|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180034200** |
| DEMANDANTE | **JOSE JAVIER CASTRO DUQUE** |
| DEMANDADO | **MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL –DIRECCIÓN DE SANIDAD** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

La señora JOSE JAVIER CASTRO DUQUE actuado en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL –DIRECCIÓN DE SANIDAD , con el fin de proteger su derecho fundamental a la dignidad humana, igualdad, seguridad social y salud.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al ACCIONADO Ministerio de defensa – Armada Nacional –Dirección de Sanidad y/o a quien corresponda que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a practicarle los exámenes médicos de retiro y la Junta Medica Laboral.**

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

*“1. El señor Infante de Marina Retirado JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, después de haber presentado los exámenes de rigor y ser declarado apto para prestar el servicio militar obligatorio, Ingresó al Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional, como Infante de Marina Regular el 01 de febrero de, 1990, en dicha fecha, no le fue diagnosticada ninguna afección y fue destinado al Batalíónde Fusileros de Infantería de Marina No 7, de guarnición en la ciudad de Bogotá.*

*2. El 05 de marzo de 1991, es internado en cuidados intensivos del Hospital Militar, según cuenta de paciente e H.C No. 429498.*

*3. El 03 de mayo de 1991, le suministran medicamentos, en el Hospital Militar.*

*4. El 03 de mayo de 1991, le practican exámenes en el Hospital Militar y en la patología clínica, queda consignada, miastenia.*

*5. El 06 de mayo de 1991, le fue efectuada una transfusión de sangre, en el Hospital Militar.*

*6. El 07 de mayo de 1991, fue ingresado a cirugía, en el Hospital Militar.*

*7. El 03 de junio de 1991, le fue ordenado exámenes en el Hospital Militar, y según la patología clínica es miastenia.*

*8. el 05 de junio de 1991, le fue ordenado rayos x de torax y según el dato clínico, es por miastenia grave, en el hospital militar*

*9. El 06 de junio de 1991, al parecer, es ingresado a cirugía, en el Hospital Militar.*

*10. El 05 de julio de 1991, es internado en cuidados intensivos del Hospital Militar, según la liquidación.*

*11. El 05 de agosto de 1991, es internado en cuidados intensivos del Hospital Militar, según la liquidación.*

*12. El 06 de agosto de 1991, según orden administrativa de personal de la Armada Nacional No. 124 del 06 de agosto de 1991, es dado de baja el Infante de Marina Regular Castro Duque José Javier CC. 91281854, a pesar de encontrarse en tratamiento y sin un examen de evacuación.*

*13. el 21 de diciembre de 2016, en su historia clínica, en el análisis manifiesta: paciente con déficit de b12 atrofia gastria acs positivo compatible con a perniciosa, miastenia gravis.*

*14. El 01 de noviembre de 2017, en su historia clínica, en conducta manifiesta: Ta en metas, se continua igual manejo farmacológico, hipertrigliceridemia para manejo no farmacológico deficiente de vitaminas b12 (relación autoinmune con miastenia).*

*15. El 13 de marzo de 2018, en su historia clínica, en la impresión diagnostico manifiesta: Dx principal e-539 deficiencia de vitaminas b no especificada, dx relacionado 2. G700- miastenia gravis.*

*16. El 23 de julio de julio de 2018, en solicitud y justificación del médico tratante del uso de medicamentos no pos, manifiesta: paciente con ap de miastenia gravi con diagnóstico de déficit de vit b12.*

*17. El 10 de agosto de 2018, en su historia clínica, en antecedentes personales, manifiesta: relaciona los antecedentes personales: miastenia gravis. Timectomia hace 26 años, asma desde la edad de 10 años.*

*18. Al retirarlo del servicio activo, la Armada Nacional, no tiene en cuenta sus derechos fundamentales, afectando su derecho a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana, toda vez que es un sujeto de especial protección constitucional, por su disminución de la capacidad laboral en actividad y encontrarse en tratamiento con entradas y salidas del Hospital Militar.*

