



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2017-03223-00

Accionante: GERMÁN LIZARAZO GAMBOA

**Accionados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA -
SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**

Asunto: Acción de Tutela – Fallo de primera instancia

La Sala decide la solicitud de amparo interpuesta por el señor Germán Lizarazo Gamboa, por conducto de apoderado judicial, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante oficio No. 17 – 0165D del Centro de Servicios Judiciales de Ipiales, Nariño, fue radicada en la oficina de correspondencia del Consejo de Estado el 22 de noviembre de 2017, la acción de tutela instaurada por el señor Germán Lizarazo Gamboa contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, la cual fue allegada a la Secretaría General de esta Corporación el 29 de noviembre de 2017, con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo se sustentó en los siguientes supuestos fácticos:

- El accionante promovió acción de cumplimiento contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, y Dirección de Sanidad, expediente No. 25000-23-41-000-



2017-01576-00, a fin de lograr la práctica de los exámenes médicos de retiro solicitados el 7 de septiembre de 2017 en virtud del artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, ya que ante dicha petición la entidad guardó silencio.

- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante auto de 4 de octubre de 2017 determinó que la demanda de cumplimiento instaurada por el señor Lizarazo Gamboa era improcedente, debido a que no señaló expresamente la norma respecto de la cual se alegó la omisión por parte de la entidad demandada, y tampoco agotó el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, en su defecto, dispuso darle a la demanda el trámite de tutela, en el entendido de que era evidente que en realidad lo que el actor alegaba consistía en la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y de petición.
- El actor interpuso recurso de reposición, apelación y de queja contra el auto de 4 de octubre de 2017, por cuanto consideró que la providencia desconoció lo estipulado en el artículo 10¹ de la Ley 393 de 1997, ya que no tuvo en cuenta la petición del 7 de septiembre de 2017, pues de haberlo hecho, habría concluido que sí se agotó el requisito de procedibilidad.
- El Tribunal rechazó los recursos por improcedentes, continuó con el trámite previsto para la acción de amparo, y dictó sentencia de tutela el 27 de octubre de 2017, a través de la cual dispuso el amparo del derecho de petición y lo negó frente al derecho fundamental a la

¹ **“ARTICULO 10. CONTENIDO DE LA SOLICITUD.** La solicitud deberá contener:

1. El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción.

2. La determinación de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo incumplido. Si la Acción recae sobre Acto Administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de Acto Administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia.

3. Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento.

4. Determinación de la autoridad o particular incumplido.

5. Prueba de la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8º de la presente Ley, y que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva.

6. Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer.

7. La manifestación, que se entiende presentada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad.

PARÁGRAFO. La solicitud también podrá ser presentada en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.”

(Subraya fuera de texto)



salud.

- El derecho a la salud no fue amparado, debido a que el Tribunal consideró que de los medios probatorios allegados al proceso, se evidenció que al actor se le practicaron exámenes y la valoración de su capacidad psicofísica por la Junta Médico Laboral de Bucaramanga el 6 de mayo de 2015, de lo que se concluyó la disminución de su capacidad laboral en un 29.91%, por lo que fue declarado no apto para la actividad militar y sin lugar a reubicación. Dicho dictamen fue confirmado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 12 de julio de 2016, en consecuencia, el accionante fue retirado del servicio el 29 de julio de 2016, por lo tanto consideró que al no tratarse de retiro por calificación de servicios; incapacidad profesional; inasistencia o abandono del servicio; o por conducta deficiente, era redundante ordenar la práctica de dichos exámenes para definir su situación médico laboral, la cual había sido confirmada por el Tribunal Médico Laboral.
- Por conducto de apoderado, con escrito radicado el 9 de noviembre de 2017, el actor impugnó la anterior decisión y solicitó la revocatoria total de la providencia, por cuanto el *a quo* omitió tener en cuenta que con el derecho de petición enviado por correo electrónico a la Dirección de Sanidad del Ejército el 7 de septiembre de 2017, requirió la práctica de algunos exámenes y tratamientos médicos por retiro, medio de prueba que arrojó con el escrito de acción de cumplimiento ya referido, y en consecuencia, la falta de respuesta de la demandada, no solamente desconoció los artículos 13 y 14 de la Ley 1755 de 2015, sino que la constituyó en renuencia respecto al acatamiento del artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000 de forma directa.
- La Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de enero de 2018 resolvió la impugnación, e insistió en que el *a quo* decidió imprimirle al asunto el trámite de la acción de tutela, por cuanto



