|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190000400** |
| DEMANDANTE | **DEIVY LONDOÑO VÉLEZ** |
| DEMANDADO | **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

DEIVY LONDOÑO VÉLEZ interpuso acción de tutela mediante apoderado en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL con el fin de proteger su derecho fundamental a la salud, la vida, seguridad social, debido proceso, igualdad y dignidad.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a vincularlo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, se le presten todos los servicios médicos y se practique la Junta Medico Labora**

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

*“Primero. - Mi mandante, el señor SLR ® DEIBY LONDOÑO VELEZ, fue vinculado a la Institución EJÉRCITO NACIONAL, para prestar su servicio militar obligatorio, habiéndolo hecho en buenas condiciones de salud lo cual se presume pues de lo contrario no hubiese sido declarado APTO para el servicio.*

*Segundo.- Durante la jornada militar, debido a los pesados ejercicios de instrucción y operativos que le fueron impuestos, además del trato recibido en las distintas etapas que cubrieron toda su permanencia, sufrió en su integridad psicofísica periódicos quebrantos de salud que han deteriorado de manera considerable su calidad de vida.*

*Tercero. - Mediante orden administrativa de personal N° 1260 con fecha 15 de NOVIEMBRE de 2005, mi poderdante fue retirado y desvinculado del sistema de salud de las fuerzas dejándolo sin posibilidad alguna de recibir tratamiento médico continuo a sus patologías, hecho que ha generado un desmejoramiento progresivo en su estado de salud.*

*Cuarto. - Viéndose notablemente afectado en su estado de salud y la desatención médica por parte de la entidad a la que prestó sus servicios por más de tres años, mi poderdante fue valorado por el especialista en Salud Ocupacional, médico Laboral y Consultor Dr. MANUEL ALEJANDRO VIVEROS CORTES, quien determinó que mi poderdante padece graves afectaciones en su estado de salud y actualmente tienen una disminución de la capacidad laboral actual de mi poderdante, corresponde al 51.19%, por enfermedad profesional, lo que muestra que en verdad, por motivo del abandono al que lo ha sometido la entidad castrense, al negar la prestación de los servicios médicos, las condiciones de salud, vida y dignidad de mi poderdante se han venido afectando de manera permanente y continúa, manteniéndolo hoy alejado de cualquier posibilidad de recuperación.*

*Quinto. - En virtud de la calificación de la pérdida de capacidad laboral de mi poderdante, se inició proceso de Contencioso Administrativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, tendiente a lograr el reconocimiento y pago de la Pensión de Sanidad; sin embrago, mientras el juez de instancia se pronuncia de fondo, se requiere la vinculación al subsistema de salud de las Fuerzas Militares y la definición de su situación médico laboral.*

*Sexto.- Actualmente, el SLR ® DEIBY LONDOÑO VELEZ no cuenta, con recursos de ningún tipo, ni con afiliación al subsistema de salud de las Fuerzas Militares, hecho este que resulta insólito, por cuanto contraviene variados pronunciamientos jurisprudenciales que imponen a dicho estamento militar la obligación inexcusable de continuar dándoles tratamiento a los miembros de la institución en igualdad de condiciones a los activos cuando son retirados hasta su total recuperación, como es el caso que nos ocupa respecto de mi mandante.*

*Séptimo.- En diferentes oportunidades, se ha solicitado a la institución accionada a través de sus dependencias, la reactivación de servicios médicos, con la finalidad de poder tratar sus patologías actuales y no permitir el desmejoramiento avanzado de las mismas, además de la realización de la respectiva Junta Médico Laboral, a la que legalmente tiene derecho; sin embargo, siempre hemos recibido una negativa argumentando un supuesto abandono del tratamiento, hecho contradictorio al ordenamiento jurídico y a los principios del Estado Social de derecho, más aún cuando es una obligación de la institución demandada, realizar la respectiva Junta Médico Laboral incluso antes del licenciamiento”.*

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1** La presente demanda fue radicada el 15 de diciembre de 2018.