*19. Ya retirado y como sigue con quebrantos de salud, su familia lo lleva al Dispensario de Salud Militar, en la ciudad de Bucaramanga, pero no lo atienden, manifiestan que ya es retirado y no tiene derecho a salud.*

*20. El señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, era y aun es, una persona con protección reforzada y en circunstancias de debilidad manifiesta, debido a su estado de salud, toda vez que padece de una afectación en su salud que le impide y/o dificulta sustancialmente el desempeño de labores para conseguir su sustento y el de su familia, en condiciones regulares.*

*21. Teniendo en cuenta la protección especial y reforzada de que goza mi representado, se puede afirmar indiscutiblemente, que fue discriminado y vulnerado sus derechos constitucionales.*

*22. Con el actuar de La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional –la Dirección de Sanidad militar de la armada Nacional, al retirar del servicio activo a mi poderdante, a sabiendas de que es un sujeto de especial protección constitucional debido a su estado y a su discapacidad, le produjo un perjuicio irremediable.*

*23. La situación económica del poderdante, es muy precaria pues no puede desempeñar ninguna labor que le permita obtener recursos para su subsistencia y la de su familia.*

*24. Así mismo, él manifiesta, que no se había interpuesto ninguna acción, por su desconocimiento.*

*25. En el presente caso se hace necesario por su estado de salud, teniendo en cuenta que es una persona con protección reforzada, en circunstancias de debilidad manifiesta, que no puede trabajar, aplicar la acción de tutela por su inmediatez, para evitar un perjuicio mayor*

*(…)”*

**ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 10 de octubre de 2018 (folio 49 del Cuaderno Principal)
  2. Mediante providencia del 16 de octubre de 2018 (folio 51 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado Ministerio de Defensa- Armada Nacional – Director de Sanidad el 17 de octubre de 2018 (folio 54 del Cuaderno Principal), contestó:

*“ (…)1. El señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE prestó servicio militar en la Armada Nacional como infante de marina regular habiendo ingresado en el año 1990 y retirándose por tiempo de servicio cumplido el 30 de julio de 1991 de acuerdo a Orden Administrativa de Personal, una vez verificado el Sistema Integrado de Administración de Personal Y talento Humano-SIATH.*

*28 años después de su retiro y durante dicha extensión de tiempo, no se observa solicitud alguna por parte del accionante el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, manifestando dolencia alguna así como solicitando exámenes médicos de retiro, observándose de manera clara que "no existe inmediatez en su solicitud", por cuanto 28 años posteriores a su retiro no permiten valorar de una manera real y objetiva las condiciones médico-laborales que presentó, puesto que en dicho periodo ha desempeñado actividades laborales ajenas a las que realizo presentado el servicio militar, al igual que el paso de los años que merma las capacidades físicas de cualquier ser humano, circunstancias que no permiten una valoración objetiva.*

*3. Aun cuando se llevare a cabo una Junta Médica Laboral, los derechos prestacionales derivados de la misma, no podrán ser reconocidos por la Institución en razón al fenómeno de la prescripción de acuerdo con el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000.*

*4. En suma, el caso en desarrollo la Dirección de Sanidad Naval, no puede acceder a la solicitud del accionante de realizar proceso medico laboral, por cuanto el mismo tiene por objeto valorar las secuelas que quedaron como consecuencia de la prestación del servicio militar, dentro de un término establecido en la ley, puesto que 28 años después del retiro es imposible valorar al accionante sobre las patologías que pudo presentar como consecuencia de la prestación del servicio militar, ya que su cuerpo ha estado expuesto a diferentes riesgos y deterioro normal de los años que impiden realizar una valoración objetiva.*

*1. RESPECTO A LOS SERVICIOS DE SALUD*

*De acuerdo a lo expuesto por el accionante en el escrito de tutela, solicita se le protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social y salud, los cuales no se encuentran amenazados, ni en peligro, en razón a que el señor el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, cuenta con servicios médicos en el Régimen Subsidiado, encontrándose ACTIVO en la ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS, contando de esta manera con los servicios de salud que requiera de manera integral, de igual manera, se registra cotizaciones para cesantías con estado VIGENTE,*

