

ACCION DE TUTELA PARA VALORACION POR JUNTA MEDICO LABORAL – Procedencia y principio de inmediatez

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la entidad accionada ni al juez de primera instancia, en considerar que existe otro mecanismo judicial de protección, sobre todo cuando se limitan a realizar tal afirmación, sin especificar por ejemplo cuál sería el medio de defensa idóneo y eficaz para lograr la convocatoria de la Junta Médico Laboral y la prestación del servicio de salud que solicita el actor, y sobre todo, en atención a la reiterada jurisprudencia que existente en la materia, que fue expuesta por el demandante en el escrito de tutela y frente a la cual el Tribunal no realizó consideración alguna, a pesar de la petición expresa de aquél de tenerla en cuenta o exponer las razones por las cuales no se comparte o es impertinente su aplicación. En cuanto a la presunta pretermisión del principio de la inmediatez, es necesario precisar que si bien es cierto hace más de 5 años el accionante fue retirado del servicio activo, también lo es que el mismo tiene un interés actual, consistente en que se defina su situación de sanidad y se le preste el servicio de salud, de un lado, porque como lo reconoce la misma Dirección de Sanidad, el peticionario no fue valorado por la Junta Médico – Laboral, y porque éste argumenta que actualmente padece problemas físicos ocasionados por causa o razón del servicio que aún no han sido debidamente tratados.

Sistema de Salud de las Fuerzas Militares – Derecho del conscripto retirado a que se defina su situación médico laboral no prescribe

En ese orden de ideas se reitera que no es cierto que la responsabilidad de tramitar la realización del examen médico – laboral sea exclusiva del personal retirado, y que el hecho que haya transcurrido más de un año desde el retiro a la práctica de dicho examen, no exime de tal obligación a la entidad accionada, sobre todo cuando están en riesgo los derechos fundamentales invocados, en especial la salud, porque del examen que se realice se definirán entre otros asuntos, si las dolencias que padece el interesado son por causa o con ocasión del servicio, y por ende, si le asiste el derecho a recibir la atención médica que requiere por parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Por las consideraciones expuestas estima la Sala que en el caso de autos es contrario al derecho fundamental del debido proceso, que la parte accionada le haya negado al accionante la realización del examen médico requerido, invocando que éste constituye una prestación susceptible del término de prescripción previsto en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000... Ahora bien, respecto a la presentación del servicio médico es necesario aclarar de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, que si la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (artículo 26 del Decreto 1796 de 2000) que es el superior jerárquico de ésta, determinan que el accionante padece problemas de salud por causa o con ocasión del servicio que requieren de atención médica, la parte accionada estará en la obligación constitucional de garantizarle al accionante de forma integral y permanente el servicio de salud pertinente hasta que se encuentre en óptimas condiciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 86 / DECRETO 1796 DE 2000 - ARTICULO 47

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de febrero de 2011, exp. 25000-23-31-000-2010-03448-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, y Corte Constitucional, sentencia T-020 de 2008

ACCION DE TUTELA – No procede para obtener el reconocimiento de pensión de invalidez

Por la anterior circunstancia no es viable que por vía de la acción de tutela el actor pretenda el reconocimiento de una prestación sin adelantar el procedimiento administrativo y/o judicial correspondiente, so pena de desconocer la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción constitucional, y permitir que la misma sea empleada para pretermitir los trámites legalmente previstos para la obtención de los beneficios que reclaman.

COSTO DE TRASLADO DE ACCIONANTE – No se cumplen las condiciones para que sea asumido por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

Como puede apreciarse, los casos en que la Corte ha ordenado que las entidades prestadoras del servicio de salud deben asumir los costos de traslado de sus pacientes para los respectivos controles médicos, hacen referencia a personas en situación de debilidad manifiesta, que requieren atención urgente e inmediata para la garantía de sus derechos a la salud y a la vida, que se encuentran en un evidente estado de vulnerabilidad, el cual tiende a acentuarse por la comprobada carencia de recursos económicos para sufragar los costos del transporte que se requiere. Adicionalmente se evidencia que en las oportunidades en que la Corte Constitucional ha accedido al amparo solicitado, se trata de personas respecto de las cuales no hay discusión de su afiliación a la entidad prestadora del servicio de salud, a la que se endilga la obligación de asumir los costos del servicio de transporte. En el caso de autos la Sala estima que no se presentan las circunstancias excepcionales para ordenar en favor del actor, que la parte accionada asuma los costos de transporte que requiere para que se le practiquen los exámenes médicos pertinentes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 86 / DECRETO 1796 DE 2000 - ARTÍCULO 47

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 20001-23-31-000-2012-00033-01(AC)

Actor: ELKIN OSVALDO CASTRO DE ÁVILA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCION DE SANIDAD

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 1° de febrero de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, negó la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Elkin Osvaldo Castro De Ávila, en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo del Cesar, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital e igualdad, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Dirección de Sanidad – Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 Rondón.

Solicita al juez de tutela, que en amparo de los derechos invocados se le ordene a la parte accionada lo siguiente:

1. Fije fecha y hora para practicarle los exámenes médicos que se requieran para que en el término máximo de 15 días siguientes a la notificación del fallo de tutela correspondiente, su estado de salud sea valorado por la Junta Médico Laboral.
2. Asuma los costos de su traslado a la ciudad de Bogotá, con el fin de que pueda ser valorado por la referida Junta.
3. Que en el evento que se determine que su capacidad laboral ha disminuido en un 50%, expida el acto administrativo mediante el cual reconozca en su favor la pensión de invalidez, de conformidad con la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.

De otro lado solicita al juez de tutela, que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, emita una condena en abstracto contra la parte demandada por los hechos que atentan contra sus derechos fundamentales.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 19-28):

Indica que en el año 2004 fue reclutado por el Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio, en el Cuarto Contingente de Soldados Regulares

Orgánicos del Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 Rondón, ubicado en Buenavista La Guajira.

Señala que para el 28 de agosto de 2005, alrededor de la 1:00 a.m. se encontraba de centinela en el puesto de control sobre la vía del Municipio de Villanueva La Guajira, sobre un Tanque Cascabel del cual cayó sufriendo una herida en la cabeza en virtud de la cual perdió el conocimiento y fue remitido inmediatamente al Hospital de Villanueva, donde le prestaron la atención necesaria y lo incapacitaron por algunos días.

Destaca que en el informe administrativo por lesiones N° 001 del 13 de enero de 2006, quedó consignado que las lesiones que sufrió fueron por causa y razón del servicio.

Manifiesta que aproximadamente un mes después del accidente, durante la prestación del servicio militar sufrió una fuerte convulsión en virtud de la cual fue incapacitado por un mes.

Relata que en el mes de agosto de 2006 culminó el servicio militar obligatorio, y que el día 11 del mismo mes se le practicó un examen médico a partir del cual se consignó en el acta respectiva, que *“SLR CASTRO DE ÁVILA ELKIN OSVALDO no se licenciaba y quedaba por cuenta de la Sección de Sanidad”*, y que la anterior afirmación se justificó bajo la anotación *“Convulsión posterior a Trauma Craneoencefálico”*.

