



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Diez (10) de Diciembre de dos mil Veinte
(2020)

<p>RAD: 20001 31 03 002 2020 0014 00 Acción de tutela de primera instancia promovida por YOMER ALBERTO TROYA PALLARES contra MINISTERIO DEFENSAA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL. Derecho fundamental a la salud, petición y debido proceso.</p>
--

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver la lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por YOMER ALBERTO TROYA PALLARES contra MINISTERIO DEFENSAA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, el accionante en nombre propio manifiesta en síntesis lo siguiente:

Ingresó al ejército nacional como Soldado regular a prestar el servicio militar obligatorio en el Batallón de Artillería No. 02 la Popa en la ciudad de Valledupar, Cesar, el 14 de febrero de 2000, siguió su carrera militar, como Soldado profesional desde el año 2001, en el Batallón de Artillería No. 02 la Popa durante su pertenencia en el Ejército Nacional, sostuvo muchos enfrentamientos donde le tocó combatir, enfrentar todos los grupos al margen de la ley, como son guerrillas, grupos paramilitares, Bacrin, y grupos de delincuencia común, donde en muchas ocasiones fueron emboscados por esos grupos al margen de la ley.

Debido al trajín que le tocó vivir durante el tiempo que estuvo en el Ejército Nacional que fueron varios años, quedo sufriendo de los oídos de la columna, las rodillas, hombros y de estrés postraumáticos. El día que ingreso al Ejército Nacional le realizaron exámenes médicos y desde que ingresó al Ejército era porque para esa fecha estaba bien de salud y en excelente forma físicamente de lo contrario no le hubiesen incorporado al Ejército Nacional, y después de haberse retirado del ejército por parte de la sección del S1 (SECCIÓN DE PERSONAL) nunca le informaron que tenía derecho a que le realizaran un examen de evacuación.

Solicitó que le realizaran el examen de evacuación y así poder realizar la junta médica de retiro, solicitó que le autorizaran junta médica de retiro y le respondieron fue deberá anexar la (OAP) o acta de desacuartela, el cual fue enviado el 25 de enero de 2019, y hasta la fecha nunca le dieron una respuesta a su solicitud.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora considera que con los anteriores hechos se ha vulnerados los derechos fundamentales a la salud, petición y debido proceso.

PRETENSIONES:

El accionante solicita que se le tutelen los derechos constitucionales y se ordene al MINISTERIO DEFENSAA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL lo siguiente:

1. Se le activen los servicios médicos para poder realizar los exámenes médicos.
2. Se le realicen los exámenes de retiro del Ejército Nacional.
3. Se le realicen su Junta Médica de retiro del Ejército Nacional.
4. Se le ordene a la Dirección Militar le suministre los medicamentos para calmar sus dolencias los cuales está padeciendo hasta que se termine el proceso de Junta Médica.
5. Se ordene la práctica de los exámenes de Audiometría, Ortopedia y estrés postraumático.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

DOCUMENTALES:

1.- Copia del derecho de petición donde consta que se dirigió a la Dirección de Sanidad - copia de envío de documentación (OAP)

2.- Copia del Fallo de tutela donde el Juzgado Treinta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, le ordene a las partes accionadas realizarle la Junta médica de retiro a un soldado profesional retirado de fecha 25 de julio de 2020.

PARTE ACCIONADA:

1.- No aportaron.

TRÁMITE PROCESAL

Con proveído de 27 de noviembre de 2020, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado al MINISTERIO DEFENSAA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL, concediéndole el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

CONTESTACIÓN DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL:

Alega, que el señor Soldado Profesional @ YOMER ALBERTO TROYA PALLARES, fue retirado de la Fuerza con la Orden Administrativa de

Personal N° 1340, de fecha 30 de junio de 2019, De acuerdo a lo anterior, el interesado contaba con el termino de 2 meses a partir de la expedición del Acto Administrativo que produce la novedad de retiro para iniciar el trámite de allegar la Ficha Medica Unificada para la respectiva calificación, es de anotar que dicho tiempo trascurrió y no se evidencia que se realizó el trámite correspondiente para iniciar con la realización de la práctica de la Junta Medica Laboral de retiro en su momento.

Indica que el accionante en ningún momento radico la ficha medica de retiro en la entidad; lo que deja observar que el accionante en el lapso comprendido de once (11) años, no realizo gestión alguna para adelantar la calificación de las lesiones a las que haya dado lugar la prestación del servicio militar.

