|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil veinte (2020)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190037800** |
| DEMANDANTE | **DUMAR RAMÓN ALBARRACÍN REYES** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

DUMAR RAMÓN ALBARRACÍN REYES actuando en nombre propio interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL con el fin de proteger su derecho fundamental de salud, vida, debido proceso e igualdad.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene a la entidad demandada iniciar las valoraciones médicas para calificar las presuntas secuelas que padece por haber sido parte del Ejercito Militar, es decir, que se realice la Junta Medico Laboral.**

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

* Menciona el accionante que el 20 de septiembre de 2003 se encontraba en desarrollo de la Operación “Torpedo” y fue impactado por arma de fuego en el hombro izquierdo. En razón al accidente quedó con graves secuelas que han sido tratas en varias veces por la especialidad de ortopedia.
* Fue retirado del Ejército Nacional mediante Orden Administrativa de Personal Nº 1223 del 20 de octubre de 2004.
* El 8 de noviembre de 2019 radicó derecho de petición en la página web de la Dirección de Sanidad solicitando con base en el Decreto 1796 de 200 y Decreto 094 de 1989 la práctica de exámenes médicos definitivos y elaboración de Junta Medica Laboral de las lesiones sufridas al haber prestado servicio al Ejercito Nacional. Que fueran practicados los exámenes de manera oportuna y en términos razonables.
* El 25 de noviembre de 2019 la Dirección de Sanidad del Ejército a través de correo electrónico contestó la petición indicando que no hay avance del proceso médico del accionante, por lo que debía aportar los soportes que demuestren las razones por la cuales omitió la realización de la Junta Médica.
* Considera el accionante que la respuesta dada por la entidad no es congruente ni responde de fondo la petición invocada.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 10 de diciembre de 2019 (folio 13 del Cuaderno Principal)
  2. Mediante providencia del 11 de diciembre de 2019 (folio 15 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado Ministro de Defensa el 12 de diciembre de 2019 (folio 18 del Cuaderno Principal), contestó en síntesis lo siguiente:

* El señor Dumar Ramón Albarracín Reyes perteneció a las Fuerzas militares como soldado profesional hasta el 20 de octubre de 2004 mediante Orden Administrativa Nº 1223. Por lo tanto, el señor Albarracín no es afiliado ni beneficiario del Subsistema de Salud de la entidad.
* Al verificar los documentos aportados en la tutela menciona el accionado que la historia clínicas del 2018 es de la IPS Llanos Orientales Yopal y que corresponde a la EPS a la cual está afiliado el accionado MEDIMAS.
* Indica que al verificar las bases de datos del Registro Únicos de afiliados el señor esta afiliado a varias ARL.
* En relación a la convocatoria de la Junta Medica argumenta que al señor Dumar Ramón Albarracín se le realizó Junta Medico Laboral Nº 425 del 13 de febrero de 2004 en donde fue valorado por ortopedia y le determinaron una pérdida de capacidad de 19.45%, decisión que fue notificada el 14 de febrero de 2004.
* Frente a la decisión de la Junta Medica informa el accionado que el demandante contaba con 4 meses a partir de la notificación para solicitar la revisión de dictamen ante el Tribunal Médico de Revisión, sin embargo, el señor no presentó recurso.
* Por todo lo anterior, solicita el accionado se declare improcedente la acción de tutela.

1. **LAS PRUEBAS:**

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

* Copia simple de Informe Operación Torpedo de 20 de septiembre de 2003. (fl 4 cp)
* Copia simple de historia clínica del señor Dumar Ramón Albarracín IPS Llanos Orientales – Yopal. (fl5 a 7 cp)
* Copia simple de C.C Dumar Ramón Albarracín. (fl 8 cp)
* Copia simple de Orden Administrativa Nº 001223 del 20 de octubre de 2004. (fl 9 a 10 cp)
* Copia de correos electrónicos. (fl 11 y 12 cp).