A renglón seguido afirma que fue dado de alta el 17 de enero de 2007, y que a pesar de retardarse 5 meses *“el licenciamiento”* por causa de las lesiones sufrida, mientras permaneció en el Ejército Nacional no se le practicó Junta Médica de Retiro.

Señala que durante los años 2007 y 2008 presentó algunos episodios de convulsiones, respecto de los cuales la parte accionada no le prestó la atención debida, por lo que tuvo que recurrir a un médico particular que entre otros medicamentos le prescribió el denominado CARBAMAZEPINA.

Sostiene que debido a la falta de diligencia de la parte demandada respecto a su estado de salud se vio obligado a acudir a la Defensoría del Pueblo Regional de la

Guajira, que provocó el pronunciamiento del Coronel Gustavo Díaz Tamayo, Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 Rondón, que mediante oficio del 15 de octubre de 2008 le solicitó que debía dirigirse a la Sección de Personal, con el fin informarle sobre el trámite a seguir para solucionar su situación de sanidad.

Indica que en el referido Grupo de Caballería se le indicaron todos los exámenes que debía practicarse en la ciudad de Valledupar para que posteriormente fuera valorado por la Junta Médico Laboral, los cuales no pudo llevar a cabo en su totalidad por la falta de recursos económicos para desplazarse a las instalaciones del Batallón La Popa y porque continuamente se le aplazaban las citas que le eran programadas.

Sostiene que unos meses después insistió en su solicitud de ser valorado por la parte accionada, para lo cual con la asistencia de un profesional del derecho se acercó a las instalaciones del Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 Rondón, donde le indicaron que la institución ya no tenía obligación alguna con él, teniendo en cuenta todo el tiempo que había transcurrido, afirmación que reprocha el actor porque estima que la no definición de su situación de salud se debe a la actitud negligente de la parte demandada.

Subraya que tiene dos hijos de 8 y 2 años de edad, y que por su actual estado de salud le es difícil encontrar empleo, en buena parte debido a los efectos secundarios del medicamento CARBAMAZEPINA, mediante el cual ha estabilizado los episodios convulsivos.

Considera que en virtud de la situación antes descrita ha visto afectado el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar, pero que dicha situación puede mejorar de determinarse que tiene algún derecho como la pensión de invalidez.

Agrega que en ocasiones por la falta de recursos económicos y *“la suspensión del servicio médico de la Institución”*, no ha podido adquirir el referido medicamento, con la consecuencia de que nuevamente se presentan los episodios de convulsión, situación que estima afecta su derecho a la seguridad social.

Transcribe algunas consideraciones de sentencias del Consejo de Estado^[1] y la Corte Constitucional^[2], sobre el derecho de los ciudadanos que estuvieron vinculados al Ejército Nacional, a que su estado de salud sea valorado plenamente al retirarse de la institución, destacando los apartes que señalan que frente a tal derecho no existe un término de prescripción.

Finalmente solicita al Tribunal que se aplique el precedente desarrollado por las corporaciones judiciales antes mencionadas frente a casos similares al de autos, o que de lo contrario se expresen las razones por las cuales se aparta del mismo.

INFORME DE LA PARTE ACCIONADA

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional se opuso a la acción de tutela por las siguientes razones (Fls.39-42,57-63):

Señala que el peticionario permaneció en servicio activo hasta el mes de agosto de 200(sic) (Fls.39 a 57), por la causal de tiempo de servicio militar cumplido, y que según la base de datos de la Sección de Medicina Laboral, el actor no registra antecedentes médicos laborales, que permitan calificar su permanencia en la institución (Fls. 40,58).

Subraya que la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército expidió la Circular N° 001 de 28 de marzo de 2006, que establece que una vez se produzca el licenciamiento de los soldados, las Unidades Tácticas deben enviar el acta de evaluación del contingente donde reporte el personal que padezca patologías o lesión como consecuencia del servicio militar obligatorio, especificando la novedad por cada soldado a la Dirección de Sanidad, con el fin de coordinar el servicio médico únicamente por la afección de salud reportada, y que *“una vez reportado el licenciamiento del soldado éste debe hacer presentación en la Sección de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad, con el fin de definir su situación”*

Destaca que de conformidad con el artículo 8° del Decreto 1796 de 2000, los exámenes de retiro deben practicarse dentro de los 2 meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, y que cuando el interesado sin causa justificada no comparece dentro de dicho término, debe presentarse por su cuenta

^[1] Cita la sentencia del 22 de marzo de 2007, expediente 25000-2324-000-2006-02565-01, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

^[2] Sentencia T-948 del 16 de noviembre de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

para la práctica de dicho examen en los establecimientos de Sanidad Militar o de Policía. A renglón transcribe el último inciso del artículo 7° del Decreto 1796 de 2000 que establece:

“El examen de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los sesenta (60) días anteriores a su desacuartelamiento. El control de este término será responsabilidad directa de la Dirección de Personal u Oficina que haga sus veces en la respectiva Fuerza y en la Policía Nacional.”

Agrega que de conformidad con el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, las prestaciones establecidas en la misma norma prescriben de la siguiente manera:

- a. Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años.
- b. Las demás prestaciones en el término de un (1) año.”

En virtud de las anteriores normas, en especial del literal b), artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, sostiene los derechos reclamados por el actor se encuentran prescritos, por lo que no es viable jurídicamente acceder a la solicitud de convocatoria de la Junta Médico Laboral, teniendo en cuenta que han transcurrido más de 5 años desde que se retiró del Ejército Nacional sin que se advierta que haya adelantado alguna actuación sobre su situación de sanidad, circunstancia que adicionalmente estima pone entredicho el presunto mal estado de salud en que se encuentra.

Explica de forma pormenorizada el procedimiento para llevar a cabo la definición de la situación médico – laboral, que inicia con la presentación del pliego de antecedentes o la ficha médica de retiro donde el peticionario consigna las distintas dolencias o patologías, continúa la realización de los exámenes pertinentes por las distintas especialidades con los conceptos médicos correspondientes, y finalmente la programación y práctica de la Junta Médico Laboral, con el fin de destacar que a la persona interesada le asiste la obligación de estar pendiente del trámite de su solicitud y de estar presto a los requerimientos que se realizan durante el mismo.

Añade, que no está en la obligación de conminar a los miembros del Ejército Nacional a que se realicen los exámenes psicofísicos de retiro, en tanto tal es un derecho que está consagrado en el Decreto 1796 de 2000, motivo por cual los interesados no pueden alegar en su favor desconocimiento de dicha prestación.

Afirma que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, que establece quiénes son los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, al peticionario no le asiste el derecho a recibir la atención médica en los establecimientos de Sanidad Militar, por lo que no es viable jurídicamente acceder a su solicitud de prestación de servicios médicos.

Estima que el accionante pretende el amparo de derechos que no son fundamentales, los cuales pueden ser reclamados mediante otros mecanismos de defensa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por último reprocha que el peticionario haya instaurado la acción de tutela 5 años después de su retiro de la Fuerza Pública, y que durante ese tiempo no haya seguido las indicaciones de la Dirección de Sanidad para definir su situación médica.

