|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190030100** |
| DEMANDANTE | **NÉSTOR EDUARDO SIERRA CARILLO** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD – TRIBUNAL MEDICO LABORAL**  |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

NÉSTOR EDUARDO SIERRA CARILLO actuando en nombre propio interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD – TRIBUNAL MEDICO LABORAL con el fin de proteger su derecho fundamental de petición y debido proceso.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia se ordene al Representante Legal de la entidad accionada que proceda a admitir y tramitar el recurso de apelación interpuesto el 20 de agosto de 2019.**

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

*“1. El 22 de mayo de 2018, radique derecho de petición en la Dirección de Sanidad con el fin que se sirva ordenar a quien corresponda y de carácter urgente la Junta Médico Laboral Post mortem del señor CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA (Q.E.P.D)*

*(…)*

*4. El joven CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA (Q.E.P.D), en vida me otorgo poder amplio y suficiente para llevar hasta su culminación la Junta Médica de retiro quedando con todas las facultades en la de especial interponer recursos de ley.*

*5. El joven CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA (Q.E.P.D), en vida me otorgo poder amplio y suficiente para solicitar documentos que reposaban en la Institución Policía Nacional he iniciar reclamaciones administrativas a nombre de el.*

*(…)*

*16. El 26 de abril de 2019 con el consecutivo No. J28758 me notifique del Dictamen emitido por la Junta Médico Laboral, debido a que esta Junta me reconocen y nos dan lectura presencial como apoderado de la señora ELSA INÉS GAONA DÍAZ,*

*17. Es así que se evidencia que siempre he actuado como apoderado del señor CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA (Q.E.P.D), mientras estaba con vida.*

*18. Radique apelación en contra del Dictamen Médico Laboral radicado por el suscrito en esas dependencias el día 20 de agosto de 2019.*

*19. Con oficio No. OF19-48524 TM de fecha 02 de septiembre de 2019, me negaron el recurso de apelación fundamentados en que no tengo representación del señor CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA (Q.E.P.D), ni la señora ELSA INÉS DAZA, quien era la progenitora del señor Daza Gaona siendo nosotros los notificados en la lectura de la Junta Medico Laboral.*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1** La presente demanda fue presentada el día 9 de octubre de 2019.

**2.2** Mediante auto de 15 de octubre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar a la entidad demandada.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado MINISTRO DE DEFENSA y DIRECTOR DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL el 16 de octubre de 2019.

* El DIRECTOR DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL contestó indicando que la competencia para pronunciarse sobre la presente acción de tutela le corresponde a la Dirección de Sanidad Seccional de Sanidad Huila y al Área de Medicina Laboral, también informó que les comunicó a esa seccional de la presente acción de tutela mediante correo electrónico.
* El TRIBUNAL MEDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA contestó lo siguiente:

*“(…)*

*En el caso del señor DAZA GAONA (Q.E.P.D) el 20 de agosto de 2017, le otorgó poder al abogado NÉSTOR SIERRA CARRILLO, para que iniciara ante la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, el trámite correspondiente a la práctica de la Junta Médica Laboral y solo siete (07) meses después del fallecimiento del poderdante, (28 de octubre de 2017), el abogado, con otro poder, el que le otorga la señora ELSA INÉS DAZA GAONA, como madre del de Cujus, el 14 de febrero de 2018, solicitó la reclamación administrativa para la realización de la Junta Médica Laboral post mortem.*

*Por orden judicial se realizó el Acta de Junta Médico Laboral post mortem No. 1566 del 12 de abril de 2019, de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Área de Medicina Laboral Neiva Huila.*

*Asi las cosas se evidencia que:*

* *El apoderado no cumplió la voluntad del señor DAZA GAONA, en el sentido de presentar la solicitud de convocatoria a Junta Médico Laboral, con base en el poder que éste le otorgó, a efecto que se le realizara la valoración médica en vida.*
* *La solicitud de convocatoria inicia con base en un poder otorgado por un tercero interesado (madre del de Cujus) y no como lo señala la Corte Constitucional, en el sentido que se siguiera la materialización de la solicitud previamente hecha por el paciente.*