Aduce, que el accionante dejo pasar once (11) años sin tomar ninguna acción para definir su situación por sanidad, demostrando aquí su conducta poco diligente en orden a la protección de sus derechos, lo cual pretende subsanar ahora por vía de tutela lo cual debe considerarse inadmisibile.

Manifiesta, que el Decreto 1796 de 2000 otorga una garantía para que los interesados gestionen el proceso para la realización de la Junta médica, otorgándole un término de un año para la realización de todo el procedimiento y convocar la Junta Médica, es decir que al momento del retiro el actor contaba con dicho término, so pena de presentarse el fenómeno de la prescripción de acuerdo al Artículo 47, término que ya está vencido, por lo cual no es posible acceder a la petición del accionante de practicar exámenes médicos de retiro y convocar la Junta Médica Laboral de Retiro, debido a que la petición fue realizada de forma ampliamente extemporánea.

Arguye, que se encuentra en la obligación de llamar o conminar a los retirados del Ejército Nacional a realizar sus exámenes psicofísicos de retiro, este es un derecho que le encuentra plasmado en el Decreto 1796 de 2000, el cual es de conocimiento de los miembros, y por consiguiente no sirve de excusa la demora injustificada del actor en la realización de los tramites correspondiente, ya que el retirado debe estar atento a los términos y procesos legales a que tiene derecho.

En virtud de lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela.

CONTESTACIÓN DEL MINISTERIO DEFENSAA NACIONAL:

Estando debidamente notificado, guardo silencio.

CONTESTACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL:

Estando debidamente notificado, guardo silencio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta

acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

El accionante YOMER ALBERTO TROYA PALLARES, impetra acción de tutela, teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

La MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL, están legitimados como por parte pasiva, por ser la entidad que expidió el acto administrativo de retiro al hoy accionante.

INMEDIATEZ:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo no se cumple puesto que la Orden Administrativa de Personal N° 1340, de fecha 30 de junio de 2019, y la presente acción de tutela se impetró el 25 de noviembre del hogano, lo cual indica que han transcurrido un (01) años y cinco (05) meses, considerándose que dicho término es irrazonable y desproporcionado.

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿Si La acción de tutela procede cuando se avizora que el requisito de la inmediatez no se cumple, ni tampoco es de la subsidiaridad para atacar un acto administrativo?

Habida cuenta, **la sentencia SU-108 de 2018**, ha establecido lo siguiente:

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable”

“Respecto de la oportunidad en la presentación de la acción de tutela, esta Corporación ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la

protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad perseguida por la acción de tutela, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales”

Concluye, el máximo órgano de cierre, los presupuestos a tener en cuenta sobre la inmediatez, en el evento que **(i)** el accionante presente razones válidas para su tardanza en presentar la acción constitucional, **(ii)** que a pesar del paso del tiempo, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales continúe y sea actual o **(iii)** que la exigencia de la interposición de la acción en un término razonable resulte desproporcionada, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, la acción será procedente a pesar de la mencionada tardanza en la interposición del recurso de amparo.

LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO - SENTENCIA T-154 DE 2018:

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Esa disposición enfatiza que este mecanismo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Además, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 implementa otra excepción al carácter subsidiario de la acción de tutela, según la cual esta procede cuando la otra vía no sea eficaz, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el accionante.

Esta Corporación ha señalado que los jueces constitucionales deben evaluar las particularidades propias de cada caso concreto para determinar la idoneidad y eficacia del mecanismo judicial alternativo, más allá de la simple existencia del mismo y sin olvidar que con ello no puede suplantarse la competencia del juez ordinario.

Sobre el particular, ha sostenido que *"es necesario realizar un análisis sustancial, y no simplemente formal, al evaluar la existencia de mecanismos ordinarios para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado. En este sentido se ha insistido en que dicha evaluación no debe observar únicamente que el ordenamiento prevea la existencia de recursos o acciones para la solución por la vía jurídica de determinada situación, sino que en el contexto concreto dicha solución sea eficaz en la protección del derecho fundamental comprometido"*.

Puntualmente, sobre la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, la Corte ha manifestado que, en principio, es improcedente pues el ciudadano puede acudir a otras vías para controvertirlos.