El Comandante del Grupo de Cabellería Mecanizado N° 2, se opuso a la acción de tutela después de proferido el fallo de primera instancia, argumentando en síntesis que desde que se desempeña como comandante del mencionado grupo (a partir del 30 de junio de 2011), no ha recibido solicitud alguna del actor, pero que en su criterio éste puede acercarse a la Dirección de Sanidad, que ordenará en su favor la convocatoria de la Junta Médico Laboral, razón por la cual la acción de tutela carece de objeto (Fls. 65-67).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 1° de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo del Cesar negó la acción de tutela instaurada por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 46-54):

Afirma que el problema jurídico consiste en establecer si los derechos fundamentales invocados por el actor le fueron vulnerados por la parte demandada, por la omisión de llevar a cabo el examen médico laboral de las lesiones adquiridas durante la prestación del servicio militar obligatorio.

A renglón seguido realiza algunas consideraciones sobre la naturaleza de la acción de tutela, destacando que la misma es improcedente ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, salvo la configuración de un perjuicio irremediable que debe estar plenamente acreditado.

Afirma que lo solicitado por el accionante se fundamenta en unos hechos que no están plenamente demostrados, y respecto de los cuales se requiere una reconstrucción probatoria que no puede ser adelantada a través de la acción de tutela, sino mediante los mecanismos ordinarios establecidos para tal efecto.

Añade que en el caso de autos tampoco se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues el peticionario pretende que se declare que tiene derecho a la realización de un examen médico laboral por las lesiones adquiridas durante la prestación del servicio militar obligatorio, pero no acredita que de la acción u omisión de la parte accionada se desprenda una situación de peligro inminente a su salud y o mínimo vital.

Considera que no existen elementos de juicio para establecer un nexo causal que permita imputarle a las entidades accionadas la responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que supuestamente generaron el detrimento del estado de salud del actor.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 27 de febrero de 2012, el accionante mediante apoderado impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls.73-81):

Afirma que contrario a lo sostenido por el *A quo*, con el escrito de tutela se anexaron las pruebas que permiten verificar que las convulsiones que padece se deben al accidente sufrido durante la prestación del servicio militar, como lo indica el Acta N° 2631 del 11 de agosto de 2006 que anexó al presente trámite, en la que constan la anotación “*convulsión posterior a trauma craneoencefálico*”.

Añade que después de que todos sus compañeros terminaron el servicio militar obligatorio, tuvo que permanecer en la institución 5 meses más por cuenta de la

Dirección de Sanidad Militar, tiempo durante el cual no le practicaron los exámenes correspondientes por su retiro de la Fuerza Pública.

Estima que es injusto que a pesar de que su estado de salud se vio afectado por la prestación del servicio militar obligatorio, se le niegue el derecho a ser valorado por una Junta Médico Laboral, y a ser indemnizado por la incapacidad que padece por causa de los ataques de epilepsia que sufre.

Reprocha que a pesar de que solicitó la aplicación del precedente establecido por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente a casos similares, el Tribunal Administrativo del Cesar lo haya omitido sin indicar las razones por las cuales no comparte el mismo.

Manifiesta que no es cierto que haya sido negligente en adelantar las gestiones pertinentes para definir su estado de salud, pues ante la falta de atención de la parte accionada se vio obligado a acudir a la Defensoría del Pueblo como expuso en el escrito de tutela, cuya intervención no fue suficiente para la garantía de sus derechos fundamentales.

Reitera que la parte demandada con posterioridad al pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo, le negó la atención que requiere, invocando que sus derechos habían prescrito de conformidad con el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, a pesar que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han establecido que el examen médico de retiro no puede ser considerado como una prestación a la que se le pueda aplicar término de prescripción, sino que es un derecho que tienen todos los funcionarios de la Fuerza Pública que estén en situación de retiro.

Insiste en que debido a su estado de salud no puede conseguir un empleo para procurar la subsistencia de su núcleo familiar, y que por la falta de recursos económicos y la ausencia del servicio médico que requiere, en ocasiones no puede adquirir el medicamento con el cual controla las convulsiones, por lo que ha padecido éstas recientemente.

Por las razones expuestas solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se acceda al amparo solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En síntesis el accionante solicita que se le ordene a la entidad demandada practicarle el examen médico laboral para que se establezca su estado de salud, y a partir de éste se determinen las prestaciones a que haya lugar y se le garantice el servicio médico que requiere. Adicionalmente pretende que se le ordene a la parte accionada asumir los gastos de transporte en que incurra para la valoración de su estado de salud.

Por su parte la entidad accionada argumenta que el actor no ha seguido el trámite establecido para la valoración médico – laboral, y que el impulso de éste es de responsabilidad exclusiva del interesado, por lo que no puede imputársele la no realización de la referida junta.

Añade que el derecho del peticionario a que se definiera su situación de sanidad por parte de la Junta Médico Laboral prescribió, en tanto dejó vencer el término de un año previsto en artículo 47 del Decreto 1796 de 2000.

De otro lado la parte demandada sostiene que como el peticionario no es beneficiario o afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, no le asiste el derecho a recibir la atención médica en los establecimientos de Sanidad Militar, por lo que no es viable jurídicamente acceder a su solicitud de prestación del servicio médico.

Finalmente estima que el actor cuenta con otros mecanismos judiciales de protección, y que al interponer la acción de tutela pretermitió el principio de la inmediatez, pues acudió al juez de tutela 5 años después de su retiro de las Fuerzas Militares.

El Tribunal Administrativo del Cesar sostiene que lo solicitado por el accionante se fundamenta en unos hechos que no están plenamente demostrados, y respecto de los cuales se requiere una reconstrucción probatoria que no puede ser adelantada a través de la acción de tutela, sino mediante los mecanismos ordinarios establecidos para tal efecto.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estima la Sala que son cuatro los problemas jurídicos a resolver en el caso de autos, el primero, si la acción de tutela es procedente para estudiar la presunta vulneración de los derechos

invocados por el actor, y en caso afirmativo, si ésta se interpuso en desconocimiento del principio de la inmediatez; el segundo, si el derecho a que el accionante defina su situación médico laboral es susceptible de prescripción y si se es responsabilidad exclusiva de actor impulsar la práctica del examen de retiro como argumenta la entidad accionada; el tercero, si el peticionario tiene derecho a recibir la prestación del servicio médico en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y el cuarto, si en el caso de autos puede o no ordenársele a la parte accionada que asuma los gastos de transporte en que incurra el actor para la valoración de su estado de salud, por supuesto, si ésta debe realizarse por la demandada.

En virtud de lo expuesto, procede la Sala a resolver los anteriores problemas jurídicos así:

A. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela en el caso de autos.

Respecto a la procedibilidad de la acción objeto de estudio, basta con señalar que esta Subsección en múltiples oportunidades^[3], siguiendo la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional^[4], ha establecido que la acción de tutela es procedente para garantizar los derechos fundamentales de las personas que prestaron sus servicios en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, los cuales pueden verse afectados en virtud de las controversias que se generen con ocasión a la definición o revaloración de la situación médico – laboral con posterioridad al retiro, y respecto a si es o no responsabilidad del sistema de salud de la parte accionada, atender al personal retirado que formalmente no es afiliado o beneficiario del mismo.

