|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190011200** |
| DEMANDANTE | **EDUAR ROJAS QUIROZ** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –ARMADA NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

EDUAR ROJAS QUIROZ, actuando en nombre propio interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL con el fin de proteger su derecho fundamental al mínimo vital, a la vida en conexidad con la salud y seguridad social.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –ARMADA NACIONAL que proceder a reconocer pensiona de invalidez y se ordene su pago desde que fue retirado de la institución castrense.**

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

En el año 2003 se encontraba como Soldado regular adscrito al batallón de Instrucción IM, Nº 02 Coveñas y el 15 de marzo de ese año se encontraba efectuando ejercicio en el polígono de arma s largas, cuando empezó a sangrar por lo oídos.

Le fue diagnosticado ruptura de tímpano. Debido a alas lesiones sufridas durante el servicio sufrió una disminución de la capacidad laboral del 54% según obra en Acta Nº 1169 de 25 de agosto de 2004.

Debido a su situación de salud no ha podido conseguir trabajo y su compañera permanente es quien responde pero tampoco tiene un trabajo estable.

Radico derecho de petición ante la accionada el 9 de mayo de 2018 solicitando reconocimiento de su pensión de invalidez; sin embargo en resolución 3755 de14 de septiembre de 2018 le negaron dicha solicitud.

Se interpuso recurso de apelación y en subsidio apelación contra la resolución 3755 de 2018 y con resolución 5568 de 20 de noviembre de 2018 se decidió el recurso de reposiciona confirmando la resolución 3755.

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**
   1. La presente demanda fue radicada el 3 de mayo de 2019.
   2. Mediante providencia del 7 de mayo de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
2. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado el día 8 de mayo de 2019 contestó lo siguiente:

Verificado el sistema del Ministerio se encontró que con acto administrativo Nº 3755 de 14 de septiembre de 2014 se resolvió la solicitud de pensión de invalidez solicitada por Eduar Rojas Quiroz, al respecto se libraron oficios de notificación personal y fue notificada el 20 de septiembre de 2018.

Se interpusieron recurso de reposición el cual fue resuelto mediante acto administrativo Nº 5568 de 20 de noviembre de 2018, es decir, que ya fueron contestadas toda las solicitudes del actor.

Ahora, la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derecho pensionales, ya que cuenta con la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir sus pretensiones; por lo tanto solicita sea negada la presente acción de tutela.

*(…)”*

**4. LAS PRUEBAS:**

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

* Copia simple de informe administrativo por lesiones. (folio 14 delc1)
* Copia simple del Acta de Junta Medico Laboral Nº 1169 (folio 15 a 18 delc1)
* Copia del derecho de petición radicado ante el Ministerio de Defensa. (folio 19 a 20 del c1)
* Citación para notificación personal del 19 de septiembre de 2018 (folio 21 del c1)
* Copia simple dela Resolución Nº 3755 del 14 de septiembre de 2018. (folio 22ª 25 del c1)
* Recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 3755 de 2018. (folio 26 a 27 c1)
* Copia simple de la resolución Nº 5568 del 20 de noviembre de 2018. (folio 28 a 32 del c1)
* Copia simple de oficio 20180423670190151 del10 de mayo de 2018. (folio 33 delc1)
* Copia simple de oficio OFI18-50771 del 31 de mayo de2018.(folio 34 del c1)
* Documentos médicos (folio 38 del c1)
* Copia simple de historia clínica de Rojas Quiroz Eduar. (folio 39 a 44 delc1)
* Copia simple de declaraciones extraprocesales. (folio 45 a 48 del c1)
* Copia simple de registros civiles. (folio 49 a 60 del c1)
* Copia simple de la C.C de Eduar Rojas Quiroz. (folio 61 del c1)

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 el de vida, mínimo vital, salud y seguridad social, toda vez que la accionada no ha realizado las acciones necesarias para reconocer la pensión de invalidez.

Así las cosas, cabe preguntarse: **¿Se le están vulnerando los derechos fundamentales al accionante, por parte de la entidad accionada, al no acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez?**

La respuesta al anterior interrogante es **negativa** por las siguientes razones:

El derecho a la vida está contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política así: “*Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”*

En ese sentido la corte constitucional ha desarrollado el alcance de este derecho así: *“no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados[[1]](#footnote-1).*

Ahora, la acción de tutela como mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales tiene carácter residual o subsidiario, de modo que puede acudirse a ella a 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[[2]](#footnote-2)”* (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, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestacionales.

 Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, 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.

En el caso *sub examine*, lo que se pretende es obtener el reconocimiento de pensión de invalidez por parte de Ministerio de Defensa, la cual ha sido negada por la entidad mediante la resolución 3755 de 2018 acto administrativo confirmado por la resolución 5568 de 2018.

Como quiera que el accionante ya acudió ante la entidad y esta negó el reconocimiento de la pensión, dichos actos administrativos son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa con el medio de control de nulidad, es decir, que es existe otro mecanismo de defensa judicial, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, contra derechos constitucionales fundamentales, entre otras, y puede solicitar las pruebas que sean necesarias para demostrar su dicho, por lo que, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

El medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que la demandante padezca un perjuicio irremediable y como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos similares al estudiado “*…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[[3]](#footnote-3).”*

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 las pruebas aportadas al expediente no se infiere 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:** NIÉGASE la Acción de Tutela impetrada por EDUAR ROJAS QUIROZ 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. Corte Constitucional. Sentencia–T444-99 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. *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-3)