*De acuerdo con este presupuesto de la Corte Constitucional, no había lugar a la realización de la Junta Médico Laboral por no cumplirse, sin embargo, se realiza la Junta Médica Laboral post mortem por orden judicial.*

*(…)*

*Para el caso concreto, no era viable la valoración del paciente, toda vez que, aparentemente, no se evidencia diligencia por parte del apoderado NÉSTOR EDUARDO SIERRA CARRILLO, pues solo solicito la realización de la Junta Médico Laboral siete (07) meses después del fallecimiento del paciente y no al momento que le fue otorgado dicho poder (02 de agosto de 2017), para que le fuera practicada en vida.*

*(…)*

*Así las cosas, y como lo señalo la Corte Constitucional en la sentencia T-165 de 2017, al no existir norma que regule la realización de las Juntas o Tribunales Médicos post mortem, fue la misma Corte Constitucional la que definió los presupuestos que se deben tener en cuenta por los Organismos Médico Laborales, para determinar si hay lugar o no a la práctica de éstas, los cuales no son excluyentes y deben cumplirse en su totalidad.*

*Para el caso en estudio, objeto de la presente acción, la solicitud del apoderado NÉSTOR EDUARDO SIERRA CARRILLO, no reúne dos (02) de los presupuestos señalados por la Corte Constitucional, para la realización del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía post mortem, de acuerdo con lo aquí expuesto.*

*Ahora bien, quiere reiterar este Organismo Médico Laboral que quien fijó los requisitos necesarios para la práctica de Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral post mortem, fue la Corte Constitucional no siendo posible una interpretación diferente a lo señalado por la Corte, cuando dijo:*

*“… Para ello, de acuerdo con toda la normatividad y jurisprudencia hasta aquí analizada, y ante la ausencia de norma legal o reglamentaria que regule específicamente la materia, se propondrán tres condiciones elaboradas jurisprudencialmente en la presente sentencia utilizando los requisitos expuestos como regla aplicable para solucionar el caso concreto que, considera la Sala, deben ser verificados para esclarecer el anterior interrogante…”*

*Razón por la cual, se ratifica el contenido de la comunicación oficial No. OFI119-48524 TM del 02 de septiembre de 2019, y se indica que no es posible la realización de Tribunal Médico Laboral post mortem en el caso del señor CRISTHIAN FERNEY DAZA GAONA.”*

1. **LAS PRUEBAS:**

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

* Copia simple de poder otorgado por la señora Elsa Inés Daza Gaona al abogado Néstor Eduardo Sierra Carrillo para iniciar reclamación administrativa (folio 17 del cp.).
* Copia simple de poder otorgado por Cristhian Ferney Daza Gaona al abogado Néstor Eduardo Sierra Carrillo para iniciar reclamación administrativa (folio 19 del cp.).
* Copia simple de oficio del Ministerio de Defensa sobre informe de novedad y material de guerra durante incursión (folio 21 del cp).
* Copia simple de respuesta a derecho de petición (folio 22 del cp).
* Copia simple de derecho de petición radicado en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (folio 23 al 31 del cp).
* Copia simple de respuesta a derecho de petición (folio 33 al 34 del cp).
* Copia simple de derecho de petición radicado en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (folio 35 al 40 del cp).
* Copia simple de oficio de información a petición (folio 41 del cp).
* Copia simple de respuesta a oficio No. S-2018-029580/SECSA-JEFAT-1.10 de fecha 13 de junio de 2018 (folio 42 del cp).
* Copia simple de oficio de requerimiento complementario por segunda vez a la respuesta a derecho de petición – solicitud “Junta Médico Laboral Post Mortem” (folio 43 del cp).
* Copia simple de notificación programación Junta Medica Laboral (folio 44 del cp).
* Copia simple de oficio a información a petición (folio 45 del cp).
* Copia simple de oficio informando cancelación de Junta Médico Laboral (folio 46 del cp).
* Copia simple de respuesta a petición (folio 48 del cp).
* Copia simple de oficio de notificación de acción de tutela (folio 49 del cp).
* Copia simple de constancia de tiempo de servicio militar (folio 50 del cp).
* Copia simple de registro civil de nacimiento y de defunción de Cristhian Ferney Daza Gaona (folio 51 al 52 del cp).
* Copia simple de acta de junta médica laboral post mortem a Cristhian Ferney Daza Gaona (folio 53 al 63 del cp).
* Copia simple de derecho de petición radicado el 17 de junio de 2019 (folio 64 al 65 del cp).
* Copia simple de solicitud de convocatoria Tribunal Medico Laboral (folio 66 al 82 del cp).
* Copia simple de oficio del 2 de septiembre de 2019 dirigido al abogado Néstor Eduardo Sierra Carrillo (folio 83 del cp).
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.