Lo anterior, en atención a que la mayoría de las veces el personal retirado de la Fuerza Pública que acude a la acción de tutela para la definición o revaloración de su situación de sanidad o la prestación del servicio médico, padece problemas de salud de significativa importancia que se ocasionaron por causa o con ocasión al servicio que le prestaron a la sociedad, frente a los cuales es necesario definir si

^[3] Sobre el particular pueden apreciarse (entre otras) las siguientes sentencias, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve: **1)** Del 14 de enero de 2010, proceso N° 76001-23-31-000-2009-00894-01. **2)** Del 2 de marzo de 2010, expediente: No. 25000-23-15-000-2009-01617-01. **3)** Del 28 de octubre de 2010, expediente No. 25000-23-15-000-2010-02505-01. **4)** Del 3 de febrero de 2011, expediente 25000-23-31-000-2010-03448-01.

^[4] Sobre el particular puede consultarse entre otras, la sentencia T-602 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y en caso afirmativo adoptar de forma inmediata las medidas de protección que se requieran, que en virtud de la naturaleza de la acción de tutela pueden brindarse de forma eficiente y eficaz.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la entidad accionada ni al juez de primera instancia, en considerar que existe otro mecanismo judicial de protección, sobre todo cuando se limitan a realizar tal afirmación, sin especificar por ejemplo cuál sería el medio de defensa idóneo y eficaz para lograr la convocatoria de la Junta Médico Laboral y la prestación del servicio de salud que solicita el actor, y sobre todo, en atención a la reiterada jurisprudencia que existente en la materia, que fue expuesta por el demandante en el escrito de tutela y frente a la cual el Tribunal no realizó consideración alguna, a pesar de la petición expresa de aquél de tenerla en cuenta o exponer las razones por las cuales no se comparte o es impertinente su aplicación.

En cuanto a la presunta pretermisión del principio de la inmediatez, es necesario precisar que si bien es cierto hace más de 5 años el accionante fue retirado del servicio activo, también lo es que el mismo tiene un interés actual, consistente en que se defina su situación de sanidad y se le preste el servicio de salud, de un lado, porque como lo reconoce la misma Dirección de Sanidad, el peticionario no fue valorado por la Junta Médico – Laboral, y porque éste argumenta que actualmente padece problemas físicos ocasionados por causa o razón del servicio que aún no han sido debidamente tratados.

Añádase a lo expuesto que el actor manifiesta que después de su retiro de las Fuerzas Militares ha insistido en la definición de su situación de sanidad, y como prueba de ello aporta entre otros documentos, un oficio de 15 de octubre de 2008 emitido por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 “RONDÓN” (Fl. 6), en el que se le indica al actor que debe acercarse a la Sección de Personal con el fin de indicarle el trámite que debe seguir para la valoración definitiva de su estado de salud. Respecto a dicho oficio el peticionario argumenta que fue resultado de la actuación que adelantó en protección de sus derechos la Defensoría del Pueblo (Fls. 21,75).

En suma, estima la Sala que la acción objeto de estudio es el mecanismo idóneo para establecer si los derechos fundamentales invocados se encuentran en riesgo

o han sido afectados, y no se observa que en la interposición de la misma se haya pretermitido el principio de la inmediatez.

B. Sobre la presunta prescripción del derecho del actor a que se defina su situación médico laboral, y de la responsabilidad de la parte accionada en valorar al personal retirado.

Hechas las anteriores precisiones y a fin de resolver el segundo de los problemas jurídicos planteados, la Sala considera pertinente tener en cuenta como antecedente jurisprudencial los criterios expuestos en la sentencia T-948 de 2006^[5] de la Corte Constitucional (reiterados por la misma Corporación en la sentencia T-020 de 2008^[6]), en la cual se analizó la situación de un soldado profesional del Ejército Nacional que se retiró de las Fuerzas Militares por un accidente que sufrió con ocasión del servicio, y el cual *después de 3 años* solicitó ser valorado por la Junta Médico-Laboral y que se le prestara la atención médica que requería, peticiones que fueron negadas por la Dirección de Sanidad, bajo el argumento que había vencido el término legalmente establecido para definir la situación de sanidad del peticionario, por lo que el mismo no tiene acceso a los derechos prestacionales que ésta genera.

En la sentencia antes señalada el Tribunal Constitucional consideró:

“2.3. Obligación del Ejército Nacional de practicar el examen de retiro al personal que deje de pertenecer a dichas Fuerzas Militares

El artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, señala que este examen es de carácter definitivo para todos los efectos legales, lo que significa que al ingreso como al retiro del personal del Ejército, se le debe realizar dicho examen. El artículo 8 dice:

*“EXÁMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, **siendo de carácter obligatorio en todos los casos.** Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.”*

El examen cuando se produce el retiro es obligatorio como lo dice expresamente la norma citada. **Las Instituciones Militares no pueden exonerarse de esta obligación argumentando que el retiro fue voluntario. Igualmente, si no se hace el examen de retiro no es posible alegar prescripción de los derechos**

^[5] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

^[6] M.P. Jaime Araújo Rentería.

que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo. La omisión del deber de realizar el examen impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba servicio a las Fuerzas Militares.

Por tanto, si no se le realiza el examen de retiro esta obligación subsiste por lo cual debe practicarse dicho examen cuando lo solicitó el ex-integrante de las Fuerzas Militares. Por otra parte, las Fuerzas Militares deben asumir las consecuencias que se derivan de la no práctica del examen médico de retiro.

Así las cosas, existe una obligación cierta y definida, en cabeza del Estado, de garantizar la debida prestación de los servicios médicos asistenciales a los soldados cuya salud se vea afectada mientras ejercen la actividad castrense o con ocasión de la misma^[7]. También esta Corporación ha admitido que en determinados eventos resulta no sólo admisible, sino constitucionalmente obligatorio, extender la cobertura de la atención en salud de los soldados con posterioridad al desacuartelamiento.

Al respecto en sentencia T-107 de 2000, se dijo:

“(…) no es justo que el Estado, a través de las Fuerzas Militares, se niegue a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, ostentaba unas óptimas condiciones de salud y a su desacuartelamiento le persisten unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar”.

La Corte agregó que es obligación del Estado brindar a las personas y ciudadanos que prestan el servicio en las Fuerzas Militares una atención eficaz y pronta en la salud. Al respecto, en la Sentencia T-534 de 1992, se dijo:

“...como persona y ciudadano colombiano, el soldado es portador de una congénita dignidad que lo hace acreedor a recibir del Estado atención eficaz y pronta de su salud y su vida, desde el momento mismo que es reclutado y puesto a disposición y órdenes de sus inmediatos superiores. La ausencia de ceremonias simbólicas no puede ser alegada como eximente, menos aún cuando el soldado presta sus servicios a la patria de la mejor buena fe.”^[8]

En casos similares^[9], entre ellos, el analizado en la Sentencia T-107 de 2000^[10], esta Corporación manifestó:

^[7] Ver Sentencia T-810 de 2004.