*(…)*

*2. RESPECTO AL EXAMEN MEDICO DE RETIRO*

*En primera medida es menester indicar que para el caso en desarrollo tiene aplicación el Decreto 1796 del 2000, el cual "se regula ¡a evaluación de la capacidad sicofísica y de disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública", en el que se observan los siguientes artículos:*

*(…)Como se observa en el artículo 8, el examen de retiro debe practicarse "dentro de los dos meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad" por lo cual si el interesado no se presenta dentro de dicho termino, "se debe realizar en los Establecimientos de Sanidad Miliar por cuenta del interesado", en este sentido quiere observarse la completa negligencia del accionante, toda vez que en 28 años no realizó solicitud alguna con el fin de que se llevara a cabo ficha médica de retiro (primer paso para llevar a cabo la definición de la situación médica), siendo que la ley le exige adentrar dicha valoración "por su cuenta".*

*Igualmente, quiere hacerse mención sobre el segundo párrafo del mismo artículo, en el cual se observa que "los exámenes médico-laborales y tratamientos derivados del examen de capacidad sicofísica deben observar completa continuidad" disposición que resulta obvia, toda vez que se busca brindar tratamiento para las patologías surgidas como consecuencia de la prestación del servicio militar y que en el momento requiera atención medica de manera apremiante, siendo de esta manera absurdo pretender una valoración luego de 28 años cuando el estado de salud del paciente no es el mismo que cuando finalizo la prestación del servicio militar.*

*Asimismo, en relación con el artículo 35, se observa que para el caso en desarrollo, evidentemente operó el "Abandono del tratamiento" puesto que no cumplió con el procedimiento establecido, habiendo quedado esta institución "exonerada del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que con ello se deriven", en este sentido se comprende que la Dirección de Sanidad después de 15 años, plazo absolutamente irrisorio, no le es dado llevar a cabo la definición de la situación medico laboral del accionante, toda vez que en razón del articulo 47 le han prescrito las prestaciones regladas por el Decreto 1796 del 2000.*

*En conclusión, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto, trascurridos 28 años desde el momento de retiro, resulta inapropiado para esta Dirección de Sanidad Naval, evaluar el estado físico del actor a través de una ficha médica de retiro puesto que no cumpliría con su finalidad, dado que no podría establecerse si las lesiones o afecciones que pueda presentar el calificado fueron originadas en el servicio posterior a su retiro, razón por la cual no es procedente acceder a su solicitud.*

*Así mismo, puede observarse que de las documentales así como también de los hechos narrados, hasta el año 2016 el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE registra nuevamente atención medica por el diagnostico referido.*

*De esta manera es claro que lo que se persigue con esta acción de amparo no es otra cosa sino la prestación económica que podría originar una valoración, que para el caso en particular no tendría sino una consecuencia netamente económica, es decir, derivaría en un reconocimiento prestacional generado por la posible calificación de una Junta Médica Laboral, pues como se señaló con anterioridad el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, actualmente cuenta con servicios médicos como se demostró en el punto anterior, para atender sus necesidades médicas.*

*(…)*

*Como se observa en el artículo 8, el examen de retiro debe practicarse "dentro de los dos meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad" por lo cual si el interesado no se presenta dentro de dicho termino, "se debe realizar en los Establecimientos de Sanidad Miliar por cuenta del interesado", en este sentido quiere observarse la completa negligencia del accionante, toda vez que en 28 años no realizó solicitud alguna con el fin de que se llevara a cabo ficha médica de retiro (primer paso para llevar a cabo la definición de la situación médica), siendo que la ley le exige adentrar dicha valoración "por su cuenta".*

