

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020).

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Expediente	11001-33-35-013-2020-00083
Demandante	BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO
Demandado	MINISTERIO DE DEFENSA, COMANDO DE PERSONAL Y DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL

*Procede el Despacho a resolver la acción de tutela impetrada por la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, a través de apoderado, contra el **MINISTERIO DE DEFENSA, COMANDO DE PERSONAL Y DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.*

ANTECEDENTES

1. Solicitud.

*Mediante acción de tutela, la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, a través de apoderado, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, estabilidad laboral reforzada, igualdad, trabajo, salud, dignidad humana, seguridad social, remuneración mínima vital, debido proceso, protección especial de las personas en situación de disminución de sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, que estima vulnerados por el **MINISTERIO DE DEFENSA**, el **COMANDO DE PERSONAL** y el **DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, al haber sido retirada del Ejército por la causal de llamamiento a calificar servicios, sin tener en cuenta su estado de salud al momento de producirse su retiro, lo que a la postre implicó su desafiliación y la de sus hijos menores de edad de los servicios de salud que presta la Fuerza Pública, y la imposibilidad de conseguir un trabajo debido a sus condiciones de salud, aunado al hecho de que no se le ha practicado la Junta Médico Laboral correspondiente.*

En consecuencia, pretende se ordene a las accionadas la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 00100 del 15 de enero de 2017, a través de la cual se le retiró del servicio; su reintegro y reubicación laboral en un

cargo acorde con sus capacidades físicas y mentales; la reactivación y consecuente prestación del servicio médico asistencial tanto para ella como para su núcleo familiar y la realización de la Junta Médica Laboral por retiro.

2. Situación fáctica.

En síntesis, el apoderado de la accionante fundamenta la tutela en los siguientes hechos:

- Que la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO ingresó a la Escuela Militar de Suboficiales el 6 de abril de 1996; luego fue ascendida a los grados de Cabo Segundo el 22 de marzo de 1997; Cabo Primero el 22 de marzo del 2000; Sargento Segundo el 22 de marzo de 2004; Sargento Viceprimero el 23 de marzo del 2009 y Sargento Primero el 23 de marzo de 2014.

- Que fue condecorada en 2 oportunidades, recibió 71 felicitaciones y perteneció a 8 batallones.

- Que durante su trayectoria militar ha padecido problemas mentales, siendo valorada por psiquiatría y diagnosticada con trastorno mixto de ansiedad y depresión por presentar llanto, insomnio, desesperanza, irritabilidad y sentimiento de culpa. Asimismo, ha sido valorada por otorrinolaringología y ortopedia.

- Que el 3 de mayo de 2017 se radicó ficha médica en el Ejército Nacional, sin que a la fecha de presentación de la tutela se le hubiese practicado la Junta Médica de Retiro a la accionante.

- Que con Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017, la accionante fue retirada del servicio activo de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, pero "(...) se presume que su retiro se debe a las secuelas de las enfermedades que le han venido aquejando (...)".¹

- Que "en la actualidad" la accionante continua sin poder trabajar ya que en las empresas a las cuales se presenta es sometida a exámenes médicos evidenciándose las secuelas de su enfermedad.

- Que la accionante es madre de los menores Santiago Styven y Angie Valeria Hernández Rodríguez, quienes dependen económicamente de ella en cuanto a

¹ Hecho cuarto del libelo de la tutela, visible en la página 2.

vivienda, alimentación, vestuario, educación y salud, entre otras necesidades básicas.

- Que debido a su situación económica no ha podido afiliarse a ningún sistema de salud para continuar con sus terapias y tratamiento médico.

- Que las secuelas físicas que padece su representada, fueron adquiridas durante su permanencia en el Ejército Nacional.

3. Actuación Procesal.

3.1. Mediante auto del 20 de abril de 2020, este Despacho avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenando notificar a los presuntos funcionarios responsable de las entidades accionadas, esto es, **al MINISTRO DE DEFENSA, al COMANDANTE DE PERSONAL y al DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, con traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran el derecho de defensa. Como pruebas, se solicitó a todos los accionados información relativa sobre el presente asunto y al **Director de Sanidad del Ejército Nacional**, informara el estado actual de la ficha médica radicada el 3 de mayo de 2017 por la accionante, con indicación de los conceptos médicos ordenados y practicados.

Asimismo, se denegó la medida provisional deprecada por la accionante por no encontrarse los presupuestos para su decreto.

3.2 El director de Sanidad del Ejército Nacional, con oficio N°2020339000702951 MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1.5 del 23 de abril de 2020, enviado al correo electrónico del juzgado, dio contestación a la presente tutela en los siguientes términos:

Aduce que en relación con las pretensiones primera y segunda elevadas por la señora BEATRIZ ELENA RODRIGUEZ JURADO, esto es, la suspensión de los efectos de la Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017, así como su reintegro y reubicación laboral, no son de competencia de la Dirección de Sanidad, sino que corresponden a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, pues la misión de la primera es garantizar la prestación de servicios integrales de salud en las áreas de promoción, prevención, protección recuperación y rehabilitación del personal del Ejército y sus beneficiarios, mientras que la segunda tiene como funciones las de administración, gestión y manejo del talento humano.

Refiere que la Orden Administrativa de Personal N°00100 de fecha 25 de enero de 2017, mediante la cual se dispuso el retiro de la accionante por la causal “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”, es un acto administrativo proferido por el Comando de Personal de las Fuerzas militares de Colombia Ejército Nacional, que puede ser controvertido a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho del artículo “38” del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin que dentro del expediente exista prueba de que la actora acudió al mismo.

*Indica que desde mayo de 2017 la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO** cuenta con una asignación de retiro, que para abril de 2020 debe ser superior a \$2.500.000. Asimismo, que los menores de edad Santiago Styven y Angie Valeria Hernández Rodríguez son hijos de la accionante y el señor Salvador Orlando Hernández Isao, quien al igual que la señora RODRÍGUEZ JURADO posee la calidad de Sargento Primero ® del Ejército Nacional y devenga asignación de retiro, por lo que “(...) no comprende esta Dirección de Sanidad del Ejército Nacional como (sic) se manifiesta bajo la gravedad de juramento, no contar con recursos suficientes para su subsistencia y la de sus hijos menores de edad (...)”².*

*Señala que al revisar el Sistema Integrado de Salud de las Fuerzas Militares SALUD.SIS-, se pudo evidenciar que tanto la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, como sus hijos menores de edad se encuentran **activos** en servicios de salud por parte de las Fuerzas Militares. Empero, estos últimos están afiliados como beneficiarios de su padre Salvador Orlando Hernández Isao.*

Que al verificar las autorizaciones y servicios prestados a la accionante desde el año 2017, se evidenció que ha venido siendo tratada por todas las especialidades que ha requerido en distintos establecimientos de sanidad militar, redes externas y hasta en el Hospital Militar Central. Que esos tratamientos han consistido en exámenes diagnósticos, odontología, otorrinolaringología, audiología, medicina familiar, ginecología, laboratorios clínicos y fisioterapia endocrinología.

Menciona que “(...) la junta médica es un acto administrativo que determina la disminución de la capacidad laboral con fines indemnizatorios y de reconocimiento de pensión (...)”³, de allí que la norma otorgue al interesado un año para adelantar

² Párrafo 8º, página 4 de la contestación de la tutela.

³ Párrafo 4º, página 6 *ibidem*.

todo el procedimiento para su convocatoria, so pena de que opere la prescripción establecida en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000.