^[8] En la sentencia T-534 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) se resolvió ordenar al Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional con sede en Bucaramanga, que dispusiera en el plazo de 48 horas todo lo concerniente al traslado y reclusión del accionante en el Hospital Militar de Santafé de Bogotá, a fin de que recibiera la atención médica que su salud requería, en condiciones dignas y por todo el tiempo necesario.

^[9] Se pueden consultar sobre el tema las siguientes Sentencias: T-376 de 1997 (MP Hernando Herrera Vergara), por ejemplo, se decidió que el Ejército Nacional desconoció los derechos fundamentales a la salud y la vida del accionante, al haberse negado a continuar prestándole el servicio de salud que requería para tratar una afección sufrida por causa de un accidente ocurrido durante la prestación del servicio. Se resolvió confirmar la sentencia de instancia que había concedido el amparo solicitado. Por otra parte, en la sentencia T-762 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero) se decidió así: “(…) es procedente conceder la tutela promovida por el actor en el sentido de amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, ante la existencia actual de lesiones del actor adquiridas con ocasión del servicio militar que lo conducen irremediablemente a la incapacidad laboral y a la invalidez, razón por la cual es necesaria una protección constitucional que se traduce en el derecho que tiene el joven Mosquera Manyoma a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente y a recibir pensión correspondiente, para sobrevivir con dignidad. Al respecto, sin embargo, es claro que el actor deberá someterse a las valoraciones periódicas que señala la ley en lo concerniente a la evolución clínica de su situación particular.” En relación con este punto también pueden consultarse la sentencia T-393/99; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (en este caso se ordenó la práctica de un examen que determinara si la situación padecida por el accionante se había agravado o no durante la prestación del servicio, y que en caso de que la respuesta fuera afirmativa se prestara el servicio de salud del caso).

^[10] Corte Constitucional, sentencia T-107 de 2000 (MP Antonio Barrera Carbonell).

“... no es justo que el Estado, a través de las Fuerzas Militares, se niegue a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, ostentaba unas óptimas condiciones de salud y a su desacuartelamiento le persisten unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar”.^[11]
(subrayas fuera de texto)

En este caso^[12] se trató de un soldado regular del Ejército que sufrió una caída mientras realizaba labores propias del servicio que le ocasionaron lesiones en la clavícula y a quien, una vez desacuartelado, se le negó la atención médica que solicitó. La Corte Constitucional señaló:

(...)

Para la Corte Constitucional, es claro que las personas que prestan el servicio militar tienen derecho a acceder a los servicios médicos en salud a costa de las instituciones de la Fuerza Pública, de acuerdo con las siguientes reglas:

“(i) Durante todo el tiempo de prestación del servicio militar mientras se encuentre vinculado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional; (ii) Aún después de su desacuartelamiento, cuando se trate de afecciones que sean producto de la prestación del servicio o (iii) cuando el padecimiento, siendo anterior a éste, se haya agravado durante su prestación, siempre que se cumplan las dos condiciones anteriormente señaladas, esto es, que la información suministrada al momento de la evaluación médica de ingreso haya sido veraz, clara y completa respecto del estado de salud del conscripto y que la lesión preexistente se hubiere agravado de forma sustancial en razón de las actividades desarrolladas durante la prestación del servicio y debido a las deficiencias de los servicios médicos de la unidad militar en la que se encontraba.”^[13] (subrayas fuera de texto)

Por lo anterior se puede concluir que para que pueda extenderse la cobertura del servicio en salud a los soldados aún después de su desacuartelamiento, cuando han sufrido accidentes o lesión física o mental durante la prestación del servicio^[14], es requisito fundamental la realización del examen de retiro.”

3. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, el señor Rodrigo Antonio Cortes Pérez ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional. En ejercicio de sus funciones sufrió un accidente en la noche del 11 de Mayo de 2003 al amanecer del 12 de mayo de 2003 **durante desplazamiento ordenado por el comando de la Fuerza de Tarea Orión desde la Vereda Morro Azul hacia el corregimiento de Puerto Venus ambos del Municipio de Nariño Antioquia**, el mencionado soldado recibió lesión en la cabeza por desprendimiento de una roca desde un barranco.

(...)

^[11] También en Sentencia T-1177 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), esta Corporación concedió el amparo fundamental del derecho a la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal, en el caso de un soldado, quien de conformidad con el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, sufrió una disminución de la capacidad laboral del 48.94%. En dicha oportunidad, la Corte ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos destinados a la *rehabilitación* de las lesiones que sufrió el accionante con ocasión y razón de la prestación del servicio. En el mismo sentido la sentencia T- 643 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

^[12] Sentencia T-411/06. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

^[13] Ver, entre otras sentencia la T-824 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

^[14] Corte Constitucional. Sentencia T-810 de 2004.

Por lo anterior, la Sala observa que a pesar de haber transcurridos tres (3) años de la ocurrencia del accidente, las secuelas dejadas por el mismo han empeorado con el tiempo la salud del señor Cortés, secuelas que no le han permitido desarrollar una vida digna; muy por el contrario, le están afectando la visión, el oído y el movimiento de la parte izquierda de su cuerpo, circunstancia que no le ha permitido conseguir trabajo u otro medio de subsistencia con el cual pueda costear y continuar con su tratamiento, siendo evidente la amenaza de su derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

(...)

El Ejército Nacional argumentó su negativa en el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, negativa con la cual considera esta Sala, no **existe razón o excusa alguna por parte de esta Institución cuando es claro, que sea la razón que fuera, es decir, a solicitud propia o que se haya dado de baja al soldado por parte del Ejército, se debe cumplir con lo señalado en la norma, artículo 8**, que dice: *“El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos.”*. **Orden que no se cumple en el presente caso, ya que desde el accionante fue desvinculado del Ejército a la fecha de interpuesta la acción de tutela, el Ejército Nacional no ha emitido autorización alguna para que se le realice dicho examen al señor Cortés Pérez, pese a que ha sido probado suficientemente por el accionante que su estado de salud es cada vez más grave.** (Destacado fuera de texto).

En el caso que se viene analizando, la Corte le ordenó *“al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a: i) ordenar el examen de retiro y ii) que en adelante preste todos los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos que requiera el señor Rodrigo Antonio Cortés Pérez para el tratamiento de su enfermedad.”*

En el mismo sentido, se estima pertinente traer a colación los siguientes apartes de la sentencia del 16 de abril de 2009, emitida por esta Subsección, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez^[15], que se pronunció frente a una acción de tutela interpuesta por un soldado retirado en el año 2004, que años después solicitó que se definiera su situación de sanidad por la Junta Médico Laboral, y frente al cual la entidad accionada argumentó, como lo hace la Dirección de Sanidad en esta oportunidad, que no podía llevar a cabo los exámenes pertinentes porque respecto a tal solicitud había operado el fenómeno de la prescripción consagrado en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000:

“Según las pruebas allegadas al proceso, el accionante, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la realización del examen médico de retiro omitido al momento de la baja ocurrida el 7 de abril de 2004 y la realización de la Junta Médico Laboral que

^[15] Expediente No. 05001-23-31-000-2009-00120-01.

determine la pérdida de la capacidad laboral y el posible otorgamiento de una indemnización **como consecuencia de las secuelas siquiátricas dejadas por el ataque ocasionado por un compañero soldado en marzo de ese año.**

El Decreto 1796 de 2000, "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la 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, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" en su artículo 8 establece los exámenes para retiro, su obligatoriedad y el término para su realización con el siguiente tenor literal:

"EXAMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación."

