar a que me reconocieran la pensión de invalidez.*

*9. De manera negligente y violando a todas luces mi derecho fundamental de debido proceso, el 28 de julio de 2018 me notificaron que fui reintegrado al ejército nacional en cumplimiento a una orden administrativa de personal emitida el 23 de agosto de 2017, ósea 11 meses después de emitida la decisión. Esto fue antes de que el tribunal notificara mí no aptitud para la actividad militar.*

*10. El motivo del reintegro era para subsanar el error que cometieron al haberme retirado antes de que el tribunal médico emitiera su dictamen.*

*11. El comandante del batallón de infantería Cazadores me ordeno que me presentara en el municipio de san Vicente de caguan, pese a que les manifesté que llevaba más de un año en la civil y lo que estaba era adaptándome a mi nueva vida como militar retirado y en proceso de pensión por invalidez (51.81%), no escuchó razones y me ordenó presentarme en dicho municipio catalogado además como zona roja.*

*12. En cumplimiento de lo anterior, el día 14 de agosto de 2018, tomé vuelo desde mi residencia en la ciudad de Santa Marta - Bogotá - San Vicente del Caguán, con mis recursos y siempre con el temor de que fue precisamente en esa zona donde en ejercicio de la actividad militar fui herido con arma de fuego en mi extremidad superior. Hice mi más grande esfuerzo de pagar un tiquete de avión hasta San Vicente del Caguán ya que por mi condición de militar y con el grado de invalidez tan alto, siento que me expongo a un peligro innecesario al desplazarme a una zona del país ampliamente sensible a la presencia de grupos al margen de la ley. (San Vicente del Caguán Caquetá).*

*13. El día 15 de agosto de 2018, la psicóloga del Batallón de San Vicente del Caguán me entrevistó y fue testigo de que yo no soy apto para la actividad militar, tengo una discapacidad permanente y disminución de la capacidad laboral superior al 50%, motivo por el cual me autorizaron mediante boleta de salida No. 3892 incapacidad en casa.*

*14. El día 17 de agosto de 2018 solicité al Comandante del Batallón de Infantería de Montaña No. 36 mi solicitud de retiro por voluntad propia.*

*15. El día 21 de agosto de 2018 solicité al Comandante del Ejército Nacional mi retiro por voluntad propia.*

*16. El día 18 de septiembre reiteré mi petición de retiro por voluntad propia, en donde además expuse mis razones, así:*

*"... teniendo en cuenta que por motivos personales es mi deseo estar cerca a mi familia que reside en Santa Marta (Magdalena) núcleo familiar que lo conforma mi madre, esposa e hijo de 6 años de edad, es mi proyecto de vida dedicarme a una actividad diferente a la que me ofrece la vida militar adicionalmente debo manifestarles que he perdido la vocación militar.*

*Solicito que lo antes posible, me asignen la Entrevista de Retiro por Solicitud Propia en La Dirección de Gestión Humana por Competencias DIGEH, desde el Comando de Personal (COPER) Cantón Occidental de Bogotá, D.C, aclarando mi solicitud de que la entrevista se realice en la ciudad de Bogotá D.C y NO EN SAN VICENTE DEL CAGUÁN, ya que teniendo en cuenta que es un municipio declarado como zona roja NO estoy en condiciones de aceptar el riesgo que implica trasladarme desde Santa Marta hasta San Vicente del Caguán (Caquetá)...*

*17. El día 20 de septiembre de 2018 solicité nuevamente al Comandante del Ejército Nacional mi retiro de la Fuerza por las razones antes expuestas.*

*18. La respuesta emitida por el Comandante del Batallón del Caquetá es "no es posible acceder de forma favorable su petición" por cuanto no cumplía con los requisitos legales. Qué más requisito si hace más de un año ya estaba en la civil y fui incorporado por una notificación que se surtió de manera negligente? No soy apto para la actividad militar y además tengo un porcentaje de disminución de discapacidad laboral superior al 50%?*

*19. Es este el medio más expedito para tutelar mis derechos vulnerados, ya que no estoy no es justo que luego de haberme el Ejército Nacional retirado del servicio activo de manera irregular pretenda subsanar ese yerro reintegrándome cuando ya en estas instancias el Tribunal Médico ratificó mi NO APTITUD PARA LA ACTIVIDAD MILITAR por padecer disminución de la capacidad laboral de 51.81%. No me siento en capacidad psicológica ni físicas para dejar a mi familia en Santa Marta y trasladarme a San Vicente del Caguán Caquetá, como tampoco estoy dispuesto a correr los riesgos inherentes que la actividad militar conlleva. Además No quiero portar armas ni uniformes que me recuerden el grave suceso donde casi pierdo la vida, no me siento preparado psicológicamente ni físicamente.”.*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
   1. La presente demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2018 (folio 41 del Cuaderno Principal)
   2. Mediante providencia del 14 de enero de 2019 (folio 47 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificada la entidad demandada el 15 de enero de 2019, guardo silencio.

1. **LAS PRUEBAS:**

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

* Informativo administrativo por lesiones.
* Copia del acta de junta médica laboral.
* Solicitud de revisión ante el tribunal médico.
* Notificación de retiro por invalidez.
* Citación a la valoración médica por parte del tribunal medico
* Solicitud pérdida parcial fuerza de ejecutoria OAP del 6 de junio de 2017.
* Acta de tribunal médico del 5 de julio de 2017.
* Notificación del 28 de julio de 2018 donde me informan acerca de mi reintegro al ejército nacional.
* Fotocopia del tiquete aéreo santa marta-Bogotá-san Vicente del caguan.
* Boleto de salida No. 3892 por incapacidad -15 de agosto de 2018.
* Solicitud de retiro por voluntad propia 17 de agosto de 2018.
* Solicitud de retiro por voluntad propia 21 de agosto de 2018.
* Solicitud de retiro por voluntad propia 18 de septiembre de 2018.
* Solicitud de retiro por voluntad propia 20 de septiembre de 2018.

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.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es al debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, salud y de petición, toda vez que la entidad accionada mediante orden administrativa No. 1971 del 23 de agosto de 2017 declaro la perdida de ejecutoria de la orden administrativa No. 1727 del 6 de junio de 2017 la cual retiraba del servicio al accionante por causal de disminución de capacidad física.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionante ante la decisión de la entidad accionada de declarar la perdida de ejecutoria de la orden administrativa No. 1727 de 2017?**

Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta la esencia de la acción de tutela, su carácter residual o subsidiario, del cual se deriva que solo 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.

 Así pues, la 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.

**Se trata, en consecuencia, de un medio subsidiario que no puede reemplazar procedimientos ordinarios ni suplir los medios de defensa previstos en el ordenamiento legal para la protección de los derechos.**

En el presente caso, como se advierte con el contenido de la demanda, el accionante FREDY RAFAEL GALINDO CONTRERAS considera que la acción administrativa que le causa el daño está contenida en la orden administrativa 1971 del 23 de agosto de 2017 que declaró la pérdida de ejecutoria de la orden administrativa No. 1727 del 6 de junio de 2017 la cual lo retiraba del servicio por disminución de la capacidad laboral.

Sin embargo, para impugnar los actos administrativos existe otro mecanismo de defensa judicial que es la acción de nulidad y de 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. 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 del caso no obran pruebas de donde se infiera la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de esta 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 **FREDY RAFAEL GALINDO CONTRERAS** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante **FREDY RAFAEL GALINDO CONTRERAS** y al **Comandante del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón de Infantería de Montaña No. 36 CAZADORES de San Vicente del Caguan** 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

SLDR

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)