Que verificado el Sistema Integrado de Medicina Laboral –SIML- se constató que la accionante contaba con Ficha Médica Unificada de Retiro calificada el 14 de agosto de 2017, por las especialidades de otorrinolaringología, endocrinología, ortopedia, endoscopia, medicina interna, laboratorio de creatinina e “historia clínica”; conceptos que fueron entregados a la señora RODRIGUEZ JURADO desde el 18 de octubre de 2017 para su realización, sin que a la fecha haya culminado la totalidad de estos. Que por esa razón no puede predicarse vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, pues su negligencia o desinterés conllevó a que no continuara con el trámite dentro del tiempo establecido por el Decreto 1796 de 2000, y ahora pretende, pasados más de **tres (3) años y tres (3) meses** desde la fecha de su retiro, que con la presente acción de tutela se le protejan sus derechos fundamentales, perdiendo en esencia el principio de inmediatez que se requiere para este tipo de acciones.

Por último, solicitó (i) “rechazar” por **improcedente la acción** de tutela, (ii) **desvincular** a la Dirección de Sanidad del Ejército por falta de legitimidad en la causa por pasiva y (iii) **declarar** la existencia de **hecho superado por carencia actual de objeto**, ante la ausencia de vulneración del derecho a la salud.

3.3. El director del Comando de Personal del Ejército Nacional, con oficio N°2020313000729591 MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.5 del 28 de abril de 2020, enviado al correo electrónico del juzgado, contestó la tutela, así:

Indica que la accionante fue retirada mediante Resolución No. 000100 de fecha 25 de enero de 2017, por la causal de llamamiento a calificar servicio, gozando actualmente de asignación de retiro.

Que la decisión del llamamiento a calificar servicios, si bien conduce al cese de las funciones del Oficial o Suboficial en servicio activo, no constituye ni sanción, ni castigo, ni exclusión, sino que es una causal de retiro que se convierte en un valioso instrumento de la administración pública, para relevar jerárquicamente a los miembros de las Fuerzas Militares, como lo estipula el Decreto 1790 de 2000.

Señala que la presente acción de tutela se torna improcedente para solicitar la anulación de un acto administrativo y el reintegro, en primer lugar, porque existe

otro medio judicial de defensa, como lo es el de nulidad y restablecimiento del derecho, con el cual puede desvirtuar la legalidad del acto administrativo de retiro del servicio, pues la tutela es un mecanismo que consagró la Constitución para proteger los derechos fundamentales de las personas de lesiones o amenazas de vulneración por una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por un particular, es decir, que se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley.

En segundo lugar, porque la tutela tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia SU-250 de 1998 al señalar que "la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo"; posición que fue reiterada por esa misma Corporación en providencia T-756 de 1998.

Reitera que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público retirado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido.

Indica que "(...) para la Fuerza el perjuicio irremediable, se justificaría si el accionante hubiera iniciado el trámite Contencioso Administrativo y este en sus medidas previas no hubiera atendido la suspensión del acto administrativo supuestamente violatorio de sus derechos fundamentales. Y no acudir a este medio por haber caducado la oportunidad de la vía contencioso administrativa (...)”⁴.

Por último, refiere que según la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aplicación del principio de inmediatez que gobierna el trámite de la acción de tutela, el ejercicio de la misma deberá darse en un plazo razonable que permita la protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales "(...) a los que se refiere el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 (...)", lo que aduce, no sucede en el sub judice, pues la accionante acude al mecanismo tuitivo después de más de dos años de su retiro del servicio.

Finalmente, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela conforme a los argumentos expuestos.

⁴ Párrafo final, página 5 de la contestación de la demanda del Comando de Personal.

3.4. La entidad demandada **MINISTERIO DE DEFENSA**, pese a tener conocimiento de la presente acción, no hizo uso del derecho de defensa, ni allegó el informe solicitado por el Juzgado.

4. Pruebas.

Como pruebas relevantes obrantes en el expediente, se relacionan las siguientes:

4.1. Copia del extracto de la hoja de vida de la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**.

4.2. Copia de la Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017, por medio de la cual el comandante del Ejército Nacional retiró del servicio a varios uniformados entre los que se encontraba la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, por la causal de "llamamiento a calificar servicios".

4.3. Copia del escrito de fecha 3 de mayo de 2017 por medio del cual la accionante radicó ante la Dirección de Sanidad - Medicina Laboral la ficha médica unificada, a la cual anexó exámenes de laboratorio, fotocopia de la cédula de ciudadanía y fotocopia de la resolución de retiro.

4.4. Copia de las valoraciones por psiquiatría, otorrinolaringología, medicina interna y ortopedia, practicadas a la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO** los días 5 y 12 de junio, y 26 de septiembre de 2017, respectivamente.

4.5. Carnés de servicio de salud y tarjetas de identidad de los menores Santiago Styven y Angie Valeria Hernández Rodríguez.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho Judicial para conocer de la presente acción de tutela.

Como es sabido, la acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales

fundamentales de todas las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en la forma señalada por la ley.

No obstante lo anterior, la acción de tutela, conforme se ha reiterado, no es un mecanismo capaz de reemplazar las actuaciones rituales preestablecidas, como que tampoco las desplaza, sino que se trata, por el contrario, y en razón de su naturaleza misma, de una actuación residual, precisamente cuando quiera que los afectados estén desprovistos de cualquier otro medio de defensa judicial.

*2. Es del caso precisar que avocado el conocimiento de la presente acción por este despacho con auto del **20 de abril de 2020**, se ordenó notificar, entre otras autoridades, al **Ministro de Defensa**, con entrega de copias de la demanda y sus anexos, así como del proveído mediante el cual se dispuso su admisión para que ejerciera el derecho de defensa.*

*Este acto de notificación se realizó vía correo electrónico el día **21 de abril de 2020**, junto con el cual se envió el oficio número 357 de esa misma fecha, donde en cumplimiento del auto que avocó conocimiento de la presente acción, se le solicitó al mencionado funcionario rindiera informe sobre los hechos de la tutela de la referencia, para lo cual se le concedió un término de dos (2) días calendario contados a partir de la respectiva notificación, según lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, con la advertencia, que si de conformidad con el artículo 20 del Decreto en cita, el informe y los documentos no se aportaban en el término otorgado, los hechos de la acción se tendrían por ciertos y se resolvería de plano.*

*El citado término concedido, venció el **23 de abril de 2020**, sin que se hubiese recibido respuesta alguna por parte del **Ministro de Defensa**.*

Ante la actitud asumida por dicho funcionario no queda otra alternativa al Despacho que hacer uso de la “presunción de veracidad”, a la que alude el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, del siguiente tenor:

*“(…) **Presunción de veracidad.** Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa. (...)”*

*En ese orden de ideas, no habiéndose recibido del **Ministro de Defensa** el informe solicitado, dentro del plazo otorgado, lo procedente será tener por ciertos los hechos plasmados en el escrito de tutela, en cuanto a que la demandante fue*

retirada del Ejército Nacional por la causal de “llamamiento a calificar servicios”, por lo que corresponde entonces determinar la viabilidad de conceder o no el amparo de los derechos fundamentales invocados.

3. Problema Jurídico.

En el sub lite se presentan dos problemas jurídicos:

(i) Establecer si la acción de tutela es procedente o no para suspender los efectos de un o administrativo de retiro del servicio, para obtener el reintegro a las Fuerzas Militares.