Respecto de la realización de la Junta Médico Laboral que califica el estado de salud del funcionario que se retira, los artículos 15 y 16 ibidem, establecen: (...)

De conformidad con la normatividad en cita el tutelante por ser soldado retirado del Ejército tiene derecho a que se le practique el examen médico de retiro con el fin de que se establezcan las posibles lesiones sufridas en el servicio y se determine la pérdida de la capacidad laboral por la prestación del mismo para efectos de determinar si es procedente o no el reconocimiento de alguna prestación.

En este orden de ideas no es de recibo aplicar el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, que establece el término de prescripción de las prestaciones a las que se refiere la normatividad en cita pues el examen de retiro no puede ser considerado como una prestación sino como un derecho que tienen los retirados del servicio. El tenor literal del artículo es el siguiente:

"Las prestaciones establecidas en el presente decreto prescriben:
a. Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años.
b. Las demás prestaciones en el término de un (1) año".

En este caso no se trata del reconocimiento de una prestación sino de la realización de un examen médico de retiro que es obligatorio en todos los casos, que no depende exclusivamente del funcionario y del cual sí se podría derivar el reconocimiento de una prestación.

Por lo anterior, no es acertada la interpretación que hace la entidad demandada para negar la realización de la Junta Médico Laboral, establecida para la calificación del estado de salud de los miembros de la Fuerza Pública, aludiendo la prescripción de una prestación que ni siquiera ha sido reconocida.

La culpa por la omisión del examen médico de retiro no puede atribuírsele sólo al funcionario retirado sino que también es deber de la entidad, en todos los casos, velar porque el mismo se realice tal y como lo hace en el caso del examen de ingreso en el que realiza una valoración completa que incluye el estado de salud mental.

(...)

La negativa de la realización del examen médico de retiro vulnera el debido proceso administrativo consagrado en la ley, pues el mismo no puede ser considerado como una prestación a la que se le pueda aplicar término de prescripción, sino que es un derecho que tienen todos los funcionarios de la Fuerza Pública que estén en situación de retiro.

Por las razones anteriores la Sala revocará el fallo que negó la acción de tutela y en su lugar tutelaré el derecho al debido proceso administrativo del señor Luis David Mejía Castañeda y ordenará al Ministerio de Defensa Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, fije fecha y hora para la realización del examen médico de retiro.” (El destacado es nuestro).

De los antecedentes jurisprudenciales antes señalados, se destaca que es obligatorio en todos los casos la realización de un examen médico laboral al personal retirado de las Fuerzas Militares, motivo por el cual su omisión impide *“alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo”*, de manera que el Ejército Nacional debe adelantar las gestiones pertinentes para que dicho examen sea practicado, y no limitarse a trasladar su responsabilidad al personal retirado^[16].

En ese orden de ideas se reitera que no es cierto que la responsabilidad de tramitar la realización del examen médico – laboral sea exclusiva del personal retirado, y que el hecho que haya transcurrido más de un año desde el retiro a la práctica de dicho examen, no exime de tal obligación a la entidad accionada, sobre todo cuando están en riesgo los derechos fundamentales invocados, en especial la salud, porque del examen que se realice se definirán entre otros asuntos, si las dolencias que padece el interesado son por causa o con ocasión del servicio, y por ende, si le asiste el derecho a recibir la atención médica que requiere por parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Por las consideraciones expuestas estima la Sala que en el caso de autos es contrario al derecho fundamental del debido proceso, que la parte accionada le haya negado al accionante la realización del examen médico requerido, invocando que éste constituye una prestación susceptible del término de prescripción previsto en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000.

^[16] En el mismo sentido puede apreciarse la sentencia emitida por esta Subsección el 3 de febrero de 2011, expediente 25000-23-31-000-2010-03448-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En virtud de lo anterior, en amparo del derecho fundamental antes señalado, se ordenará al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, que adelante todas las gestiones pertinentes para que al accionante en el término perentorio de un mes siguiente a la notificación de esta providencia, le sean practicados todos los exámenes pertinentes a fin de que en el mismo plazo sea valorado por la Junta Médico Laboral.

Se otorgará el término de un mes teniendo en cuenta los trámites que debe adelantar la parte accionada para valorar el estado de salud del actor y para que la referida Junta defina la situación de sanidad del mismo.

Ahora bien, respecto a la petición que realiza el accionante sobre el reconocimiento de una indemnización o pensión de invalidez por su actual estado de salud, es necesario precisar que para tomar tal determinación en primer lugar el peticionario debe ser valorado por las autoridades médicas antes señaladas, y dependiendo del concepto emitido por las mismas, adelantar las gestiones pertinentes ante las autoridades administrativas correspondientes para solicitar dichas prestaciones si tuviere derecho a la mismas, e incluso, que en el evento de recibir una respuesta adversa a sus intereses, puede controvertir oportunamente los actos administrativos respectivos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.).

Por la anterior circunstancia no es viable que por vía de la acción de tutela el actor pretenda el reconocimiento de una prestación sin adelantar el procedimiento administrativo y/o judicial correspondiente, so pena de desconocer la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción constitucional, y permitir que la misma sea empleada para pretermitir los trámites legalmente previstos para la obtención de los beneficios que reclaman.

C. De la prestación del servicio de salud en el caso de autos.

De los antecedentes jurisprudenciales antes citados, en especial de la sentencia de la Corte Constitucional brevemente descrita con anterioridad, se tiene que el personal retirado de la Fuerza Pública que acredite padecer quebrantos de salud por causa o con ocasión del servicio, tiene derecho a la prestación del servicio médico por parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional hasta que se encuentre en óptimas condiciones.

Frente a tal posición, la parte accionada argumenta que el peticionario no se encuentra afiliado al mencionado sistema de salud, por lo que no puede acceder a su solicitud.

Sobre el particular se estima pertinente reiterar que jurisprudencialmente se ha considerado que la situación invocada por la parte demandada no constituye una razón válida para que las Fuerzas Militares dejen de prestar la atención debida a las personas que estando a su servicio sufrieron accidentes que generaron problemas de salud que requieren de atención médica especializada, veamos:

“Como se venía señalando, el Estado debe proteger la integridad de los miembros de la Fuerza pública, por lo que, al resultar agredido el derecho a la salud de alguno de ellos, la administración, a través de las Fuerzas Militares o de Policía, debe garantizarlo bajo condiciones óptimas.

El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, en adelante SSMP, está reglamentado por el Decreto 1795 de 2000, que consagra quiénes se consideran afiliados a este sistema.