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 salud, vida, igualdad y debido proceso toda vez que la entidad accionada no realiza los exámenes médicos definitivos para practicar Junta Medica Laboral de pérdida de capacidad definitivo.

Así las cosas, cabe preguntarse en primer lugar si **resulta procédete la acción de tutela y en caso afirmativo determinar si existe vulneración a los derechos fundamentales del acciones ante la negativa de la entidad de practicar valoración médica y junta médica laboral definitiva.**

Para empezar 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[[1]](#footnote-1)”* (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 caso bajo estudio, el accionante afirma que presentó petición ante la Dirección de Sanidad solicitando que le fueran practicados exámenes médicos definitivos y a su vez se practique Junta Medica Laboral Definitiva donde se valoren y califique todas las lesiones sufridas durante su permanencia en el ejército Nacional.

La entidad contestó al accionante la petición indicando que no era posible acceder a su solicitud dado que *“se realizó la revisión de su caso medico en el sistema de información de Medicina Laboral que a la fecha no se evidencia avance de su proceso; debido a lo anterior en atención a su solicitud, me permitido manifestar que deberá allegar, los soportes que demuestren las razones por la cuales usted omitió la realización de su junta médica”.* Por lo anterior, considera el accionantes se están vulnerando sus derechos fundamentales dado que se están solicitando documentos que ya se realizaron.

A su vez revisado los documentos que obran en el expediente relacionados con las lesiones que sufrió el accionante se encontró: 1) un informe de operación Torpedo incompleto donde no se menciona al accionante o alguna lesión sufrida por este.

2.) historia Clínica del IPS Llanos Orientales – Yopal donde se anota *“Enfermedad Actual: paciente asiste al servicio para certificado de discapacidad refiere antecedentes de herida con arma de fuego con alojamiento de perdigones en región de hombro izquierdo hace 15 años (20-09-2003) actualmente refiere dolor. –Escala de dolor: Sin dolor. – Discapacidad Ninguna”*

Por otro lado, notificado al accionado de la presente acción contestó manifestado que la accionante le fue practicada su Junta Medica Laboral el 13 de febrero de 2004 en donde le determinaron una pérdida de capacidad permanente parcial del 19.45% y según aparece hubo concepto de especialista en Ortopedia, también manifiesta que contra la misma procedía la solicitud de convocatoria del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar, sin que haya presentado solicitud de convocatoria por parte del accionante quedando en firme el Acta de Junta Medico Laboral Nº 425.

Ahora bien, de los hechos narrados y las pruebas obrante en el expediente, este despacho encuentra que el accionante está inconforme con la respuesta de la entidad de negarse a reactivar los servicios médicos, decisión que es un acto administrativo y por tanto puede ser controvertido por los 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, siendo la tutela improcedente por tener el carácter de subsidiaria.

Tampoco encuentra este operador judicial que estemos ante alguno de los supuestos que ha establecido la Corte constitucional para que un miembro de la fuerza retirado sin derecho a pensión pueda ser valorado nuevamente, pues de las documentos aportados no es posible determinar (i) que exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) **que dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente;** y (iii) **que** **la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro[[2]](#footnote-2).** Puesto que,en la Junta Medica practicada se determinó una pérdida de capacidad parcial permanente con secuela de dolor en hombro izquierdo, es decir que no es un desarrollo no previsto**.**

Por último, la acción 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[[3]](#footnote-3).”*

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).

Finalmente, 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** por improcedente la Acción de Tutela impetrada por **DUMAR RAMÓN ALBARRACÍN REYES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante DUMAR RAMÓN ALBARRACÍN REYES, al MINISTRO DE DEFENSA y al Director de Sanidad Militar 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. 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-1)
2. Sentencias T-393 de 1999, T-762 de 1998, T-493 de 2004 y T-140 de 2008 [↑](#footnote-ref-2)
3. *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-3)