|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190003100** |
| DEMANDANTE | **ARNUBIO MINA GONZÁLEZ**  |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL**  |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

ARNUBIO MINA GONZÁLEZ actuando por medio de apoderado 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, y el debido proceso.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene a la entidad demandada iniciar las valoraciones médicas para calificar todas las lesiones, patologías y cualquier tipo de afección adquirida durante el servicio prestado a la institución en calidad de Soldado Profesional, es decir, que se realice la Junta Medico Laboral por retiro.**

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

* Menciona el apoderado del accionante que el señor ARNUBIO MINA GONZÁLEZ sufrió lesiones y afecciones en cumplimiento de su servicio como Soldado Profesional; que no han sido valoradas dentro del procedimiento de la junta médico laboral de retiro.
* Hasta la fecha no ha sido citado para la práctica de la Junta Médica Laboral y entre las secuelas a ser calificadas se encuentran: OTORRINO (Tinnitus), PSIQUIATRÍA, ORTOPEDIA dolor lumbar- ARTROSCOPIA (Dolor en ambas rodillas)- POTENCIALES EVOCADOS AUDITIVOS – MEDICINA FAMILIAR – CIRUGÍA GENERAL herida por arma de fuego en región torácica- OPTOMETRÍA – POLISOMNOGRAFÍA – NEUROLOGÍA y además pérdida de fuerza del miembro superior izquierdo.
* El día 18 de mayo de 2017 le fue practicada la junta medica provisional No. 94934 por seis meses, tiempo a partir del cual debía acercarse a medicina laboral con concepto definitivo; obteniendo al transcurrir de este tiempo el Concepto Médico No. 125011 de fecha 18 de abril de 2018; teniendo la entidad, según el apoderado, toda la información necesaria para calificar la disminución de la capacidad laboral del accionante.
* El señor ARNUBIO MINA GONZÁLEZ solicitó al departamento de Sanidad la convocatoria de la Junta Médico Laboral, sin embargo le fue denegada la solicitud, pues aparentemente no había acreditado la continuidad y no cumplió con las cargas que la administración había radicado sobre él.
* Considera el accionante que la respuesta dada por la entidad no es congruente con los fallos de tutela que han ordenado realizar el examen médico de retiro, toda vez que es un derecho que tienen los soldados y además no tiene prescripción alguna.

 **ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 7 de febrero de 20120 (folio 1-5 del Cuaderno Principal)
	2. Mediante providencia del 10 de febrero de 2020 (folio 30 del Cuaderno Principal) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado.
1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado Ministro de Defensa el 11 de febrero de 2020 (folio 31 del Cuaderno Principal), no contestó la tutela, guardando silencio.

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 de accidente del 26 de septiembre de 2007 mediante el que se pretende probar el impacto por arma de fuego sufrido por el demandante (fl 8-9 cp).
* Copia simple de historia de remisión emitido por el Hospital San Andrés del señor Arnubio Mina González (fl 10-12 cp).
* Copia simple del informativo administrativo por lesiones del 8 de octubre de 2007 (fl 13 cp).
* Copia simple de ficha médica unificada emitida por la dirección de sanidad del ejército del 26 de enero de 2016 donde se evidencian perturbaciones en el oído y en las vías digestivas (fl 14 a 19 cp).
* Copia de entrega de concepto para Junta Médico Laboral del 7 de mayo de 2018. (fl 20 cp).
* Copia simple del Concepto médico del 08 de febrero de 2018 (fl 21-26 cp).
* Copia simple de la respuesta a la petición del señor Arnubio Mina González negando la realización de la Junta Médica Laboral por no allegar en tiempo el concepto médico militar, no acreditando la continuidad del 29 de octubre de 2019 (fl 27 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 y debido proceso toda vez que la entidad accionada no realiza los exámenes médicos definitivos para practicar Junta Médica Laboral de pérdida de capacidad por retiro.

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 accionante 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 fueron 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 *“no cumplió con lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1796/2000, pues no acredita continuidad, debido a que no allegó en tiempo el concepto médico definitivo que trata la Junta Médica Provisional; es de mencionar que la calificación de Junta Médica de Retiro demanda del usuario distintas acciones, como lo es acercarse en el término establecido a realizarse su Ficha Médica Unificada de la que debe solicitar calificación para que le sean ordenados los conceptos médicos necesarios, los cuales debe practicarse en un término prudencial para la realización de la Junta Médica conforme lo establece el art. 8 inc. 2 Decreto 1796 de 2000”.* Por lo anterior, considera el accionantes se están vulnerando sus derechos fundamentales dado que no existe una prescripción para la realización de la calificación, y esta decisión va en contravía de lo señalado en varias ocasiones en diversas acciones de tutela.

A su vez revisado los documentos que obran en el expediente relacionados con el tema que nos ocupa, se encontró: 1) Mediante concepto médico del 08 de febrero de 2018 queda evidenciado que el accionante sufría para el momento de trauma penetrante al nivel del tórax, disminución de la fuerza muscular en miembro superior izquierdo, traumatismo por proyectil de arma de fuego, y leve dolor en la columna con espasmos en la vértebra.

2) Se le entregó el concepto Médico a la Dirección de Sanidad del ejército para la realización de la Junta Médico Laboral el día 7 de mayo de 2018.

2.) La respuesta de la entidad tuvo lugar el día 29 de octubre de 2019.

Por otro lado, notificado al accionado de la presente acción guardó silencio y no contestó la demanda.

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 realizar la Junta Médico Laboral, 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.

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[[2]](#footnote-2).”*

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 **ARNUBIO MINA GONZÁLEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante ARNUBIO MINA GONZÁLEZ, 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

AMRA

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. *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-2)