(ii) Determinar si a la accionante, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, estabilidad laboral reforzada, igualdad, trabajo, salud, dignidad humana, seguridad social, remuneración mínima vital, debido proceso, protección especial de las personas en situación de disminución de sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, en razón de las presuntas omisiones relacionadas con los servicios de salud y de la Junta Médico Laboral.

3.1. De la improcedencia de la acción de tutela.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece cuáles son las causales de improcedencia de la tutela, de la siguiente manera:

“(...) La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto

(...)” – Negrillas fuera de texto -

Así, es claro que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que

implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho, es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias, en que por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto -de no ser por la acción de tutela- a una clara indefensión frente a los actos y omisiones de quien lesiona un derecho fundamental. De ahí que la tutela no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al actor.

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela, como regla general en relación con actos administrativos particulares y la excepción a esta, la Corte Constitucional, en sentencia T- 359 de 2006⁵, ha puntualizado:

“(…)

La acción de tutela contra actos administrativos: Improcedencia y excepción.

3- La acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales cuando estos han sido violados o se encuentran en amenaza, es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, del orden subsidiario y residual, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda. **Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte, que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso para defender sus intereses concretos, ninguno de estos mecanismos actúe de manera efectiva y eficiente.** Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite en un Estado Social de Derecho el cumplimiento de uno de sus fines, que es, el asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política.

Acorde con lo anterior, la misma disposición superior, en casos extraordinarios en los cuales la falta de amparo inmediato generaría un perjuicio irremediable al titular del derecho, admite la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie definitivamente al respecto. Así, mediante el mecanismo de protección de los derechos fundamentales se garantiza la salvaguarda de los mismos, mientras los demás asuntos litigiosos y derechos de carácter legal son debatidos en la jurisdicción ordinaria, la cual, como todo procedimiento, tiene los recursos y etapas que para cada caso enuncia la ley.

4- En lo relativo a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales **que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración, como regla general se tiene que no es esta acción la adecuada para controvertirlos, más bien, lo son las acciones pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, como excepción a esta regla la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**

(…) – Negrilla fuera de texto -

⁵ Corte Constitucional, Sala Primera de revisión. Sentencia del 11 de mayo de 2006, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, es indudable que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir decisiones contenidas en actos administrativos por cuanto en el ordenamiento jurídico existen otros mecanismos de defensa judicial para cuestionar la legalidad de estos. No obstante, la existencia de tales medios no implica, per se, la improcedencia de la acción de amparo⁶, pues se debe analizar en cada caso (i) si los mismos resultan idóneos y eficaces para proteger los derechos que se invocan como vulnerados, y (ii) pese a que son idóneos, de no concederse la tutela se generaría un perjuicio irremediable.

Ahora, en caso de que el titular deje fenecer la posibilidad de ejercer los mecanismos judiciales ordinarios, la acción de tutela también se torna improcedente, pues, según lo ha indicado la Corte Constitucional, "(...) si el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante"⁷.

3.2. De los derechos que se estiman vulnerados.

3.2.1. Derechos a la dignidad humana y vida en condiciones dignas.

El artículo 1° de la Constitución Política dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la cual como según lo ha manifestado la Corte Constitucional, tiene un triple núcleo esencial identificable, a saber, el derecho a escoger un plan de vida (vivir como quiera), el derecho a recibir por parte del Estado unas condiciones mínimas de existencia (vivir bien), y el derecho a recibir un trato acorde con su condición humana (vivir sin humillaciones).

En efecto, la dignidad humana además de ser uno de los ejes axiológicos del Estado Social de Derecho Colombiano, se erige como un mandato constitucional y

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-939 de 2012.

⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU – 961 del 1° de diciembre de 1999, Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

un deber positivo, según el cual todas las autoridades del Estado deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales, a fin de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002⁸, preciso:

“(…) Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

(…)

16. A partir de esta serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-881/02, Mp.Eduardo Montealegre Lynett.

Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”, principalmente el contenido en el artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,...fundada en el respeto de la dignidad humana...), y de manera secundaria los contenidos en los artículos 25 (Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas), 42 (la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables) y 51 (Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna).

17. Sin embargo, para la construcción de las normas en función del objeto de protección delimitado, la Corte no se ha valido únicamente de los enunciados normativos de los artículos 1, 25, 42 y 51 en los cuales las palabras “dignidad” y “dignas”, ya como sustantivo, ya como adjetivo, aparecen de manera literal; la Corte, por el contrario, ha recurrido a la delimitación de los referidos ámbitos de protección, a partir de múltiples enunciados normativos o disposiciones constitucionales. Ilustrativo es el caso de la contenida en el artículo 12 (Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles inhumanos o degradantes) de la cual la Corte, junto con el enunciado normativo del “respeto a la dignidad humana” ha extraído la norma consistente en el derecho fundamental a la integridad física y moral.

(...)”

De lo anterior, se colige que la protección del derecho a la vida no se centra únicamente en su connotación biológica, sino que se extiende a las condiciones de dignidad en que se debe desarrollar la existencia del ser humano. Se concibe como un derecho principalísimo, a partir del cual surgen y se amparan los otros derechos fundamentales, que comporta no solo la existencia física del ser humano sino la garantía de que ostente un mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, lo cual también viene entendido como mínimo vital de subsistencia.

3.2.2. Del derecho al mínimo vital.

El derecho al mínimo vital, si bien no se encuentra literalmente consignado en la lista de derechos que consagra la Constitución Política, lo cierto es que el mismo ingresó a nuestro ordenamiento jurídico por interpretación de la Corte Constitucional, que valiéndose de la denominada “cláusula de derecho innominados”, contenida en el artículo 94 Superior, la cual prescribe que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y los convenios

internacionales, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en la Constitución, le otorgó la connotación de derecho fundamental.

El mínimo vital ha sido definido por la Corte Constitucional como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.¹

La Corte Constitucional se ha referido al contenido del mínimo vital, como “(...) los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano (...)”²; definición que fue reiterada en sentencia de unificación, al conceptuar que “(...)constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional (...)”³.

*En cuanto al **derecho al mínimo vital de los pensionados**, la misma corporación en sentencia T-338 de 2001 enfatizó:*

“(...) la valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación discrecional, sino que depende de las situaciones concretas. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el salario mínimo ni con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer y para subsistir, sino con la apreciación material del valor del trabajo realizado antes de obtener la jubilación y de las necesidades y propósitos que la persona se plantea para él y su familia (T-439/2000); es decir que se trata de un aspecto cualitativo y no cuantitativo. La jurisprudencia ha considerado que son factores importantes, pero no exclusivos, para su análisis, la edad

del pensionado y **la dependencia económica de la mesada pensional, de parte del pensionado y su familia.**

(...)⁴ -Negrilla fuera de texto.

Dicho criterio ha sido reiterado en múltiples oportunidades por la máxima autoridad de asuntos Constitucionales, como puede observarse en la sentencia T-039 del 30 de enero de 2017⁵ donde se puntualizó:

“(...)

12. En conclusión, se pueden extraer las siguientes reglas constitucionales acerca del mínimo vital: (i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda; y (iii) **en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión**, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

(...)⁹ -Subrayas y negrilla fuera de texto.