encontró que la petición que elevó el accionante no cumplía el requisito de procedibilidad de constituir en renuencia a la autoridad demandada, ya que no pidió taxativamente el cumplimiento del artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000, sino que, por el contrario, se dirigió a solicitar la práctica de diferentes exámenes médicos y la prestación del servicio de salud invocando de esta manera la vulneración del derecho fundamental a la salud.

- Adicionalmente, advirtió que la solicitud radicada con fecha del 7 de septiembre de 2017 no ha sido atendida, por lo tanto se evidenció la violación del derecho de petición.
- En orden a lo anterior: i) revocó² parcialmente la providencia del 27 de octubre de 2017, para en su lugar amparar, también, el derecho fundamental a la salud; ii) como consecuencia, ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, practicar los exámenes médicos de retiro al señor Lizarazo Gamboa³, lo anterior, por cuanto consideró que su realización es obligatoria en todos los eventos en que se produzca la desvinculación de un miembro de la Fuerza Pública, en virtud del artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, dentro de los 2 meses siguientes a la expedición del acto que dispone el retiro.
- La tutela que ocupa la atención de esta Sala de Decisión, fue interpuesta mientras se encontraba en trámite la impugnación de la providencia proferida por el Tribunal el 27 de octubre de 2017, ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

1.3. Fundamentos de la solicitud

Es preciso subrayar que lo atacado por el actor consistió en el

² “1... Se revoca el numeral primero de la sentencia de 27 de octubre de 2017, que dictó la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual niega el amparo del derecho fundamental a la salud del señor Germán Lizarazo Gamboa. En su lugar, se concede la tutela de la referida garantía conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de este proveído.”

³ En consecuencia, se ordena a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional (disan) que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, disponga lo necesario para que se le practique al señor Germán Lizarazo Gamboa el examen médico de retiro que prevé el artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000.



trámite dado a la demanda de cumplimiento, con lo que sus derechos fundamentales se vieron vulnerados por parte de la autoridad judicial accionada, como se expone a continuación: i) debido proceso, por defecto procedimental absoluto, al darle trámite de tutela a una demanda en ejercicio del medio de control de cumplimiento, en desconocimiento integral del artículo 10 de la Ley 393 de 1997; y ii) acceso a la administración de justicia, por defecto fáctico, al no tener en cuenta el medio de prueba allegado al proceso, con el que se demuestra la constitución en renuencia de la autoridad accionada.

1.4. Pretensiones

En la tutela se solicitó el siguiente amparo:

“Primero: ...Ampare, los derechos fundamentales de mi defendido: al debido proceso y acceso a la justicia.

Segundo: Con base al reconocimiento de la pretensión del numeral anterior... Declare, que la corporación judicial: H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, constituye una vía de hecho judicial por defecto procesal absoluto mediante auto interlocutorio No. 2016-10-554-A.C⁴. Dentro del expediente por acción de cumplimiento No. 2017-01576.

Tercero: ...Declare la nulidad absoluta del auto interlocutorio No. 2016 – 10 – 554 A.C. Y (sic) en consecuencia ordene a la corporación judicial tramitar hasta su finalización la acción de cumplimiento No. 2017-01576 por haber cumplido con los requisitos de procedencia consagrados en la ley (sic) 393 de 1997.