**2.2** Con auto del 17 de enero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado MINISTRO DE DEFENSA el 18 de enero de 2019 guardo silencio.

1. **LAS PRUEBAS:**

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

* Poder conferido al abogado Luis Erneider Arevalo. (folio 5 y 6 del cuaderno principal)
* Copia de C.C de Deivy Londoño Vélez. (folio 7 del cuaderno principal)
* Copia de la Calificación de la Disminución de la Capacidad Laboral de Deivy Londoño Velez. (Folio 8 a 12 del cuaderno principal)
* Copia de Certificación de Comando Personal de Dirección de Personal del Ejército. (folio 13 del cuaderno principal)
* Copia de Certificación de Oficial de Sección Atención al Usuario DIPER. (folio 14 del cuaderno principal)
* Copia de respuesta a derecho de petición Nº 20173391153231 del 14 de julio de 2017. (folio 15 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.

**5.2** Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es salud, vida, dignidad y seguridad social toda vez que la entidad accionada se niega a reactivarle los servicios médicos.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionante ante las actuaciones de la entidad?**

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

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 deberá adoptar políticas que aseguren la prestación del derecho a la salud como servicio público esencial obligatorio.

El Sistema de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está previsto en el Decreto 1795 de 2000. El artículo 6º de dicha normativa establece que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se rige por los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad, autonomía, descentralización, desconcentración, integración funcional, independencia de recursos, atención equitativa y preferencial, racionalidad y unidad.

De conformidad con los principios mencionados, las Fuerzas Militares y de Policía deben vincular al sistema de seguridad social a quienes prestan el servicio a la institución, y tal deber cesa con el retiro de la persona. La obligación mencionada beneficia también a los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio, quienes no tienen una relación laboral pero ejercen sus funciones en cumplimiento de un deber constitucional, por lo que el Estado tiene a su cargo la garantía de su derecho a la salud.

No obstante, los principios de solidaridad[[1]](#footnote-1) y equidad[[2]](#footnote-2) implican que, ante ciertas circunstancias, se prolongue la obligación de prestar el servicio de salud a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía con posterioridad a su desvinculación.

En cuanto a los derechos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados, que adquieran una enfermedad en actividades propias del servicio, a obtener una nueva valoración médica, la Corte ha señalado, que tratándose de estas solicitudes, las autoridades militares se encuentran obligadas a realizar todos los exámenes médicos que se requieran para establecer si la dolencia que el soldado dice padecer aún existe y cuál es su magnitud[[3]](#footnote-3).

Ahora, en cuanto a la carga de la prueba en las acciones de la tutela la Corte en sentencia T-074 de 2000 señaló que “*de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela goza de amplias facultades con miras a establecer la verdad de los acontecimientos que se llevan a su análisis y las verdaderas circunstancias del caso controvertido. A juicio de la Corte, el juez debe utilizar esas posibilidades para asegurar así la inmediación que requiere con el objeto de acertar en su fallo. Si no lo hace, corre el riesgo de dejar desprotegidos derechos fundamentales que merecen protección o de obrar, por el contrario, con tal precipitud que ampare situaciones que no requieren la intervención judicial o respecto de las cuales ella no cabe.”* En el mismo sentido, en providencia T- 699 de 2002, esta Corporación sostuvo que “*a los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales*.”

En el caso bajo estudio, el accionante afirma que se le han vulnerado sus derechos fundamentales, toda vez que la entidad accionada ha decidido no reactivar los servicios médicos a pesar de tener conocimiento de todos los quebrantos de salud que padece el actor. Por lo tanto, solicita que sean activados nuevamente los servicios médicos, que se le suministren todo el tratamiento médico, se realice todo los conceptos médicos y por último, se practique junta médica laboral.

Para lo anterior, menciona el actor, aporta prueba, que radico derecho de petición ante la entidad solicitando la activación de servicios médicos para continuar con el trámite de la Junta médica; sin embargo la entidad le manifestó que no era posible toda vez según lo dispuesto en el Decreto 1796 del 2000 había prescrito el derecho.