3.2.3 Derecho a la igualdad.

El concepto de igualdad, desde los tiempos de la República Griega, ha estado asociado al de justicia. Así, por ejemplo, Aristóteles en su obra “Ética a Nicómaco”, luego de ligar, de manera amplia, la igualdad con la justicia y la desigualdad con la injusticia, propone una fórmula para determinar cuándo un trato desigual no es necesariamente injusto, la cual es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales⁹.

Más adelante, el concepto de igualdad se concretó, de manera inicial y formal, en las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, que profundamente influenciadas por las teorías del derecho natural racionalista, concibieron que todos

⁹ Esta se puede derivar de la siguiente expresión “(...) Pues de aquí nacen las bregas y contiendas, cuando los que son iguales no tienen iguales cosas, o cuando los que no lo son las tienen y gozan (...)”. Ética a Nicómaco. Aristóteles. Proyecto Espartaco (<http://www.proyectoespartaco.dm.ci>). Pág. 133.

los ciudadanos eran iguales ante la Ley. Este principio fue uno de los pilares de los Estados liberales venideros¹⁰.

En nuestro actual Estado Social de Derecho, vigente desde 1991, se ha estimado que la igualdad puede ser entendida desde tres dimensiones; (i) objetiva, que la define como un principio (igualdad ante la Ley)¹¹, (ii) subjetiva, que la concibe como derecho fundamental (igualdad en la Ley)¹², y, (iii) como valor, estableciendo los fines esenciales del Estado (preámbulo de la Constitución).

Asimismo, el principio de igualdad se concreta en cuatro niveles, a saber¹³: (a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas (b) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común, (c) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y, (d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

3.2.4. Derecho al trabajo.

El derecho fundamental al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, y desarrollado por el derecho internacional por la OIT a través de múltiples convenios, según lo ha indicado la Corte Constitucional, comporta un núcleo esencial, que al igual que los demás derechos fundamentales, no puede ser desconocido. Sin embargo, no todas las prerrogativas que de él se derivan pueden ser protegidas a través de la acción de tutela, pues este derecho se desarrolla en

10 **Declaración de independencia de los Estados Unidos de América, 1776.**

(...)

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad.(...)

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

Artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

(...)

Artículo 6º: La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.

11 Bernal Pulido, Carlos. El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Pág. 2

(...) se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares (...)

12 *Ibidem*. Pág. 2

(...) alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador.

13 *Ibidem*. Pág. 1.

un contexto demasiado amplio¹⁴; de allí que situaciones como la “facultad de ocupar determinados puestos o cargos públicos, de estar vinculada una persona a una entidad, empresa u organización definidas o de cumplir funciones en un lugar específico”¹⁵, no hagan parte de ese núcleo, y por ende, no pueden ser protegidas por este mecanismo.

En lo que respecta a la protección del núcleo fundamental de este derecho fundamental, la Corte Constitucional ha reseñado:

(...)

Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.

(...)

El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí.

Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.

(...)”.

3.2.5. Derecho a la salud

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, pese a que no está consagrado de manera expresa como derecho fundamental en la Constitución

¹⁴ “Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial.” (Sentencia T-047/95. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia, T-799 de 1998, Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Política, la salud tiene naturaleza iusfundamental autónoma que comporta una doble connotación, (i) de derecho constitucional, y, (ii) de servicio público.

En sentencia T-737 de 2013, en lo que respecta a dicha garantía, la Corte Constitucional precisó:

“(…)

Según el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación - derecho constitucional y servicio público-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

(…)

Se observa una clara concepción en la jurisprudencia de esta Corte acerca del carácter de derecho fundamental de la salud que envuelve un contenido prestacional. Partiendo de este presupuesto, le corresponde al Estado como principal tutor dotarse de los instrumentos necesarios para garantizar a los ciudadanos la prestación de la salud en condiciones que lleven consigo la dignidad humana, por lo que ante el abandono del Estado, de las instituciones administrativa y políticas y siendo latente la amenaza de transgresión, el juez de tutela debe hacer efectiva su protección mediante este mecanismo, sin excepción.

(…)

El derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional.

(…)”

En concordancia con lo anterior, el derecho a la salud, establecido en el artículo 49 de la Constitución Política, fue desarrollado legislativamente como un derecho fundamental a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en cuyo artículo 2º dispone:

“(…)”

Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará

políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado

(...)"

3.2.6. Derecho a la seguridad social.

Respecto del derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, debe decirse que si bien se encuentra enlistado dentro de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), los cuales son naturaleza prestacional, y su exigibilidad no puede ser inmediata a través de la acción de tutela, sino que su aplicación es progresiva por parte del Estado, lo cierto es que la Corte Constitucional ha reconocido su raigambre iusfundamental, pues es irrenunciable y el Estado debe garantizarlo a todos los habitantes.

La Corte Constitucional en desarrollo del derecho fundamental a la seguridad social, en sentencia del 1° de febrero de 2012¹⁶, señaló:

"(...)

El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos (...)"

3.2.7. Derecho al debido proceso.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-032 -12 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política¹⁷, los derechos al debido proceso y a la defensa, deben observarse tanto en los procedimientos de tipo administrativo como en los de naturaleza judicial.

Respecto al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional en sentencia C-939 de 2003¹⁸, señaló:

“(...)

En efecto, la Carta Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el contenido esencial de este derecho fundamental. En tal sentido se ha entendido que éste parte del principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc. Al respecto, recientemente esta Corporación en sentencia C-641 de 2002, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil consideró lo siguiente:

“De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Por otra parte, el derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental, la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P). Con este propósito, la Corte ha determinado que, en esencia, “el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”.

17 **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

18 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 15 de octubre de 2003, Mp. Clara Inés Vargas Hernández.

Por consiguiente, el debido proceso exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley. (...) – subrayado fuera de texto -

Adicionalmente, según lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, el núcleo esencial del derecho al debido proceso está constituido por las siguientes garantías: i) la necesidad que la actuación administrativa se surta sin dilaciones injustificadas, ii) de conformidad con el procedimiento previamente definido en las normas, iii) ante la autoridad competente; iv) con pleno respeto de las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico; v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; vi) de garantía efectiva de los derechos a ser oídos, a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en la actuación administrativa, a impugnar las decisiones que contra ellos se profieran, a presentar y a controvertir las pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

Por consiguiente, se concluye que cuando dichas pautas fundamentales son inobservadas se está frente a un ejercicio arbitrario del poder que traduce en afectación al contenido esencial de la garantía al debido proceso administrativo, pues con ello se desconocen los parámetros impuestos por el ordenamiento constitucional.

3.2.8. De la protección a las personas discapacitadas en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos y su aplicación práctica en el Colombia.

En el marco la Organización de Estados Americanos (OEA), se adoptó el 6 de julio de 1999, en la ciudad de Guatemala, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en cuyo artículo 1º, numeral 1, se definió discapacidad como “deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (...)”. Igualmente, el numeral 2º ídem determinó cuándo existía discriminación en razón de la discapacidad, y cuándo no, así:

“(…)

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación. (...)"

Dicha Convención fue signada por Colombia el 6 de agosto de 1999, y aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley 762 de 2002, que entró en vigencia el 5 de agosto 2002¹⁹.

Para efectos de aplicación de las convenciones de derechos humanos, suscritas y ratificadas por los Estados que hubiesen ratificado el Pacto de San José y aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicha Corporación desarrolló la tesis del control difuso de convencionalidad, la cual se estableció por primera vez, de forma expresa²⁰, en el caso Almonacid Arellano contra Chile del 26 de septiembre de 2006²¹, donde indicó lo siguiente:

(...)