Cuarto: En caso de no cumplirse lo ordenado por usted, se continúe con el cumplimiento a lo previsto en el artículo 27, 52 del Decreto 2591 de 1991.”

1.5. Trámite en primera instancia

La acción de tutela fue admitida mediante auto de 30 de noviembre de 2017, en el cual se ordenó: i) la notificación del Tribunal

⁴ Auto del 4 de octubre de 2017, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió dar el trámite de tutela a la demanda instaurada en sede del medio de control de cumplimiento.



Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B; y ii) la vinculación del Ministerio de Defensa y la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en su condición de terceros interesados en el resultado del proceso.

Con la misma providencia se notificó al actor, señor Germán Lizarazo Gamboa.

1.6. Contestaciones e intervenciones

Una vez elaborados los respectivos oficios de notificación, fueron recibidos oportunamente los escritos de la Subsección B, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, quienes solicitaron negar la presente acción de tutela, así:

1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B

Aludió que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, por lo tanto, no es procedente *“para controvertir decisiones judiciales, toda vez que el ordenamiento jurídico ordinario es el escenario natural para obtener la protección de los derechos fundamentales, además de ellas se predica la garantía del principio de seguridad jurídica debido al efecto de cosa juzgada y la materialización de la autonomía de los intérpretes judiciales.”*

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal arguyó que los exámenes médicos de retiro que el actor pretende que se le practiquen, fueron realizados cuando éste aún se encontraba en servicio, y con base en los resultados, se determinó⁵⁵ que el señor Lizarazo Gamboa no era apto para ejercer la actividad militar y *“sin lugar a reubicación laboral...”*, en consecuencia, el 29 de julio de 2016, el Ejército Nacional retiró del servicio al actor mediante orden administrativa No. 196, con fundamento en la discapacidad psicofísica.

Por lo anterior, consideró improcedente realizar nuevamente la práctica de exámenes y valoración por parte de las Juntas Médico Laborales, toda vez que ello se dio de manera previa a

⁵⁵ Concepto que fue confirmado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 12 de julio de 2016.



la orden de retiro del accionante.

1.6.2. Dirección de Sanidad, Ejército Nacional

La entidad manifestó que:

“... en el caso concreto se encuentra acreditado: i) al señor GERMÁN LIZARAZO GAMBOA, se le practicó Junta Médico Laboral No. 78410, el 6 de mayo de 2015, en la ciudad de Bucaramanga encontrando una disminución de la capacidad del 29.91%. ii) El tribunal médico laboral de revisión militar y de policía. Actuando (sic) como última instancia de las reclamaciones contra las decisiones de las juntas médicas laborales (sic), confirmó la decisión de la junta médico laboral (sic) de Bucaramanga, por lo que el acta No. TML 16-1-100 de 12 de julio de 2016, consideró la disminución de la capacidad laboral en un 29.91% atribuyendo la lesión «EN COMBATES POR LA ACTIVACIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO IMPROVISADO SUFRE TRAUMA EN PIERNA IZQUIERDA ASOCIADO A BURSITIS TROCANTÉRICA IZQUIERDA Y TRAUMA EN TOBILLO, PIE Y DEDOS ASOCIADO A FASCITIS PLANTAR VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA QUE DEJA COMO SECUELA DOLOR RESIDUAL CADERA IZQUIERDA; a la acción directa del enemigo.

(...)

No obstante a lo anterior en el expediente médico laboral del accionante no reposa documentación alguna que demostrara las gestiones adelantadas por aquel en la realización de los correspondientes conceptos médicos. Así las cosas, debe recordarse, que el Decreto 1796 de 2000 otorga una garantía para que los interesados gestionen el proceso para la realización de junta médica, otorgándole un año para la realización de todo el procedimiento y convocar la Junta Médica, es decir que al momento del retiro el actor contaba con dicho término so pena de presentarse el fenómeno de la prescripción de acuerdo al Artículo 47, término que ya está vencido, por lo cual no es posible acceder a la petición del accionante de practicar exámenes médicos de retiro y convocar a Junta Médica Laboral de Retiro...”