El artículo 23 del mencionado Decreto señala que “existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización:

1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo.
2. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión.
3. Numeral 3) Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-479-03](#) de 10 de junio de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
4. Los soldados voluntarios.
5. Numeral 5. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-479-03](#) de 10 de junio de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
6. Los servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, el personal civil activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado activo y pensionado de la Policía Nacional.
7. Los beneficiarios de pensión por muerte del soldado profesional activo o pensionado de las Fuerzas Militares.
8. Los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.
9. Los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional.

b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización:

1. Los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los alumnos del nivel ejecutivo de la

Policía Nacional, a que se refieren el Artículo 225 del Decreto 1211 de 1990, el Artículo 106 del Decreto 41 de 1994 y el Artículo 94 del Decreto 1091 de 1995.

2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio.”

Según lo ha destacado la Corte Constitucional, “de acuerdo con el contenido de la norma transcrita, las personas que son desvinculadas del servicio y que no pueden acceder a la pensión de invalidez dado su porcentaje de discapacidad, no tendrían en principio el derecho a recibir los servicios de salud en razón de no ser beneficiarios de dicha prestación”^[17].

Sin embargo, en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, también se ha señalado que existe una excepción para los soldados que han sido desvinculados de las Fuerzas Militares en razón de una enfermedad o lesión adquirida dentro de la prestación del servicio, porque sería contrario a los fines del Estado Social Derecho, el cual propende por el bienestar general y la efectividad de los derechos, principios y garantías consagrados en la Constitución, que “la Fuerza Pública, se niegue a prestarle los servicios de salud a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria, tenía unas óptimas condiciones de salud y una vez fuera del mismo le persistan unas lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación del servicio militar”^[18].

En el mismo sentido, la Corte ha señalado que los soldados colombianos, en los eventos en que han sido lesionados y, por causa de eso, han visto su salud menoscabada, tienen el pleno derecho de “reclamar a los organismos de sanidad de las Fuerzas Militares - quienes tienen atribuidas las funciones de prevención, protección y rehabilitación en beneficio de su personal - la atención médica, quirúrgica, servicios hospitalarios, odontológicos y farmacéuticos necesarios, al igual que elementos de prótesis cuando sean indispensables, por el tiempo necesario para definir su situación”.^[19]

Por consiguiente, es responsabilidad de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares prestar los servicios de salud que requiera todo ex soldado que, por virtud de la prestación del servicio, hubiera sido lesionado, y en consecuencia, vea mermado su estado de salud y sus condiciones de vida, hasta que éstas se restablezcan.” (Subrayado fuera de texto).^[20]

En ese orden de ideas, aunque el accionante no es beneficiario o afiliado del Sistema de Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, podría ser atendido por éste de demostrarse que los quebrantos de salud que padece se produjeron por causa o con ocasión del servicio que prestó en el Ejército Nacional, circunstancia que de acuerdo a lo probado en el proceso no puede establecerse en esta oportunidad con total certeza, en tanto si bien las convulsiones que presenta el accionante pueden ser consecuencia del trauma craneoencefálico que sufrió el 28 de diciembre de 2005, al caer de un Tanque Cascabel mientras se encontraba de centinela, de conformidad con el informe administrativo por lesiones del 13 de enero de 2006 y el acta N° 2631 del 11 de agosto del mismo año del Grupo de Caballería Mecanizado N° 2 “RONDÓN”(Fls. 2-5,83-84), no existe un

^[17] Corte Constitucional, Sentencia T-438 del 29 de mayo de 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil.

^[18] Corte Constitucional, Sentencia T-140 del 15 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

^[19] Corte Constitucional, Sentencia T-393 del 27 de mayo de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido la Sentencia T-366 del 10 de mayo de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería y la sentencia T-140 del 15 de febrero de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

^[20] Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

pronunciamiento médico que permita afirmar sin lugar a dudas que los quebrantos de salud del peticionario se deben a dicho accidente, frente al cual la Sala no puede desconocer que tuvo lugar hace más de 6 años, que no se conoce la evolución del estado de salud del demandante durante dicho periodo, y por consiguiente si los síntomas que hoy en día presenta se deben a circunstancias ajenas y/o posteriores a lesión que sufrió mientras prestaba el servicio militar.

En criterio de la Sala los anteriores interrogantes constituye otra razón por la cual el actor debe ser valorado por las autoridades competentes y especializadas en la materia, como la Junta Médico Laboral o el [Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía](#), que tienen la [experticia necesaria para pronunciarse frente a los asuntos antes señalados](#).

Ahora bien, respecto a la presentación del servicio médico es necesario aclarar de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, que si la Junta Médico Laboral o el [Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía \(artículo 26 del Decreto 1796 de 2000\)](#) que es el superior jerárquico de ésta, determinan que el accionante padece problemas de salud por causa o con ocasión del servicio que requieren de atención médica, la parte accionada estará en la obligación constitucional de garantizarle al accionante de forma integral y permanente el servicio de salud pertinente hasta que se encuentre en óptimas condiciones.

D. Sobre el cubrimiento de servicios de transporte para garantizar el derecho a la salud.

Establecido en los términos antes señalados que el actor tiene derecho a la valoración de su estado de salud por una Junta Médico Laboral, se observa que una de las peticiones que el mismo elevó consiste en que se ordene a la entidad accionada asumir los costos del traslado en que incurra para presentarse ante las entidades de salud pertinentes, teniendo en cuenta que debido a la enfermedad que padece no ha conseguido un empleo a través del cual pueda procurar su congrua subsistencia.

Sobre el particular debe considerarse que la Corte Constitucional en casos realmente excepcionales, ha concedido el amparo solicitado para garantizar el

transporte que un paciente requiere para asistir a los distintos controles médicos.

En efecto, en la sentencia T- 391 de 2009 señaló^[21]:

“13.- Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que en principio la obligación de acudir a un tratamiento corresponde tanto al usuario o usuaria como a su familia^[22]. No obstante, han sido identificadas ciertas situaciones en las cuales, corresponde a las entidades que participan en el Sistema cubrir gastos de transporte de pacientes y de sus acompañantes o desplazarse hasta el domicilio del paciente con el fin de que se garantice el derecho de accesibilidad a los servicios de salud y así mismo, la atención en salud de manera ininterrumpida^[23].”

En sentencia T-1158 de 2001 esta Corporación ordenó al ISS prestar a una niña de 10 años discapacitada, por la enfermedad de artrogriposis congénita asociada a luxación de cadera izquierda, el servicio de ambulancia que aquella requería para el tratamiento de su enfermedad. En sus consideraciones, este Tribunal manifestó:

“La incapacidad económica de la familia de la niña impide que la menor acceda al tratamiento que se le ha ordenado puesto que no puede trasladarse de la casa de habitación al centro hospitalario. Impedir el acceso significa violación al derecho a la salud de la menor, en conexidad con los derechos a la vida, a la seguridad social y a la dignidad”.

La Corte se refirió de manera extensa al derecho de accesibilidad en materia de salud y señaló:

“la teoría contemporánea una de las facetas del acceso es la accesibilidad. La accesibilidad materializa el derecho. Consiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social.