*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos***

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial N° 44889 de esa misma fecha.

²⁰ Mediante salvamentos de voto, el juez Sergio García había dejado plasmada la idea, sin denominarla aún "control de convencionalidad"

²¹ Los hechos puestos en consideración en este caso, se desarrollaron durante la dictadura militar Chilena de Augusto Pinochet que inició en 1973 y culminó en 1990; allí, los familiares de Luis Alfredo Arellano demandaron al Estado Chileno por promulgar un decreto que indultó a varios militares, y por eso no se investigó como debía la desaparición forzada del señor Arellano.

concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (...)”²² – Negrillas y subrayas fuera de texto -

Esta tesis se sustenta, principalmente, en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales establecen, en su orden, la obligación de los Estados de cumplir de buena fe los tratados (pacta sunt servanda)²³, y la prohibición a dichos Estados, de invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de los mismos; asimismo, en ella se denota una clara influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que en casos como “Zielinski et Pradal et González et autres” y “Open Door y Dubin Well Woman”²⁴, fijó un paradigma sustancial de convencionalidad a partir de un derecho común prevalente

A partir de ese momento, la Corte Interamericana siguió aplicando el concepto de control de convencionalidad en varias sentencias²⁵, al punto que determinó con claridad que el mismo poseía las siguientes características²⁶:

- (i) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas de la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.*
- (ii) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.*
- (iii) Para efectos de determinar la compatibilidad de la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte*
- (iv) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública.*
- (v) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.*

Pese a que la Corte IDH ha sido enfática en señalar que el control de convencionalidad difuso debe efectuarse de oficio por todos los Estados parte, a

²² http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, página 53.

²³ SORENSEN, M., Manual de derecho internacional público. “Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor; ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima pacta sunt servanda, lo que quiere decir, literalmente, “los tratados deben cumplirse”

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, J., Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la actividad de la administración de justicia.

²⁵ Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 24 de noviembre de 2004; caso Boyce y otros vs. Barbados, 20 de noviembre de 2007; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 12 de agosto de 2008; caso Fernández Ortega y otros vs. México, entre otros.

²⁶ Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, página 6.

través de sus diferentes autoridades, lo cierto es que no impone un modelo determinado para su ejercicio, tal como lo dejó claro en la sentencia proferida el 30 de enero de 2014, dentro del caso *Liakit Ali Alibux vs. Suriname*, en donde precisó:

*“(…)si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la **Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad**. En este sentido, la Corte recuerda **que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles**. (…)²⁷”* – Negrillas fuera de texto -

No obstante lo anterior, si bien es cierto que existe una relativa libertad en cuanto los mecanismos implementados por los Estados para ejercer el control de convencionalidad difuso, también lo es que este control difuso debe respetar por lo menos tres principios a saber:

1. *Principio de interpretación conforme, el cual busca una armonización entre el derecho interno de cada estado y el derecho internacional.*
2. *Principio Pro Persona, tendiente a imponer al Juez la responsabilidad de revisar cuidadosamente el bloque de constitucionalidad, para verificar cuál norma interna o externa puede resultar más favorecedora con relación al derecho que se pretende proteger.*
3. *Principio de Progresividad, que se debe atender con el fin de evitar que el goce y ejercicio de cualquier derecho implícito en la legislación interna o en cualquier convención en que sea parte el Estado, sea limitado por disposición alguna de la convención.*

En este sentido, teniendo en cuenta que no existe un arquetipo necesario para realizar el control difuso de convencionalidad, lo Estados pueden definir, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos, cómo efectúan el mismo, respetando, eso sí, los principios reseñado. Así, en Colombia, el control difuso de convencional se realiza mediante un análisis de cada caso a la luz de lo que la Corte Constitucional ha denominado “bloque de constitucionalidad”²⁸, el cual se sustenta varios artículos de la Constitución, entre ellos el 53, que establece que los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna; el 93, con

²⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

²⁸ Utilizado por primera vez por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995.

dos incisos destacables, el primero atinente a que las normas internacionales derechos humanos prevalecen en el orden interno bajo cualquier circunstancia, y el segundo, que precisa que los derechos y deberes de la Constitución se interpretarán conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia; el 94, que prescribe que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y los convenios internacionales, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en la Constitución (cláusula de derechos innominados); y el 214, que consagra que en los estados de excepción no se suspenderán los derechos humanos ni las libertades fundamentales y se respetaran las reglas de DIH.

De acuerdo con la doctrina constitucional²⁹, el bloque de constitucionalidad posee dos concepciones, una estricta y otra difusa. La concepción estricta es la que representa el control difuso de convencionalidad y consagra que se deben tener en cuenta como parámetro de control de las normas de derecho interno, el Preámbulo y los artículos de la Constitución, los tratados limítrofes, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que no se pueden suspender ni siquiera en estados de excepción, y la doctrina elaborada por los Tribunales Internacionales. Por su parte, la concepción difusa comprende “Los demás tratados y convenios públicos de derechos humanos ratificados por Colombia”³⁰, la doctrina de los órganos de control como la Comisión IDH y algunas leyes estatutarias y orgánicas.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se concluye que todos los jueces de los Estados que han suscrito el Pacto de San José, deben realizar un control de convencionalidad difuso, confrontando los tratados internacionales de derechos humanos suscritos con la situación del caso concreto, para así garantizar el efecto útil de aquellos. En Colombia, dicho control se realiza a través del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, el cual incluye dentro de los criterios de comparación, los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia que no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de excepción (dentro de ellos la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad), y la doctrina sentada por los Tribunales Internacionales, como lo es la Corte IDH.

29 UPRIMNY, R., Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, citado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, en su artículo sobre “El control de convencionalidad y el sistema Colombiano”, páginas 177 y 178. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, julio-diciembre de 2009.

30 *Ibidem*.

4. Caso concreto.

Procede el despacho a resolver los dos problemas jurídicos planteados en precedencia (supra, numeral 3), en el orden allí establecido.

4.1. De la procedencia o no de la presente acción de tutela contra el acto administrativo que retiró del servicio a la demandante.

En la pretensión primera del libelo de la tutela el apoderado de la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 00100 del 25 de enero de 2017, por medio de la cual se retiró del servicio a la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO, por la causal de “llamamiento a calificar servicios”. En virtud de ello, en la segunda petición que se ordene el reintegro y reubicación de la accionante al Ejército Nacional.

Pues bien, de acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente se tiene que mediante Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017 el comandante del Ejército Nacional retiró del servicio a varios uniformados por la causal de “llamamiento a calificar servicios”, entre ellos, a la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO.

Como se puede apreciar, en efecto, la señora RODRÍGUEZ JURADO, en principio, contaba con otro mecanismo de defensa para buscar su reintegro y reubicación en la Fuerza Pública, pues podía demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la aludida Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017, pues se trata de un acto administrativo particular y concreto cuya anulación se puede solicitar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora, como se indicó ut supra, la mera existencia de mecanismos ordinarios, por sí misma, no torna improcedente la acción de tutela. Por tal razón, el Despacho analizará si en el presente caso se reúnen los presupuestos que tornen procedente la tutela de manera excepcional.

(i) De la idoneidad y oportunidad de los medios ordinarios existente.