Por último, la Dirección de Sanidad adujo que la solicitud de amparo del actor no cumple con el requisito de inmediatez, al insistir en que los retirados del Ejército tienen pleno conocimiento de su derecho a reclamar la realización de exámenes psicofísicos de retiro de conformidad con el Decreto 1796 de 2000, por lo tanto no es de recibo la demora injustificada del actor en la realización de dichos trámites.



2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela interpuesta por la parte actora en contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, de conformidad con lo establecido por los Decretos 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2.2. El asunto bajo análisis

Corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulneró los derechos fundamentales del actor, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Para resolver este problema, se considerarán los siguientes aspectos: **(i)** generalidades sobre la acción de tutela; **(ii)** de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia; y **iii)** análisis del caso concreto.

2.3. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

La jurisprudencia constitucional de manera enfática y uniforme ha señalado que la acción de amparo fue instituida como un instrumento de defensa judicial de los derechos fundamentales, dotada de un carácter subsidiario y residual. Lo anterior implica que su ejercicio solo es procedente de manera supletiva, es decir, cuando no sea posible acudir a otro medio de defensa, salvo que se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁶.

⁶ Ver, entre otras, las sentencias de la corte constitucional SU-037 de 2009 y T-764 de 2010.



Ahora bien, en el caso objeto de análisis, lo que el actor alegó consiste claramente en la afectación al debido proceso judicial por cuenta del trámite de tutela impartido a un asunto de otra naturaleza, por lo tanto, es preciso recordar que la Corte Constitucional ha analizado los eventos en que por causa de las acciones u omisiones de las autoridades se incurra en una vía de hecho, llegando a la conclusión que la procedencia de la acción de amparo es posible, frente a la vulneración de derechos fundamentales por considerar ello, una conducta contraria a la Constitución.

La Corte ha indicado que, en lugar para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe verificarse en cada caso concreto si reúne los estrictos requisitos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷. A saber:

- *Que la conducta del agente carezca de fundamento legal. Dado que la ley es el principio de toda actuación que realice cualquier autoridad pública, ésta no puede, por ende, extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.*
- *Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial. La Corte ha dicho que dado que en sistema jurídico colombiano, la determinación subjetiva del juez no produce efectos jurídicos, sino que debe obedecer a la objetividad legal para que su acto este totalmente legitimado. Lo anterior no quiere decir que el Juez no cuente con la potestad de interpretar las normas adecuándolas a las circunstancias reales y concretas. Sin embargo, “lo que nunca puede hacer es producir efectos jurídicos con base en su voluntad particular, ya que sólo la voluntad general determina el deber ser en el seno de la comunidad, donde prima el interés general.*
- *Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente. La actitud ilícita del juez debe violar los derechos y el orden legal grave e inminentemente, para de esta manera justificar la acción inmediata por parte del Estado para que no se produzca el efecto ilícito. La inminencia debe entenderse como “la evidente probabilidad de una consecuencia negativa e ilícita producida por la actuación judicial.”*
- *Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no*

⁷ Sentencia T-613 de 2005.



es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado. (Subraya de la Sala)

Si bien de lo previamente citado la Corte se refiere a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cierto es que esta Sala de Decisión no podría girar la vista en aras de no reconocer, que en el caso objeto de análisis se está frente a una posible vulneración de derechos fundamentales reclamados por el actor, máxime cuando lo atacado radica en el trámite de tutela que se impartió a un asunto incoado en sede del medio de control de cumplimiento, y en ese sentido, es necesario traer a colación que la determinación enjuiciada contenida en el auto del 4 de octubre de 2014, no presenta otro mecanismo más eficaz que la solicitud de amparo a fin de ver protegidos sus derechos fundamentales.