Igualmente menciona el actor que en la actualidad se encuentra en cursos un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión.

En primer lugar, Para responder esta pregunta planteada debemos tener en cuenta la esencia de la acción de tutela, su 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.

El numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala que: “*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[[4]](#footnote-4)”* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos.

 Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, para lo cual deberá observar detenidamente los hechos y pruebas obrante en el expediente**,**  con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

**Se trata, en consecuencia, de un medio subsidiario que no puede reemplazar procedimientos ordinarios ni suplir los medios de defensa previstos en el ordenamiento legal para la protección de los derechos.**

En el presente caso, encontramos que ante la respuesta de entidad de negarse a reactivar los servicios médicos del accionante al ser este pronunciamiento un acto administrativo, puede el accionante impugnar dicha decisión por otros medios de defensa judicial como lo es acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, dentro de la cual se pueden alegar las violaciones que se estimen frente al ordenamiento jurídico, entre otras, contra derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la tutela no tiene cabida por tener el carácter de subsidiaria.

Además, como lo manifestó el demandante y se verificó en la página web de la rama judicial “siglo XXI” en la actualidad se encuentra en curso una demanda ante la jurisdicción contenciosa, donde puede el demandante solicitar las pruebas que considere conducente, pertinentes y útiles dentro de las cual puede solicitar lo que hoy pretende mediante la presente acción de tutela.

Ahora bien, el medio de control de tutela tampoco tendría cabida como mecanismo transitorio, porque no está demostrado que el demandante padezca un perjuicio irremediable como lo ha resuelto el Consejo de Estado en casos ciertas situaciones “*…la acción de tutela planteada sólo sería procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se adelanta y decide la acción principal. No obstante, el accionante no expresa cuál sería el perjuicio con carácter de irremediable que sufriría mientras ejerce y se decide la mencionada acción principal, ni ello surge del contexto del caso planteado, pues no existen evidencias sobre la gravedad e inminencia que pudiera tener el posible perjuicio sufrido por el accionante, además de que, como quedó dicho, el presunto perjuicio podría ser restablecido como consecuencia del ejercicio de la citada acción contencioso administrativa[[5]](#footnote-5).”*

Es decir, para que proceda la tutela transitoria se requiere que el daño aún no se haya causado y que de causarse no pueda remediarse.

Cabe anotar que el perjuicio irremediable es aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis del caso no obran pruebas de donde se infiera la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiere evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción, pues según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Teniendo en cuenta lo anotado, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental, la acción de tutela no es el medio apropiado para su protección, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la satisfacción de sus pretensiones por lo que la acción incoada es improcedente.

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 **DEIVY LONDOÑO VÉLEZ** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia a la accionante **DEIVY LONDOÑO VÉLEZ** y al MINISTRO DE DEFENSA y/o a quien haga sus veces.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JBR

1. Decreto 1795 de 2000, artículo 6º literal e): *“SOLIDARIDAD: Es la práctica de la mutua ayuda entre los Establecimientos de Sanidad de las Fuerzas Militares y Policía Nacional bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”* [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 1795 de 2000, aartículo 6º literal h): *“EQUIDAD. El SSMP garantizará servicios de salud de igual calidad a todos sus afiliados y beneficiarios, independientemente de su ubicación geográfica, grado o condición de uniformado o no uniformado, activo, retirado o pensionado.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-393 de 1999, T-762 de 1998, T-493 de 2004 y T-140 de 2008 [↑](#footnote-ref-3)
4. Según Sentencia de la Corte Constitucional: ***“no basta pues, afirmar la irreparabilidad del perjuicio de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión”*** (**Sentencia T-449 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**).

   La definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional así:*“...es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. ...la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. para evitar un perjuicio irremediable cuando concurran los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (****Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.)*** [↑](#footnote-ref-4)
5. *Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ - Radicación número: AC-5988.* [↑](#footnote-ref-5)