**5.2**  Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es de petición y debido proceso, toda vez que la entidad accionada no ha admitido ni tramitado el recurso de apelación interpuesto contra el Acta de Junta Medica Laboral No. 1566.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionante frente a las actuaciones por parte de la entidad accionada?**

* El artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La jurisprudencia constitucional ha expresado frente al debido proceso que:

“*Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.*

*La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.*

*Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.*

*… Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestran su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen”* [[1]](#footnote-1)

Revisado el expediente, encuentra el despacho que el accionante se encuentra inconforme con la decisión tomada en oficio del 2 de septiembre de 2019: *“(…) La solicitud no se encuentra firmada por el interesado, o en su defecto, sentencia judicial que acredite a la señora Elsa Inés Daza Gaona como representante legal del señor Daza Gaona Cristhian Ferney, por esta razón se le informa que el derecho a convocar ante Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía recae sobre el titular de las decisiones tomadas en el Acta de Junta Médico de la fuerza respectiva como primera instancia médico laboral, que para el caso refiere al señor Daza Gaona Cristhian Ferney (…)”*.

Vista la respuesta que considera el actor le está vulnerando sus derechos fundamentales, encuentra el despacho que efectivamente se trata de un acto administrativo[[2]](#footnote-2), pero está incompleto[[3]](#footnote-3): no aparece quien suscribe el mencionado oficio[[4]](#footnote-4), no se indica cuando fue notificado, ni los recursos que proceden contra ese acto, situación que en principio vulneraría los derechos que alega violados el actor.

Sin embargo, no se observa en el expediente constancia de que el accionante haya allegado documentos donde se evidencie trámite alguno ante las entidades demandadas en relación con los hechos materia de la presente acción, ni de que haya hecho uso de los recursos pertinentes en la oportunidad procesal correspondiente.

Además, los actos administrativos son susceptibles de otro mecanismo de defensa judicial como lo 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 y que se pueden solicitar las pruebas que sean necesarias para demostrar su dicho.

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 (…)*” (Subrayado fuera de texto).

La acción de tutela ha sido concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de derechos fundamentales, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previstos otros medios de defensa, o que existiendo tales, éstos resultan ineficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De allí su carácter subsidiario.

**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.**

Además, tampoco la tutela tendría cabida como mecanismo transitorio porque no está demostrado que el 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*.”[[5]](#footnote-5)

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales de petición y debido proceso, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** NIÉGASE la Acción de Tutela impetrada por NÉSTOR EDUARDO SIERRA CARILLO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito al accionante la presente providencia y al Director de Sanidad Seccional Huila – Teniente Coronel JENNY MARCELA CALVO BERNAL y al Director del Área de Medicina Laboral – Mayor Holguer Andrey Giraldo Labrador[[6]](#footnote-6) 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. Corte Constitucional, Sentencia T-521, septiembre 19 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero [↑](#footnote-ref-1)
2. **“el acto administrativo es una decisión en ejercicio de funciones administrativas que produce una situación jurídica”.** Tomado de https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/el-acto-administrativo-en-los-procesos-y-procedimiento.pdf [↑](#footnote-ref-2)
3. **“para que un acto administrativo sea válido debe ser expedido**

**por la autoridad competente y de acuerdo con las normas propias del procedimiento. Para que sea eficaz y tenga efectos jurídicos debe ser publicitado. Según**

**el tipo de acto administrativo será procedente la notificación, la comunicación o**

**la publicación”.** ibídem [↑](#footnote-ref-3)
4. Oficio del 2 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejero ponente: LIZARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Según lo manifestado por la directora de Sanidad de la Policía Nacional en contestación allegada el 21 de octubre de 2019. [↑](#footnote-ref-6)