Sin embargo, de manera excepcional, procede contra los actos de dicha naturaleza bajo los mismos supuestos generales previamente enunciados, eso es, como mecanismo transitorio, en los eventos en que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o como mecanismo definitivo, cuando la acción judicial ordinaria no sea idónea o eficaz para la protección de los bienes jurídicos en juego. Al respecto, este Tribunal ha concluido:

"Tratándose de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, ha dicho la Corte que procederá 'contra las actuaciones administrativas, cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'^[22]. En cuanto a su procedencia como mecanismo definitivo, ha sostenido que en determinados casos, las acciones ordinarias como la de nulidad y restablecimiento del derecho 'retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores (...) y carecen, por la forma en que están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante'".

Bajo ese entendido, la acción de tutela solo será procedente cuando la vulneración de las etapas y garantías es de tal magnitud, que tornan inefectivo el otro mecanismo de defensa judicial. En conclusión, el requisito de subsidiariedad que rige la acción de tutela tiene dos excepciones para su aplicación. Por un lado, cuando a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, se acude a ella de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable y, por el otro, cuando la vía ordinaria de defensa no es eficaz para la protección de los derechos que se reclama, caso en el cual la tutela se convierte en un instrumento definitivo de protección.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto -Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-383/18:

"El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial". Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

La Corte concluye **(i)** que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; **(ii)** que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y **(iii)** que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, en los casos en los que se compruebe que existe otro medio de defensa judicial, pero éste no resulta idóneo ni eficaz para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el juez constitucional debe verificar que el mismo sea: **(i)** inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; **(ii)** grave, esto es, que el haber jurídico de la persona se encuentre amenazado por un daño o menoscabo material o moral de gran intensidad; **(iii)** requiera medidas urgentes con el fin de lograr su supresión y conjurar el perjuicio irremediable; y **(iv)** demande la intervención del juez de tutela

de forma impostergable para garantizar el restablecimiento integral del orden social justo”.

En Sentencia T-1316 de 2001, la Corte concluyó que *“no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños (...)”*.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS- sentencia T - 076 de 2018.

La acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. Ello permite suponer que los funcionarios que sirven en las instituciones del Estado, al ser concedores de las normas, habrán de ser respetuosos en todo momento de aquellas. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presume²⁷, obligando a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que correspondería a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que allí se estudiaría la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias que se ha dispuesto para tal efecto²⁸

(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

Procedencia de la ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UN ACTO ADMINISTRATIVO - SENTENCIA T-260 de 2018.

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T - 030 de 2015: *“que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción*

de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable".

En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

Se observa entonces, que para que proceda el presente mecanismo constitucional en un caso como el que nos ocupa donde se alega la vulneración del debido proceso por una serie de actos administrativos expedidos a lo largo de un proceso liquidatorio, debe constatarse como requisito sine qua non, un perjuicio irremediable que desplaze la órbita de competencia del juez contencioso administrativo.

De igual forma, en la Sentencia T 030 - 2015, se ha manifestado lo siguiente:

"La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6° numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: **"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.** La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.". El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, **más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.**

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del

sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha explicado que tal concepto "está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho." En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

"la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados."

En jurisprudencia reiterada, este tribunal, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL TRÁMITE DE TUTELA - SENTENCIA T-040/18:

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese (i) la acción o la omisión que la motiva, (ii) el derecho que se considera violado o amenazado, (iii) el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y (iv) la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."

Ahora bien, en esta clase de procedimientos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo. Así, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez constitucional tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten la realidad procesal.

En consecuencia, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, "(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, YOMER ALBERTO TROYA PALLARES, acude al juez de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales constitucionales, a la salud, petición y debido proceso, los cuales estima vulnerados por el MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL, al no hacerle los exámenes de retiro como Soldado Profesional.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el señor YOMER ALBERTO TROYA PALLARES, fue soldado profesional en el Batallón de Artillería No. 02 la Popa de Valledupar, Cesar, y fue retirado mediante Orden Administrativa de Personal N° 1340, de fecha 30 de junio de 2019, por ende, el actor alega que no le practicaron los exámenes de retiro, por tal hecho, solicitó que se lo realizaran y le respondieron que debía de anexar el (OAP), el cual fue enviado el 25 de enero de 2019 y nunca le dieron respuesta a su solicitud.

En virtud de lo anterior, la parte actora pretende con el presente mecanismo se ordene la entidad accionada, se le activen los servicios médicos para poder realizar los exámenes médico, le realicen los exámenes de retiro del Ejército Nacional, le realicen su Junta Médica de retiro del Ejército Nacional y Se le ordene a la Dirección Militar le suministre los medicamentos para calmar sus dolencias los cuales está padeciendo hasta que se termine el proceso de Junta Médica.