*Igualmente, quiere hacerse mención sobre el segundo párrafo del mismo artículo, en el cual se observa que "los exámenes médico-laborales y tratamientos derivados del examen de capacidad sicofísica deben observar completa continuidad" disposición que resulta obvia, toda vez que se busca brindar tratamiento para las patologías surgidas como consecuencia de la prestación del servicio militar y que en el momento requiera atención medica de manera apremiante, siendo de esta manera absurdo pretender una valoración luego de 28 años cuando el estado de salud del paciente no es el mismo que cuando finalizo la prestación del servicio militar.*

*Asimismo, en relación con el artículo 35, se observa que para el caso en desarrollo, evidentemente operó el "Abandono del tratamiento" puesto que no cumplió con el procedimiento establecido, habiendo quedado esta institución "exonerada del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que con ello se deriven", en este sentido se comprende que la Dirección de Sanidad después de 15 años, plazo absolutamente irrisorio, no le es dado llevar a cabo la definición de la situación medico laboral del accionante, toda vez que en razón del articulo 47 le han prescrito las prestaciones regladas por el Decreto 1796 del 2000.*

*En conclusión, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto, trascurridos 28 años desde el momento de retiro, resulta inapropiado para esta Dirección de Sanidad Naval, evaluar el estado físico del actor a través de una ficha médica de retiro puesto que no cumpliría con su finalidad, dado que no podría establecerse si las lesiones o afecciones que pueda presentar el calificado fueron originadas en el servicio posterior a su retiro, razón por la cual no es procedente acceder a su solicitud.*

*Así mismo, puede observarse que de las documentales así como también de los hechos narrados, hasta el año 2016 el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE registra nuevamente atención medica por el diagnostico referido.*

*De esta manera es claro que lo que se persigue con esta acción de amparo no es otra cosa sino la prestación económica que podría originar una valoración, que para el caso en particular no tendría sino una consecuencia netamente económica, es decir, derivaría en un reconocimiento prestacional generado por la posible calificación de una Junta Médica Laboral, pues como se señaló con anterioridad el señor JOSE JAVIER CASTRO DUQUE, actualmente cuenta con servicios médicos como se demostró en el punto anterior, para atender sus necesidades médicas.*

*3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ*

*Así las cosas, se considera que el accionante tuvo la oportunidad para adelantar en debida forma el examen médico de retiro, no resulta por tanto procedente exigir ese tipo de valoraciones cuando no es posible establecer la causalidad entre las patologías que presente actualmente con la prestación del servicio puesto que como se explicó su retiro se presentó hace 28 años; por lo cual no puede entenderse que la acción de tutela es un medio alternativo que puede ser empleado en reemplazo de acciones judiciales ordinarias, y que esta acción resulta procedente solo cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha ejercido las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer los litigios originados.*

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-1048 de 2008 ha sido clara en manifestar las consecuencias del ejercicio indiscriminado de la acción de tutela:*

*"...la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)".*

*Así pues, a manera de conclusión, la Sala debe insistir en que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable..." (Subrayado fuera del texto)*

*Adicionalmente, es importante observar que uno de los pilares fundamentales en los que se erigió la acción de tutela, fue el principio de la inmediatez que hace referencia a la proximidad espacial o temporal de lo instado, circunstancia que palmariamente carece la acción objeto del presente pronunciamiento, por cuanto el accionante se separó del servicio hace 28 años sin que adelantara con diligencia el examen médico de retiro, cambiando de esta manera sus condiciones de salud, imposibilitando su realización actualmente.*

*Así las cosas, es evidente que la pretensión del accionante no es propia de ser acatada por vía de tutela; tanto así que la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-627 de 1999 hace alusión al respecto en los siguientes términos:*

*".. .En consecuencia, en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza solo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos..." (Negrillas fuera del texto original).*