De acuerdo a lo reseñado en precedencia, resulta claro que la accionante tenía a su alcance otro medio de defensa judicial, diferente a la acción de tutela, para

lograr la satisfacción de las pretensiones que aquí eleva relativas a su reintegro y reubicación, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual constituye una vía adecuada, efectiva y eficiente para obtener el amparo de los derechos que considera vulnerados, pues dentro de esa actuación podía allegar y solicitar las pruebas que considerara necesarias para demostrar su dicho, fundar el concepto de violación y solicitar las medidas cautelares que se estimase pertinentes. Medidas que con la entrada en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, pueden ser solicitadas de urgencia con la misma presentación de la demanda, y de ser el caso, se pueden conceder antes de agotarse el requisito de procedibilidad³¹ y sin ni siquiera haberse notificado a la contraparte³², garantizándose que mientras se resuelva la controversia, los derechos fundamentales de los asociados se encuentren plenamente protegidos.

Cabe resaltar que la vía judicial era el espacio legal idóneo para llevar a cabo un debate probatorio adecuado y así determinar si a la señora RODRÍGUEZ JURADO le asiste o no el derecho reclamado, contando el juez natural tanto con las pruebas que sustentan los dichos de las partes, como con los antecedentes administrativos para proferir una decisión ajustada a derecho. Situación contraria a la que se presenta en este mecanismo residual y sumario, donde resulta insuficiente, por el trámite perentorio del mismo, contar con un debate probatorio exhaustivo, que permita establecer la verdadera situación fáctica y jurídica del caso bajo estudio.

Ahora, si la accionante dejó caducar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que tenía a su alcance para solicitar la anulación del referido acto administrativo, como parece suceder teniendo en cuenta la fecha en que se emitió dicho acto (25 de enero de 2017), la presente tutela, de entrada, se tornaría improcedente, pues como se indicó en el numeral 3.1 de la parte considerativa de este fallo, esta acción no está institucionalizada para revivir términos de caducidad, cuando por incuria o negligencia de sus titulares se han dejado fenecer, ya que se trata de un mecanismo constitucional extraordinario, subsidiario y residual, mas no alternativo ni paralelo a los mecanismos legales de

³¹ Parágrafo primero, artículo 590 de la Ley 1564 de 2012 "(...) En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad (...)"

³² Artículo 234, Ley 1437 de 2011. "(...) Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta. (...)"

defensa judicial que puedan escogerse al arbitrio del accionante según sus intereses personales.

En síntesis, la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual resultaba idóneo y eficaz para lograr la protección de sus derechos fundamentales y, podía ejercer dentro de los términos de la Ley 1437 de 2011. Esta idoneidad y eficacia del medio de control no se afecta por el hecho de que el titular del derecho de acción hubiese dejado fenecer el tiempo que tenía para incoar la pretensión respectiva, por su propia desidia.

(ii) De la hipotética existencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela de manera excepcional.

Ha de recordarse que el perjuicio irremediable ocurre cuando existe “la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía”³³.

La Corte Constitucional³⁴ ha establecido que la existencia de un perjuicio irremediable se debe analizar desde la óptica de cuatro elementos, relacionados directamente con la medida a adoptar. Estos elementos son (i) la urgencia³⁵, (ii) la inminencia³⁶, (iii) la gravedad³⁷ y la (iv) impostergabilidad³⁸.

Pues bien, el Despacho no evidencia que en el sub lite se presenten ninguno de los elementos previamente descritos, pues si bien se enuncian como transgredidos varios derechos fundamentales, lo cierto es que de los hechos alegados en libelo de la demanda, ni de las pruebas allegadas al plenario, se puede inferir un daño que está por suceder (urgencia), el cual sea necesario conjurar para garantizar tales derechos (inminencia), o que posea una gran magnitud (gravedad), cuya protección se torne imperativa a través de la acción de tutela (impostergabilidad), máxime cuando la accionante, actualmente, devenga una

³³ Sentencia T-545 de 1998, de la Corte Constitucional.

³⁴ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

³⁵ *Ibidem*. “(...) se presenta cuando existe una situación “que amenaza o está por suceder prontamente”, y se caracteriza porque el daño se puede desarrollar en un corto plazo, lo que impone la necesidad de tomar medidas rápidas y eficaces con el propósito de evitar la afectación de los derechos fundamentales de quien solicita la protección (...)”

³⁶ *Ibidem*. “(...) se identifica cuando en el caso se evidencia la necesidad apremiante de algo que resulta indispensable y sin lo cual se ven amenazadas prerrogativas constitucionales, lo que lleva a que se ejecute una orden pronto para evitar el daño. (...)”

³⁷ *Ibidem*. “(...) se identifica cuando la afectación o la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario es enorme y le ocasiona un detrimento en proporción similar y se reconoce por la importancia que el ordenamiento legal le concede a ciertos bienes jurídicos bajo su protección. (...)”

³⁸ *Ibidem*. “(...) se determina dependiendo de la urgencia y de la gravedad de las circunstancias del caso concreto, criterios que llevan a que el amparo sea oportuno, pues si se posterga, existe el riesgo de que sea ineficaz (...)”

asignación mensual de retiro y se encuentra afiliada a los servicios de salud que presta la Fuerza Pública, tal como lo señaló la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al momento de contestar la tutela.

La Corte Constitucional³⁹ ha sido reiterativa al indicar que no es viable invocar que se causa un perjuicio irremediable, cuando no se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios de protección. Sobre este punto la citada corporación señaló:

“(...) es pertinente señalar que no es dable invocar un perjuicio irremediable por quien teniendo a su disposición mecanismos ordinarios de protección no los utiliza o que pudiendo evitarlo los deja caducar, como claramente lo señaló esta Corporación en la Sentencia SU-111 de 1997. En esa ocasión dijo la Corte:

“Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.

(...)”

En tales condiciones, se puede concluir que en el presente caso no existe un perjuicio irremediable que haga viable la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Por lo tanto, el amparo constitucional invocado para efectos suspender el acto administrativo que retiró del servicio a la actora, y disponer su reintegro y reubicación, además de resultar improcedente de manera definitiva, tampoco procede como mecanismo transitorio. Lo primero por cuanto la actora contaba con otro mecanismo de defensa judicial idóneo, eficaz y eficiente, al cual podía acudir para la reclamación de dichas pretensiones, sin que lo hubiese ejercido oportunamente y, lo segundo, porque no es dable al juez de tutela configurar un perjuicio irremediable que no existe.

*Aunado a lo anterior, el despacho encuentra que respecto a la procedencia excepcional de la tutela **tampoco se acredita el requisito de inmediatez**, entendido como un plazo razonable entre el hecho que vulnera o amenaza los derechos fundamentales y la interposición de la tutela⁴⁰, tal como lo indicó el Comando de Personal de Ejército en el curso de esta acción, pues aunque el acto administrativo que retiró del servicio a la demandante data del 25 de enero de 2017,*

³⁹ Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sentencia T-246 del 30 de abril de 2015, Mp. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

la acción de tutela se presentó tan solo hasta el 20 de abril de 2020, es decir, casi tres años y tres meses desde que se emitió dicho acto, sin que por otro lado se demostrara la existencia de una razón justificada para esa demora.

En suma, en el caso bajo estudio, por las razones expuestas en esta providencia se torna obligatorio declarar la improcedencia de la presente acción de tutela incoada por la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO, respecto a las pretensiones orientadas a obtener la suspensión de los efectos de la Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017 que ordenó su retiro de servicio, y el reintegro y/o reubicación en el Ejército Nacional.