“Tratándose de un inválido, la accesibilidad implica la superación de todo entorno hostil, lleno de obstáculos. Obstaculizar el acceso significa una afectación al derecho de igualdad, porque, como lo dice el Concepto europeo de accesibilidad: “todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido”. No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento (...).”

Así mismo, mediante providencia T-786 de 2006, esta Corporación estudió un caso en el cual se solicitaba ordenar a la EPS cubrir el transporte un niño de un año y seis meses de edad y su acompañante a la ciudad de Bogotá con el fin de que le fuera realizada una intervención quirúrgica que requería. En sus consideraciones, la Corte declaró la carencia de objeto para pronunciarse, pues en el trámite de revisión fue acreditado que la familia del menor asumió autónomamente los gastos de traslado a Bogotá. Empero, reiteró los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales, las entidades que participan en el Sistema están obligadas a reconocer el servicio de transporte a sus pacientes y sus acompañantes e indicó:

“En consecuencia, el cubrimiento de los gastos de transporte para que un usuario pueda acceder al servicio de salud está sujeto a la capacidad económica del paciente y a sus capacidades físicas y mentales, pues en casos en los que se encuentren involucrados menores, discapacitados y personas de la tercera edad, se hace evidente que, además de la necesidad del

^[21] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

^[22] Cfr. sentencias T-099 de 2006, T- 350 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002.

^[23] Mediante fallos T - 160 de 2001 y T- 889 de 2001, la Corte ordenó a entidades promotoras de salud realizar las visitas domiciliarias necesarias y requeridas por los pacientes con el fin de garantizar el derecho a la salud de los peticionarios.

cubrimiento del gasto de traslado a otra ciudad para sí mismos, es indispensable el cubrimiento de los gastos de desplazamiento de un acompañante, por parte de la E.P.S.

“Es entonces evidente que la obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud supera los límites de la pura y elemental atención médica de los usuarios y, en consecuencia, implica el análisis y la valoración integral de cada caso, atendiendo a la realidad física, social y económica del paciente, entre otros elementos, que permita identificar las necesidades y las garantías en salud que se le deben prestar, compromiso que se hace imperante en los casos en los que el usuario es un menor de edad”.

(...)

15.- Por ende, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas perjudicaría a los sectores de la población menos favorecida que reclaman atención prevalente.

Así, los supuestos que permiten concluir el deber de proveer el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación pueden ser resumidos de la siguiente manera: (i) **el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna^[24]** (ii) **el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento^[25]** y (iii) **la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación^[26].**

16.- Por otra parte, con el fin de decidir sobre solicitudes de traslado de acompañantes, deben ser verificados tanto los requisitos de transporte de usuarios, arriba señalados **como que se trate de personas discapacitadas^[27], ancianos con^[28] o menores de edad que no pueden valerse por sí mismos^[29].**

17.- Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.” (Negrilla fuera de texto).

^[24] Sentencia T-364 de 2005

^[25] Sentencias T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002, T-1079 de 2001.

^[26] Cfr. T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-900 de 2002

^[27] En sentencia T-099 de 2006, la Corte ordenó a la EPS sufragar el traslado del usuario Gustavo Adolfo Sierra y de un acompañante. En sus consideraciones señaló: “por causa de la esquizofrenia que padece y su dependencia a medicamentos que debe tomar diariamente para el mantenimiento de su estabilidad mental, es una persona que requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, por lo que autorizará también el cubrimiento del traslado de un acompañante”.

^[28] Cfr. Sentencia T- 003 de 2006

^[29] Ver sentencias T-364 de 2005, T-408 de 2005.

Como puede apreciarse, los casos en que la Corte ha ordenado que las entidades prestadoras del servicio de salud deben asumir los costos de traslado de sus pacientes para los respectivos controles médicos, hacen referencia a personas en situación de debilidad manifiesta, que requieren atención urgente e inmediata para la garantía de sus derechos a la salud y a la vida, que se encuentran en un evidente estado de vulnerabilidad, el cual tiende a acentuarse por la comprobada carencia de recursos económicos para sufragar los costos del transporte que se requiere. Adicionalmente se evidencia que en las oportunidades en que la Corte Constitucional ha accedido al amparo solicitado, se trata de personas respecto de las cuales no hay discusión de su afiliación a la entidad prestadora del servicio de salud, a la que se endilga la obligación de asumir los costos del servicio de transporte.

En el caso de autos la Sala estima que no se presentan las circunstancias excepcionales para ordenar en favor del actor, que la parte accionada asuma los costos de transporte que requiere para que se le practiquen los exámenes médicos pertinentes, por las siguientes razones:

1. En los términos expuestos en el literal C de la parte motiva de esta providencia, aún está en discusión que el accionante pueda considerarse como afiliado o beneficiario del Sistema de Salud de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en tanto en primer lugar debe determinarse que la patología que lo aqueja es por causa o con ocasión al servicio militar obligatorio que presentó; en ese orden de ideas tampoco pueden endilgársele a la entidad accionada que asuma los referidos gastos de transporte, como si ya estuviese definido que el peticionario debe ser atendido por el mencionado régimen de salud.

2. Si bien es cierto el estado de salud del demandante merece la debida atención, por lo que se ha establecido que debe ser valorado por la Junta Médico Laboral y que de comprobarse que las dolencias que padece se produjeron por causa o razón del servicio, le asistiría el derecho a ser atendido por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, de las pruebas aportadas al proceso no se advierte que su vida, dignidad humana e integridad personal se encuentre en **inminente** riesgo, entre otras razones, teniendo en cuenta que han transcurrido más 6 años desde que tuvo lugar el referido accidente, tiempo durante el cual sin negarse las dificultades que ha afrontado el demandante, el mismo ha tenido la

posibilidad de procurar la defensa de sus derechos y contar en alguna medida con el medicamento que requiere para el tratamiento de la patología que lo aqueja.

3. A pesar que la definición de la situación de sanidad de las personas que estuvieron al servicio de la Fuerza Pública es una obligación radicada principalmente en las entidades de salud que pertenecen a aquélla, tampoco puede negarse que para el cumplimiento del tal deber es necesaria la colaboración y disposición de los ciudadanos cuya estado de salud debe valorarse, por lo que se estima que no es desproporcionado exigirle al accionante que adelante las gestiones pertinentes para presentarse ante las autoridades médicas pertinentes para que se le practiquen los exámenes médicos que requiera, sobre todo cuando dicho trámite en virtud de la presente providencia no puede durar más de un mes, al cabo del cual se determinará si el actor debe o no ser asistido por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 1° de febrero de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó la acción de tutela interpuesta. En su lugar, **TUTÉLANSE** los derechos al debido proceso y a la salud del accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENÁSE al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, que adelante todas las gestiones pertinentes para que al accionante en el término perentorio de un mes siguiente a la notificación de esta providencia, le sean practicados todos los exámenes pertinentes a fin de que en el mismo plazo sea valorado por la Junta Médico Laboral.

TERCERO: En el evento que se determine por parte de la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que el peticionario padece enfermedades por causa o con ocasión del servicio militar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, debe de forma inmediata e integral garantizar la prestación del servicio de salud al actor hasta que esté en óptimas condiciones.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