Entonces, si bien el auto del 4 de octubre de 2017 mediante el cual el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, fue atacado en el escrito de tutela de la referencia, es claro que el fondo del asunto corresponde inequívocamente al **trámite**⁸ y con ello la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso judicial, por lo tanto, mal haría esta Sala de Decisión en rechazar la solicitud del señor Lizarazo Gamboa, ya que resulta imperioso revisar si lo adoptado por el Tribunal accionado efectivamente contraviene lo consagrado en el artículo 29 constitucional.

En consecuencia, advierte la Sala de Decisión que en el asunto *sub examine*, se entrará a estudiar el fondo del asunto, por tratarse de la posible transgresión al derecho al debido proceso.

2.4. Debido proceso y acceso a la administración de justicia

La Constitución Política de 1991, consagró en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso por medio del cual se determina que este será aplicado a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En sentencia T 416 de 1998, la Corte Constitucional se pronunció frente al debido proceso y determinó que “*La vigencia de un Estado Social de Derecho impone la facultad jurisdiccional de tomar decisiones*

⁸ Sentencia de 7 de julio de 2016, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.



obligatorias, las cuales, para que sean aceptadas, deben adoptarse con fundamento en reglas que determinan cuales autoridades están autorizadas para tomar las decisiones obligatorias y cuáles son los procedimientos para obtener una decisión judicial. Esas reglas son las que recogen un conjunto de actos procesales sucesivos y coordinados que integran unos principios fundantes y unos derechos fundamentales que hacen del debido proceso una verdadera garantía en el derecho. En efecto, el debido proceso es una institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa, que se ha considerado por la Constitución (art. 29) como un derecho fundamental que se complementa con otros principios dispersos en la Carta fundamental, tales como artículos 12, 13, 28, 31, 228, 230. Y, uno de estos principios es el del Juez competente. En definitiva la protección al debido proceso tiene como núcleo esencial la de hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho.

Así mismo, en sentencia C-341 de 2014, fijó las garantías del derecho al debido proceso en los siguientes términos:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;

(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;

(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;

(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;

(v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de



administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y

(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

(...)”

(Subrayas de la Sala)

Al mismo tiempo, en el artículo 229 constitucional se estableció el derecho de acceso a la administración de justicia, para garantizar el que toda persona pueda acudir ante los operadores judiciales con el propósito de que se imparta justicia en los asuntos que no puedan ser resueltos de manera extra judicial.

“El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.”⁹

En este punto, advierte la Sala que los derechos sobre los cuales se analiza su posible vulneración con ocasión del trámite de una demanda de cumplimiento por el previsto para una acción de tutela, es pertinente traer a colación que el debido proceso judicial hace parte del núcleo esencial del acceso a la justicia, por cuanto este propugna directamente para que las actuaciones de las autoridades u órganos judiciales estén siempre ajustadas a derecho, máxime, porque el actor alegó que con ocasión de la decisión adoptada por el Tribunal enjuiciado, no tuvo la oportunidad para debatir el fondo del asunto en sede del Juez natural.

La Corte Constitucional ha definido el alcance del derecho de acceso a la administración de justicia, de manera ligada al debido proceso, por cuanto la persona interesada al pretender activar el

⁹ Sentencia C-279 de 2013.



aparato judicial en virtud del principio de la tutela judicial efectiva, busca de manera inequívoca que el estado en aras del cumplimiento los servicios que tiene a su cargo, pueda ser objeto de un proceso judicial justo, legal, célere, idóneo, garantista, etc. así:

“...la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos:

(i) El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares.

(ii) El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.”

(iii) Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez.”

(iv) El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas.”

(v) El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.”

(vi) El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.” (Subrayas del texto original)

De lo citado se extrae que los numerales 4º y 5º prevén la situación vulneradora de los derechos argüidos por el actor, en tanto se inobservó, según el escrito de tutela, el procedimiento indicado para la solución de las pretensiones planteadas, en el asunto desde el cual pretendió hacer cumplir la realización de los exámenes médicos de retiro como ex - miembro del Ejército Nacional.