Así mismo, la repuesta al problema jurídico planteado es de carácter negativo, puesto que la acción de tutela no cumple con el requisito formal de la inmediatez, teniendo en cuenta la fecha de la orden administrativa 30 de junio de 2019, y la presentación de la acción de tutela 26 de noviembre de 2020, han transcurrido un (01) año y cinco (05) meses, sin que se justifique los razones por las cuales no pudo acudir antes al presente mecanismo, en aras de buscar el amparo a los derechos fundamentales por razones que está presentado problemas de salud, además de ello, sin haber acreditado que haya sido diligente dentro de los dos (02) meses siguientes que establece el decreto 1796 de 2000.

Si en gracia de discusión, la acción de tutela pasara el examen de la inmediatez, tenemos que el art. 8 del decreto 1796 del 2000, establece "**EXÁMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado**"

De la misma, forma si hacemos alusión al art. 47 del citado decreto que establece sobre las prescripciones, establece Las prestaciones establecidas en el presente decreto prescriben: **a. Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años. b. Las demás prestaciones en el término de un (1) año.**

Así entonces de una y otra manera, el actor dejó vencer los términos sin su diligencia en solicitar los exámenes médicos de retiro y posteriormente la junta médica.

Aunado a las directrices legales, la orden administrativa de retiro es de fecha 30 de junio de 2020, lo cual indica que la fecha han pasado los dos (02) meses con creces, sin que se perciba alguna solicitud del actor, solicitando tal servicio, aclarando que en los hechos del libelo relaciona que solicitó pero no acreditó tal afirmación, ni tampoco adjuntó copia del derecho de petición enviado a Sanidad Militar con su constancia de envío y recibido.

Cabe aclarar, que el escrito que relaciona el actor, fechado 25 de enero de 2019, se avizora que envió unos documentos, sin que se perciba alguna pretensión concreta, además, no se encuentra acreditado que se haya dirigido dentro de los dos (02) meses, es deci, julio y agosto de 2019, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, solicitando lo que hoy pretende en sede de tutela.

Así las cosas, la norma es clara al indicar que el actor tenía dos (02) meses para solicitar los exámenes de retiro y su junta médica, pero hay no prueba sobre las razones por las cuales no haya actuado dentro de ese periodo de tiempo.

Por otra parte, muy independiente de ahondar en los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, como lo es la inmediatez, también es dable traer a colación los señalados en la sentencia T- 076 de 2018, que establece los requisitos que se deben cumplir para que proceda la acción de tutela contra un acto administrativo, los cuales son:

- (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al

alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; **(iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; **(v)** la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y **(vi)** que no se trate de una tutela contra tutela.

Ahora, en reiterada jurisprudencia se ha dicho que el juez de tutela no es el competente para discutir la legalidad de un acto administrativo, puesto que para ello, el ordenamiento jurídico ha instituido el mecanismo jurídico que le permite al acto defender sus derechos fundamentales, así como se estableció en Sentencia T-383 de 2018:

Por regla general, la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

"La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo." **Sentencia T-383/18.**

No está de más de resaltar, que la parte actora tenía la carga de acreditar la afectación de sus derechos referidos conforme lo indica la sentencia T - 2007, que establece:

"El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto *"Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación"*.

En ese orden de ideas, dentro del presente juicio constitucional no se haya acreditado el perjuicio irremediable, así como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, **no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.**

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En cuanto al aspecto de la subsidiariedad, la Corte Constitucional en la Sentencia T-480 de 2011, dijo:

*"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias - jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. **En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo"**. (Negrillas fuera de texto)*

Así las cosas, no se avizora que el actor haya agotado el trámite administrativo para buscar la proteger sus derechos en sede de tutela, por cuanto debió acreditar que actuó dentro de esos dos (02) meses para solicitar los exámenes de retiro, por ende, puede solicitarlo por cuenta propia a la Dirección así como lo establece la norma citada.

Con relación a las afectaciones a la salud, aparece activo en el régimen contributivo de la Nueva EPS, el cual es la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud de las patologías que lo aqueja.

Sin más elucubraciones, se procede a declarar improcedente la acción de tutela promovida por YOMER ALBERTO TROYA PALLARES contra MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela promovida por YOMER ALBERTO TROYA PALLARES contra MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL Y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.