4.2. De la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, con ocasión de supuestas omisiones relacionadas con los servicios de salud y de la Junta Médico Laboral.

Para resolver el problema jurídico del epígrafe es importante recordar que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fue estructurado por el Decreto 1795 de 2000, el cual establece la obligación de afiliar en dicho sistema a (i) los uniformados en servicio activo, (ii) **los uniformados en goce de asignación de retiro o pensión**, (iii) los soldados voluntarios, (iv) los beneficiarios de pensión por muerte de un soldado profesional activo o pensionado, (v) los beneficiarios de pensión por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, (vi) los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil servicio activo, pensionado o retirado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, y, (vii) los afiliados no sometidos al régimen de cotización, como lo son los conscriptos.

De lo anterior surge evidente que la Fuerza Pública tiene la obligación de mantener afiliado al servicio de salud a dos tipos de beneficiarios. En primer lugar, se encuentran los que están en servicio activo, como soldados profesionales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes, Suboficiales, Oficiales, conscriptos, personal civil, entre otros. En segundo lugar, **se hallan las personas beneficiarias de asignación de retiro o pensión**, y eventualmente, sus beneficiarios. Por consiguiente, las personas que se retiran de la Fuerza sin derecho a percibir asignación de retiro o pensión, no tienen el derecho a continuar recibiendo los servicios de sanidad por parte de esta.

Por otro lado, también resulta pertinente traer a colación lo preceptuado por el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, según el cual la Junta Médico Laboral se practicará en cinco eventos: “(i) Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral. (ii) Cuando exista un informe administrativo por lesiones. (iii) Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total. (iv) Cuando existan patologías que así lo ameriten. (v) Por solicitud del afectado”.

*Asimismo, frente a la causal de retiro de “**llamamiento a calificar servicios**”, es necesario mencionar que las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares actualmente se encuentran contenidas en el Decreto-Ley 1790 de 2000, donde se define el retiro como la situación “en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad”⁸. El retiro de los Oficiales Generales y de Insignia, Coronel o Capitán de Navío, se llevará a cabo por decreto del Gobierno Nacional, y el de los demás Oficiales y **Suboficiales**, por resolución ministerial.*

Asimismo, el artículo 5º de la Ley 1792 de 2016⁹ estableció como causal de retiro temporal, con pase a la reserva, el llamamiento a calificar servicios, el cual es definido por el artículo 103 del mencionado Decreto 1790 de 2000¹⁰, así:

“(…)

Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.

(…)”

De la anterior se puede colegir que los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares, pueden ser retirados por causales diferentes a las establecidas en el artículo 125 de la Constitución Política para los demás servidores públicos, dentro de las cuales se encuentra la de “llamamiento a calificar servicios”, cuyo requisito legal para hacerla efectiva es el cumplimiento de las condiciones para acceder a la asignación de retiro, y, en caso de Oficiales, además contar el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, salvo que se trate de Oficiales Generales y de Insignia, Coronel o Capitán de Navío.

Descendiendo al caso de marras, está demostrado que la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO se vinculó al Ejército Nacional como alumno suboficial el 6 de abril de 1996, luego de lo cual su trayectoria militar se desarrolló así:

GRADO	FECHA DE ASCENSO
Cabo segundo	22-3-97
Cabo primero	22-3-00
Sargento segundo	22-3-04
Sargento viceprimero	23-3-09
Sargento primero	23-3-14

También está probado que después de 20 años, 7 meses y 23 días⁴¹ de servicio en el Ejército Nacional, el comandante de esa institución castrense, a través de la Resolución N°00100 del 25 de enero de 2017, la retiró del servicio por la causal de “llamamiento a calificar servicios”.

Igualmente, se acreditó que a la señora RODRÍGUEZ JURADO le fueron practicadas por Sanidad Militar las valoraciones por psiquiatría, otorrinolaringología, medicina interna y ortopedia, los días 5 y 12 de junio, y 26 de septiembre de 2017, respectivamente.

De otra parte, según lo informó la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al momento de contestar la tutela, la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO cuenta con una asignación de retiro reconocida desde el mes de mayo de 2017 y está activa en los servicios de salud que presta esa entidad. Asimismo, que al momento de su retiro le fueron prescritos los conceptos médicos por las especialidades “(...) otorrinolaringología, endocrinología, ortopedia, endoscopia, medicina interna, laboratorio de creatinina e historia clínica (...)”; sin embargo, no se ha practicado la totalidad de esos exámenes, según consta en los archivos del Sistema Integrado de Medicina Laboral.

Además, indica la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que los menores de edad Santiago Styven y Angie Valeria Hernández Rodríguez, hijos de la accionante, se encuentran afiliados al sistema de salud que presta esa dirección como beneficiarios de su padre Salvador Orlando Hernández Isao, quien al igual

⁴¹ Según consta en el extracto de la hoja de vida allegado por la parte accionante al momento de presentar la tutela.

que la señora RODRÍGUEZ JURADO, es militar retirado en goce de asignación de retiro.

De acuerdo con lo reseñado en precedencia, se puede colegir sin ninguna duda que las entidades accionadas no han transgredido ningún derecho fundamental de la accionante, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, a guisa de comentario, se debe recordar que la causal de retiro denominada “llamamiento a calificar servicio” es un mecanismo de renovación de la línea jerárquica institucional y una herramienta de relevo natural del esquema piramidal de mando en las Fuerzas Militares, que no puede equipararse a una sanción disciplinaria⁴², y para su ejercicio se requiera que el uniformado cuente con el requisito temporal para acceder a la asignación de retiro y, en caso de Oficiales, contar con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, salvo que se trate de Oficiales Generales y de Insignia, Coronel o Capitán de Navío, tal como se esbozó en precedencia. De allí que no sea recibo lo aducido por el apoderado de la accionante en el hecho 4º de la tutela, respecto a que “se presume” que el retiro de la señora RODRÍGUEZ JURADO “(...) se debe a las secuelas de las enfermedades que la han venido aquejando (...)”.

(ii) En segundo lugar, tampoco es cierto lo aseverado en el hecho 5º de la tutela, relativo a que la accionante no ha podido procurarse ningún ingreso económico debido a su situación de salud y que el Ejército Nacional no le ha brindado ningún tratamiento médico, pues, por una parte, la señora RODRÍGUEZ JURADO cuenta en la actualidad con una asignación de retiro, y por otra, al tener esa condición de retirada con derecho a asignación de retiro, es beneficiaria de los

⁴² La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicios”, construida teniendo como punto arquímico la sentencia SU-217 de 2016, se puede resumir así:

“(...) la primera sentencia que tocó el tema fue la C-072/96, en la cual no se estableció de manera expresa la necesidad de motivar los actos expedidos en ejercicio de esta facultad discrecional; sin embargo, se indicó que las razones para su ejercicio estaban relacionadas con el deficiente desempeño del uniformado. Luego, la sentencia T-297/09 trató, por primera vez, el retiro del servicio de miembro de la Policía Nacional retirado por llamamiento a calificar servicio; allí la Corte hizo extensiva a este caso la subregla contenida en las sentencias C-525/95 y C-179/06, relacionada con la necesidad de motivar, así fuera de manera mínima, los actos administrativos expedidos en ejercicio de esta facultad discrecional.