Corolario, en la misma sentencia, la Corte señaló:



“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”¹⁰

En este orden de ideas, la Corte ha señalado que la acción de tutela procede, cuando puede comprobarse una vulneración al debido proceso...¹¹”

En ese orden de ideas, concluye la Sala que de conformidad con lo expuesto por el accionante, la solicitud de amparo que se estudia es procedente, ya que lo que atacado consiste justamente en la posible transgresión del derecho al debido proceso, por cuanto en palabras del actor, la determinación del Tribunal enjuiciado limitó el acceso a la administración de justicia al tramitar en vía de tutela un asunto planteado desde el medio de control de cumplimiento.

Caso concreto

A juicio de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró sus derechos fundamentales de la manera como a continuación se expone: i) debido proceso, al omitir el medio de prueba arrimado en el medio de control de cumplimiento, consistente en el derecho de petición del 7 de septiembre de 2017, por medio del cual se requirió la práctica de exámenes y tratamiento médico a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional; y ii) acceso a la administración de justicia, porque, con ocasión de lo anterior, el Tribunal decidió declarar improcedente el medio de control de cumplimiento, para darle a la demanda el trámite de una acción de tutela.

Ahora bien, es preciso iterar que esta Sala también ha manifestado¹² la posibilidad de la procedencia de la acción constitucional cuando lo que se ataca no es justamente el fallo de tutela, sino el “trámite” impartido a un asunto de diferente naturaleza como en el caso concreto, debido a que el actor

¹⁰ Sentencia T-1263 de 2001.

¹¹ Sentencia T-961 de 2004.

¹² Sentencia de 7 de julio de 2016; expediente 11001-03-15-000-2016-01375-00; M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.



demandó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en sede del medio de control de cumplimiento, por la no práctica de los exámenes médicos de retiro conforme lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, y para que se le administrara el tratamiento médico respecto de las patologías que padece.

En ese orden, encuentra la Sala que el reparo frente al “trámite” fue sustentado desde el cargo por defecto procedimental, al adoptar el Tribunal el trámite de tutela frente a un asunto de disímil naturaleza.

Aclarado lo anterior, la Sala precisa que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue la más acertada, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, eligió dar un trámite preferencial, célere y más garantista a la demanda de cumplimiento instaurada por el actor, por cuanto observó en dicho escrito que lo alegado correspondía a la vulneración de derechos fundamentales por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y, en ese sentido, estaba, no en la facultad, sino en la obligación de dar el trámite de tutela al asunto, tal y como sucedió en el caso concreto

“Artículo 9º.- Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. (Inciso 2 declarado EXEQUIBLE, excepto la expresión "la norma o" que se declara INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional Sentencia C-193 de 1998

Parágrafo.- La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos. Subrayado Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 157 de 1998.”

Así entonces, se resalta lo argumentado por el Tribunal, ya que si bien el actor presentó demanda en sede del medio de control de cumplimiento, lo cierto es que en su escrito no fueron acreditados los requisitos previstos para su procedencia, esto es, el



agotamiento del requisito de procedibilidad que ordena la constitución en renuencia de la autoridad respecto de la cual se alegó el incumplimiento de la norma, y la falta de “...*determinación de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo incumplido*”, de conformidad con el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 393 de 1997.

Adicional a lo anterior, el Tribunal enjuiciado evidenció en la demanda, que el fondo del asunto radicaba en la vulneración de derechos fundamentales en perjuicio del actor, habida cuenta que la solicitud de la práctica de exámenes médicos de retiro con fecha de 7 de septiembre de 2017 no ha sido atendida por la entidad demandada, y en ese sentido, consecuentemente se ha quebrantado el derecho a la salud del señor Lizarazo Gamboa.

Así las cosas, es preciso destacar que la decisión del Tribunal es conforme derecho, toda vez que los Jueces de la República están en la obligación de disponer del trámite preferencial si del asunto bajo examen se evidencia la vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a los derechos fundamentales involucrados, es menester señalar que el trámite de tutela en segunda instancia ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado, si bien no fue objeto de esta acción, resolvió los cargos alegados a favor del actor, así:

“El accionante en ejercicio del derecho de petición, presenta el 7 de septiembre de 2017, solicitud para que la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional le practique «algunos exámenes y tratamientos médicos por retiro», sin que hasta la fecha haya sido resuelta, por tal razón promueve acción de cumplimiento para que se le ordene a esa autoridad le realice el examen médico de retiro que prevé el artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000.

El a quo decidió imprimirle al asunto el trámite de la acción de tutela, pues encontró que la petición que elevó el accionante no cumplía el requisito de procedibilidad de constituir en renuencia a la autoridad demandada, pues no pidió taxativamente el cumplimiento del artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000, por el contrario, se dirigía a solicitar la práctica de diferentes exámenes médicos y la prestación del servicio de salud para tratar las patologías que padece invocando la afectación del derecho fundamental a la salud. Además, advirtió que las «solicitudes de información de las cuales la del 27 de abril de 2017 (sic.) no ha sido atendida» de lo cual se podía derivar la violación del derecho de petición.



Para la Sala la decisión de primera instancia en cuanto niega el derecho a la salud debe revocarse, por cuanto contrario a lo que se determina en el fallo objeto de impugnación, al accionante se le debe realizar el examen médico de retiro, como lo solicitó el 7 de septiembre de 2017, lo que, según afirma, hasta la fecha no se ha resuelto y, por tanto, se tendrá como un hecho cierto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20¹³ del Decreto 2591 de 1991, que establece la presunción de veracidad, pues como lo advierte el Tribunal y se verifica en esta instancia, pese a que se notificó debidamente a la entidad demandada, del auto de 4 de octubre de 2017, mediante el que se admitió la demanda, esta no dio contestación a la solicitud de tutela.

Estima la Sala que en el sub lite, se produjo la transgresión del derecho a la salud del accionante, ya que conforme al marco normativo y jurisprudencial que regula la materia, es obligación del Estado practicar el examen médico de retiro que establece el artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000, dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición del acto administrativo que ordena la desvinculación de un miembro de la Fuerza Pública, como ocurre en el caso del señor Lizarazo Gamboa, cuyo retiro del servicio dispuso el Comando de Personal del Ejército Nacional a través de la Orden Administrativa de Personal 1961 de 29 de julio de 2016, por la disminución en su capacidad sicofísica.

Así las cosas, en el presente caso se vulnera el derecho a la salud del accionante por parte de la entidad demandada, por la omisión en la práctica del examen médico de retiro que establece el artículo 8.º del Decreto 1796 de 2000, cuya realización es obligatoria en todos los eventos en que se produzca la desvinculación de un miembro de la Fuerza Pública.”

Conforme a lo anterior se concluye que no hay lugar a amparar, ya que si bien, el Tribunal otorgó a la demanda un trámite diferente al previsto para el medio de control de cumplimiento, ello se hizo en observancia de lo consagrado en el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, pues más allá del cumplimiento o no de una norma, el asunto consistía en la inobservancia de los derechos fundamentales a la salud y de petición del actor.

Adicional a lo anterior, no se desconoce que la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 25 de enero de 2018, abordó el asunto de fondo, amparó los derechos fundamentales del actor, ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional realizar los

¹³ «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».



exámenes médicos de retiro y la realización de los tratamientos médicos pertinentes, en consecuencia, no es posible reabrir un debate sobre el cual ya hubo cosa juzgada y en el que adicionalmente, se accedió a la totalidad de las pretensiones del demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela de la referencia, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuese impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria (art. 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