*Así las cosas, se considera que el accionante tuvo la oportunidad para adelantar en debida forma el examen médico de retiro, no resulta por tanto procedente exigir ese tipo de valoraciones cuando no es posible establecer la causalidad entre las patologías que presente actualmente con la prestación del servicio puesto que como se explicó su retiro se presentó hace 28 años; por lo cual no puede entenderse que la acción de tutela es un medio alternativo que puede ser empleado en reemplazo de acciones judiciales ordinarias, y que esta acción resulta procedente solo cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha ejercido las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer los litigios originados.*

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-1048 de 2008 ha sido clara en manifestar las consecuencias del ejercicio indiscriminado de la acción de tutela:*

*"...la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)".*

*Así pues, a manera de conclusión, la Sala debe insistir en que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable..." (Subrayado fuera del texto)*

*Adicionalmente, es importante observar que uno de los pilares fundamentales en los que se erigió la acción de tutela, fue el principio de la inmediatez que hace referencia a la proximidad espacial o temporal de lo instado, circunstancia que palmariamente carece la acción objeto del presente pronunciamiento, por cuanto el accionante se separó del servicio hace 28 años sin que adelantara con diligencia el examen médico de retiro, cambiando de esta manera sus condiciones de salud, imposibilitando su realización actualmente.*

*Así las cosas, es evidente que la pretensión del accionante no es propia de ser acatada por vía de tutela; tanto así que la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-627 de 1999 hace alusión al respecto en los siguientes términos:*

*".. .En consecuencia, en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza solo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos..." (Negrillas fuera del texto original).*

*(…)”*

1. **LAS PRUEBAS:**

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

* Copia de documento médicos. (folio 102 del cuaderno principal)
* Copia de formula médica. (folio 13 del cuaderno principal)
* Copia de documentos medico (folio 14 del cuaderno principal)
* Copia de servicios de Neumología –terapia respiratoria (folio 15 del cuaderno principal)
* Copias de solicitud de exámenes (folio 16 a 24 del cuaderno principal)
* Copias de fórmulas médicas (folio 25 a 30 del cuaderno principal)
* Copia de liquidación de cuentas del paciente (folio 31 del cuaderno principal)
* Copia de orden administrativa de personal Nº 124 de 1991 (folio 32 a 34 del cuaderno principal)
* Copia de historia clínica (folio 35 a 46 del cuaderno principal)

1. **CONSIDERACIONES:**
   1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es el debido proceso, defensa, mínimo vital, seguridad social, trabajo y acceso a la administración de justicia, toda vez que la entidad accionada a la dignidad humana, igualdad, seguridad social y salud.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿según principio de inmediatez y su eventuales excepciones resulta la acción de tutela procedente para proteger los derecho fundamentales del accionante y por tanto debe ordenarse al accionado practicar los exámenes médicos de retiro y la Junta Medico Laboral?**

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

La acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, del cual se deriva que solo puede acudirse a ella ante falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho. En efecto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que es el procedente; o en caso opuesto, establecer si existió o no la violación del derecho y entrar en consecuencia a tutelarlo o a desestimar la pretensión; y si el caso puede ser ventilado por la vía ordinaria, es necesario evaluar su eficacia, pues de no tenerla, la acción de tutela es la más indicada para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

A lo anterior, debe incluirse el principio de inmediatez principio que buscar establecer la relación de tiempo que debe existir entre las acciones que emprende el sujeto a quien se están vulnerando sus derechos y las acciones u omisiones de la entidad particular que están afectando esos derechos; en esos mismo términos el Consejo de Estado al mencionado al respecto:

*“El principio de inmediatez busca rescatar la coherencia que debe existir entre la solicitud que hace una persona para buscar al protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados o vulnerados por la acción u omisión de un agente particular o público, frente a la efectividad razonable de reacción del ordenamiento constitucional para garantizar dicha protección en caso de ser procedente. En este orden de ideas, el principio de inmediatez no tiene como finalidad entenderse como una sanción al accionante que busca la protección de sus derechos, sino que se trata de una manifestación del principio de economía procesal reflejado en una carga mínima de acción que se espera y predica de las relaciones entre la administración y los administrados en el Estado Social de derecho. Se trata, por el contrario, de un desarrollo que ha venido haciendo la jurisprudencia, a partir de los alcances de la acción de tutela, cuyo propósito es el analizar si resulta eficiente que la administración de justicia se despliegue cuando la protección que se espera puede resultar ineficaz o inoperante por condiciones materiales y de tiempo. Siendo esto, el juez deberá entrar a considerar, al momento de conocer de la acción de tutela, las razones de oportunidad, conveniencia y efectividad, para que opere dicha protección en el tiempo y si es procedente y necesario para proteger los intereses constitucionales que se encuentra en discusión, pues todavía se amerita dicha intervención activa del juez”[[1]](#footnote-1)*

Ahora, aunque en principio se espera que la personas ante la afectación de sus derechos fundamentales actué inmediatamente en búsqueda de eliminar dicha afectación, lo cierto es que pueden existir casos en los cuales el principio de inmediatez no pueda ser aplicado de manera rígida como lo son las personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad que no pueden acudir inmediatamente ante la justicia; en estos eventos será el juez quien se encargue de hacer una valoración del caso en concreto y determina el alcance de este principio, revisando las justificaciones que presenta el accionante para no haber acudido antes a aparto judicial.

*“...la falta de inmediatez no puede convertirse en excusa para dejar de amparar derechos constitucionales fundamentales pues se estaría desconociendo de manera seria y grave su derecho da (sic) acceder a la administración de justicia. En otros términos: si a partir de las circunstancias del caso concreto se deriva que la víctima de violación de derechos constitucionales fundamentales – por motivos ajenos a su voluntad – no se encontraba en situación de poder solicitar la protección de los derechos y, en este mismo orden de ideas, se veía impedida para acceder a la justicia y defender los derecho que le fueron desconocidos, debe poder tener acceso al mecanismo ágil de la tutela sin que se pueda alegar como excusa que dejó transcurrir demasiado tiempo entre el momento en que se presentó la vulneración o la amenaza de vulneración y el instante en que puedo (sic) solicitar el amparo.”[[2]](#footnote-2)*

En el caso bajo estudio encontramos que el señor Jose Javier Castro Duque prestó su servicio militar en el año de 1990 y fue dado de alta por cumplimiento de servicio mediante Orden Administrativa de Personal Nº 124 de 1991. Dentro de la presente acción aportó documentos médicos donde se observa que fue atendido durante la prestación de su servicio por el Hospital Militar, frente a sus molestias de salud; en uno de esos documentos se que indica “examen solicitado RX TORAX AP Y LIT “ y luego dice “datos Clínicos Miastenia Gravis”. Sin embargo, frente a esa condición médica una vez el señor terminó de prestar servicio militar no se observa que haya continuado afectado en su estado de salud.

Ahora pasados 27 años, desde que prestó su servicio militar busca que se le protejan sus derechos fundamentales, y por tanto que ordene a la accionada practicar examen de retiro, así como la junta medico laboral, teniendo en cuenta las molestias que presuntamente padeció durante su tiempo vinculado como conscripto a la entidad accionada.

Al respecto, debe advertirse que no obra en el expediente documento que permita determinar que el accionante previo a la presentación de esta acción haya presentado requerimiento o solicitudes ante la entidad accionada.

Ahora tampoco se demostró la imposibilidad del accionante durante un lapso de 27 años, de buscar en un término razonable la protección judicial de sus derechos fundamentales y que permitan omitir la aplicación del principio de inmediatez.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no resulta procedente, por cuanto no se cumple con el requisito de procedibiliad del principio de inmediatez, puesto que han pasado más de 27 años desde la ocurrencia del hecho y no se demostró justificación razonable frente a la inactividad del accionante.

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

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por **JOSE JAVIER CASTRO DUQUE** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante y a los accionados.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JBR

1. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO - Bogotá, D.C. dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012) - Ref.: Expediente: 25000-23-24-000-2012-00836-01 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-654 de 2006 MP: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. [↑](#footnote-ref-2)