Este precedente fue reiterado por las sentencias T-824/09 y T-723/10, y posteriormente consolidado por la sentencia T-265/13, en donde, luego de diferenciar las causales de retiro por llamamiento a calificar servicios y por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, se estableció que así el retiro obedeciese al llamamiento a calificar, el mismo debía contener un mínimo de motivación, para garantizar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los afectados. Por último, a través de las sentencias SU-091 y 217 de 2016⁴², la Corte modificó la línea jurisprudencial respecto a este tema, argumentando que la motivación de dichos actos era “extra textual”, es decir, que se encontraba en la norma; por ende, para su ejercicio solo se requería que el uniformado cumpliera con un tiempo para acceder a la asignación de retiro y existiera concepto previo de la Junta Asesora, siempre que este último fuera necesario según la ley. Esa es la subregla actual para este escenario constitucional.

(...)” Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, sentencia del 8 de marzo de 2019, rad. 11001333501320170004900, demandante: Roger Castro Ascanio, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

servicios de salud que presta la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, tal como lo informó esa misma entidad.

De hecho, la continuidad en los servicios de salud en favor de la accionante se reafirma con la relación de citas médicas arrojadas por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al contestar la tutela. Estas citas se resumen así:

Nº de orden	Fecha y hora	Institución	Tipo de consulta y/o examen	especialidad
SSERV-2020-03-342325	6-3-20, 7:05	Hospital Militar Central	Otros exámenes de apoyo diagnóstico	Neurocondición por cada extremidad
SSERV-2020-03-342325	6-3-20, 7:05	Hospital Militar Central	Otros exámenes de apoyo diagnóstico	Electromiografía en cada extremidad
SSERV-2019-11-1812205	28-11-19, 15:14	Batallón de Artillería Nº 8 San Mateo	Odontología general	Obturación dental con resina en fotocurado
SSERV-2019-10-1524056	8-10-19, 9:32	Dispensario Médico Gilberto Echeverry Mejía	Audiología	Audiometría en tonos puros aéreos y oídos con enmascaramiento
SSERV-2019-10-1524056	8-10-19, 9:32	Dispensario Médico Gilberto Echeverry Mejía	Otorrinolaringología	Consulta de control o seguimiento por especialista en otorrinolaringología
SSERV-2019-09-1376662	13-9-19, 8:50	Batallón de ASPC Nº 13 "Cacique Tisquezuza"	Laboratorio clínico	Transaminasa glutámico oxalacetina
SSERV-2019-09-1373753	12-9-19, 15:19	Batallón de transportes "Batalla de Tarapacá"	Medicina familiar y comunitaria	Consulta por primera vez por especialista en medicina familiar
REF-2019-09-214650	12-9-19, 13:03	Hospital Militar Central	Laboratorio clínico	Urodinamia estándar
SSERV-2019-09-1372279	12-9-19, 13:03	Dispensario médico suroccidente	Ginecología	Consulta de control o seguimiento por especialista en ginecología y obstetricia

Como se puede apreciar, no es cierto que la accionante esté desafiada de los servicios de salud que presta la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, ni mucho que no se le haya brindado tratamiento a las patologías que padece, pues de septiembre de 2019 hasta marzo de 2020, le fueron practicados los exámenes y valoraciones médicas por ella consultados.

(iii) *En tercer lugar, se advierte que el apoderado de la señora RODRÍGUEZ JURADO falta a la verdad cuando aduce que los menores Santiago Styven y Angie Valeria Hernández Rodríguez, hijos de la accionante, se encuentran desafiliados del servicio de salud como consecuencia del retiro del servicio de su progenitora, por cuanto esos menores de edad se hallan activos en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional como beneficiarios de su padre y también suboficial retirado, Orlando Hernández Isao, lo cual se puede evidenciar no solo de lo informado por esa dirección, sino conforme a los carnés de servicios de salud que la propia parte actora adjuntó al momento de presentar la tutela, lo que precisamente desvirtúa la presunta desafiliación endilgada a su retiro*

(iv) *En cuarto y último lugar, la no realización de la Junta Médico Laboral a la señora RODRÍGUEZ JURADO no puede imputarse a ninguna de las entidades accionadas, ya que, de acuerdo a lo informado por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, la accionante no se practicó la totalidad de los conceptos médicos que le fueron ordenados en el año 2017, razón por la cual, hasta que no se realice todos esos conceptos no se tendrá certeza de si la convocatoria de la aludida autoridad médico laboral es necesaria o no.*

Además, el hecho que la señora RODRÍGUEZ hubiese radicado la ficha médica unificada el 3 de mayo de 2017, no implica que con esto hubiese solicitado la realización de la Junta Médico Laboral, pues aunque esa ficha es uno de los soportes que debe tener en cuenta dicha junta para emitir el concepto correspondiente (numeral 1º, artículo 16, Decreto 1796 de 2000), no constituye una petición formal de convocatoria de esa autoridad médico laboral.

Por consiguiente, comoquiera que en el caso de la accionante no se presenta ninguna de las cinco causales de convocatoria de la Junta Médico Laboral reseñadas ut supra, es evidente que la no realización de esa junta no vulnera sus derechos fundamentales, máxime cuando no se practicó la totalidad de los conceptos médicos que le fueron ordenados el año en que fue retirada del servicio.

En síntesis, las entidades accionadas no transgredieron sus derechos fundamentales en razón a que: (1) aún se encuentra afiliada a los servicios de salud que presta la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en su condición de militar retirada con derecho a asignación de retiro; (2) esos servicios se le han prestado conforme a los requerimientos o consultas médicas por ella elevados (3) los hijos menores de edad de la accionante están afiliados al servicio de salud militar como

beneficiarios de su padre, quien también es militar retirado “en uso de buen retiro”, lo que no obsta para que la propia accionante los afilie como beneficiarios de ella, si así lo desea; (4) la no práctica de la Junta Médico Laboral a la señora RODRÍGUEZ se debe, por una parte, a que no se practicó la totalidad de los conceptos médicos que le fueron ordenados al momento en que fue retirada del servicio, y por otra, a que no existe prueba de solicitud alguna en tal sentido por parte de la accionante.

Por todo lo anterior, el despacho ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida en condiciones dignas, igualdad, salud, seguridad social, debido proceso y protección especial de las personas en situación de disminución de sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales de la señora BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO, por parte de las entidades accionadas frente a las conductas relacionadas con los servicios de salud y Junta Médica Laboral, denegará el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR improcedente la tutela impetrada por la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, respecto a las pretensiones orientadas a suspender los efectos del acto administrativo que la retiró del servicio, reintegrarla y/o reubicarla en el Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

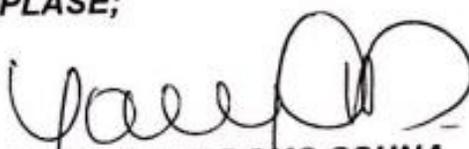
SEGUNDO. NEGAR la solicitud de amparo de los derechos a la dignidad humana, vida en condiciones dignas, igualdad, salud, seguridad social, debido proceso y protección especial de las personas en situación de disminución de sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales de la señora **BEATRIZ ELENA RODRÍGUEZ JURADO**, frente a los servicios de salud y Junta Médica Laboral, por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO. NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndoles que la misma podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, acorde con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

CUARTO. REMITIR a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión, dentro del término establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1995.

QUINTO. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones respectivas; **DESANOTAR** la presente actuación dejando las constancias a que haya lugar y **ARCHIVAR** el expediente una vez regrese al Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;



YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZA