

DERECHO A LA SALUD – Derecho fundamental y constitucional

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho a la salud contiene el rango de constitucional y el de fundamental, en el entendido que busca proteger el desarrollo de una vida digna, la cual se manifiesta como uno de los pilares de la noción de derechos fundamentales y además, como fundamento de nuestro Estado Social de Derecho.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho a la salud, Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

DERECHO DE PETICION – Vulneración por no remitir al competente / DERECHO A LA VIDA DIGNA – Vulneración por omisión de las fuerzas militares de brindar servicios médicos a soldados retirados / DERECHO A LA SALUD - Vulneración por omisión de las fuerzas militares de brindar servicios médicos a soldados retirados / ATENCION MEDICA A MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA RETIRADO – Si no se brinda y no se define la situación medico laboral se vulnera derecho a la vida digna y la salud

Observa la Sala que respecto del tercer y cuarto punto de la petición del actor, la parte accionada inobservó el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo que prevé que cuando la petición es formulada ante funcionario incompetente, éste deberá remitirla al competente. (...) se advierte que la parte accionada vulneró el derecho de petición del actor. Además, se observa que con la respuesta evasiva de la entidad accionada se están vulnerando otros derechos de igual naturaleza, tales como, vida digna, salud y seguridad social del actor. En efecto, según lo señalado por el actor en el escrito de tutela, al momento de ingresar a prestar el servicio militar gozaba de un buen estado de salud, situación que, afirma, fue corroborada por el Distrito Militar No. 4 en la ciudad de Bogotá, al momento de realizarle el examen de ingreso; no obstante, señala, que en la actualidad padece de un grave “dolor testicular”. Por lo anterior, se advierte que la accionada tiene el deber de determinar el estado actual de salud del actor y brindarle los servicios médico - asistenciales que requiera, pues el actor ya se acercó a las instalaciones de ésta a solicitar tales servicios, sin que hasta la fecha se los hayan prestado o le hayan informado el procedimiento a seguir, omisión que vulnera los derechos fundamentales invocados por el actor. Así las cosas, esta Sala modificará el numeral primero de la providencia de 26 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de amparar el derecho de petición elevado por el actor el 16 de marzo de 2010 ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 33

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02362-01(AC)

Actor: GEINER BURGOS NINCO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte accionada contra la providencia de 26 de agosto de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D” que concedió el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

El señor Geiner Burgos Ninco, en nombre propio, instauró acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia – Dirección General de Sanidad Militar, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y móvil, petición, seguridad social y debido proceso.

Hechos

De los hechos narrados por la parte actora se advierten como relevantes los siguientes:

El señor Burgos Ninco prestó el servicio militar obligatorio al Ejército Nacional desde el 13 de febrero de 2008.

Informa que fue examinado médicamente en el Distrito Militar No. 4 en la ciudad de Bogotá, oportunidad en la que se determinó que no padecía enfermedad alguna y por lo tanto, fue declarado como apto y remitido a la ciudad de San José del Guaviare.

Afirma que transcurridos 3 meses de haber prestado el servicio militar obligatorio empezó a padecer fuertes dolores en sus testículos, por lo que fue remitido al hospital del municipio, en donde le diagnosticaron una hernia inguinal y por lo tanto, se ordenó al dispensario del batallón que le hiciera una ecografía, que le fue practicada en la ciudad de San José del Guaviare.

Indica que en el Hospital de San José del Guaviare se le ordenó la práctica de cirugía, que le fue programada para el 15 de septiembre de 2009, agrega, que una vez realizada la cirugía le quedó como secuela un “dolor testicular.”

Señala que cuando se le realizó la cirugía, solicitó una revisión médica, que a la fecha no se le ha realizado y a pesar de esto, fue dado de baja sin que se le realizara una valoración definitiva para determinar las secuelas adquiridas en la prestación del servicio por causa y razón del mismo.

El 16 de marzo de 2010 elevó petición ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, pero agrega, que recibió respuestas evasivas, por lo que considera vulnerado su derecho fundamental de petición.

Advierte que el hecho de no gozar de buena salud, le impide trabajar y por consiguiente devengar el mínimo vital y móvil.

Pretensiones

El actor solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y móvil, petición, seguridad social y debido proceso y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada que se le practique una valoración definitiva y se le presten los servicios médico – asistenciales que requiera.

Trámite previo

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por la Sección Segunda - Subsección "D" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ordenó notificar a las partes.

De otra parte, ofició a la Dirección General de Sanidad Militar, para que precisara cuáles procedimientos médicos se le han practicado al actor y si en este momento se encuentra "amparado en seguridad social por dicha entidad".

Oposición

La Jefe de la Sección Jurídica (E) de la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional** señaló que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el actor.

Informa que el señor Burgos Ninco fue licenciado el 10 de noviembre de 2009, por lo que se infiere que está en momento de adelantar un proceso médico laboral por reintegro con lo que podría cubrir los servicios médicos que su patología requiere; agrega, que en dicho proceso se podrá determinar qué patología fue adquirida en el servicio o no, por lo que no se puede desconocer que la normatividad vigente le impone una carga al actor encaminada a que tramite lo que le corresponde.

Señala que de acuerdo con la Circular No. 001 de 28 de marzo de 2006 y el Decreto 1796 de 2000, en relación con los exámenes para el retiro de soldados el actor debe presentarse de forma inmediata en el dispensario Médico Militar u Hospital Militar más cercano al lugar de su residencia con el fin de diligenciar el pliego de antecedentes o ficha médica y remitirse a la Sección de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad, junto con la copia de su documento de identidad, copia legible del acta de evaluación, constancia de tiempo de servicio y constancia de su cuenta bancaria, con el fin de adelantar el trámite correspondiente.

Advierte que el proceso de exámenes y tratamientos médicos debe realizarse dentro del año siguiente a la fecha de retiro de la institución según lo señalado en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, toda vez que en caso de que el retirado requiera algún tratamiento por encima de dicho término la Junta Médico Laboral de conformidad con el artículo 29 del decreto en mención, podrá realizar una junta provisional por el término del tratamiento, que podrá ampliarse hasta por 12 meses, prorrogables por otros 12 meses.

Afirma que la Dirección de Sanidad no tiene la obligación de llamar o conminar a los retirados a realizar sus exámenes psicofísicos de retiro, pues éste es un derecho que se encuentra consagrado en el artículo 29 del Decreto 1796 de 2000 y que es de conocimiento de todos los miembros, por lo que no se puede alegar desconocimiento del mismo por la supuesta falta de información de la institución,

pues el retirado debe estar atento a los términos y procesos legales a que tiene derecho.

Manifiesta que la institución está dispuesta a definir la situación de sanidad del actor, siempre y cuando éste proceda tal y como lo ordena la normatividad aplicable al caso y si el actor requiere algún tipo de examen o intervención quirúrgica, ésta será autorizada en cualquier establecimiento de Sanidad Militar a nivel nacional conforme a la disponibilidad presupuestal correspondiente.

Sentencia impugnada

La **Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca** mediante sentencia de 26 de agosto de 2010 concedió el amparo solicitado en los siguientes términos:

“PRIMERO: Concédase el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social del señor Geiner Burgos Ninco (...)

SEGUNDO: Ordénase al Director General de Sanidad Militar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar las gestiones necesarias para que le sean prestados al accionante los servicios médicos que requiera su patología hasta tanto se defina su situación médico laboral, así como también, que se ordene la realización de una valoración de su estado de salud y que posterior a ella se adelanten los procedimientos y tratamientos tendientes a lograr su recuperación, hasta donde ello resulte médicamente posible (...)

(...)”

Luego de transcribir la normatividad aplicable al caso, concluyó que los miembros de las Fuerzas Militares, que padezcan lesiones o afecciones que conlleven una alteración a su capacidad psicofísica, tienen derecho a recibir atención médico - quirúrgica, hospitalización y suministro de medicamentos, necesarios para la existencia o rehabilitación psicofísica del paciente.

Además, en el evento de tratarse de una enfermedad profesional, corresponde a los organismos médico – laborales, militares o de policía, establecidos en el Decreto 94 de 1989, determinar el diagnóstico o tratamiento que conviene al paciente.

Considera que en virtud de la normatividad vigente y la jurisprudencia sobre la materia la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que no ha prestado adecuadamente los servicios médicos que requiere teniendo en cuenta la lesión que éste sufre y que fue contraída mientras prestaba el servicio militar.

Agrega, que pese a que en el auto admisorio se ofició a la entidad accionada para que informara si en la actualidad el actor se encuentra “amparado en seguridad social en dicha entidad”, ésta no se pronunció al respecto y debido a que en el expediente no se encuentra prueba que advierta que expidió un acto administrativo que defina la situación del señor Burgos Ninco y partiendo de la veracidad de lo expuesto por éste, concluye que se deben amparar los

derechos fundamentales invocados, con el fin de que sea valorada la situación de salud y se adelanten los procedimientos y tratamientos tendientes a lograr la recuperación.

Finalmente, advierte que la ocurrencia del daño, la gravedad del mismo, las valoraciones acerca de la incapacidad del afectado y sus consecuencias en material prestacional, en cabeza de las Fuerzas Militares será un asunto propio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la que deberá acudir mediante las acciones respectivas.

Impugnación

La entidad accionada inconforme con la anterior decisión la impugnó e insistió en los argumentos del escrito inicial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus 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 los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Con el ejercicio de la presente acción el actor pretende en concreto la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y móvil, petición, seguridad social y debido proceso y, en consecuencia, se ordene a la parte accionada que le defina su situación de salud y le preste los servicios quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos que requiera para la rehabilitación de las lesiones que sufrió como consecuencia de la prestación del servicio militar.

Así las cosas, la Sala analizará (i) el derecho a la salud como derecho fundamental; (ii) el deber de las Fuerzas Militares de prestar los servicios de salud y (iii) descenderá al caso concreto.

(i) El derecho a la salud como derecho fundamental:

La jurisprudencia constitucional¹ ha entendido que el derecho a la salud contiene el rango de constitucional y el de fundamental, en el entendido que busca proteger el desarrollo de una vida digna, la cual se manifiesta como uno de los pilares de la noción de derechos fundamentales y además, como fundamento de nuestro Estado Social de Derecho.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció sobre la relación entre derecho fundamental y la dignidad humana, en los siguientes términos:

“(...) es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan,

¹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor”. **De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana (...)**² (Cursivas y subrayados fuera del texto).

La acción de tutela procede entonces para proteger el derecho a la salud de manera autónoma. No obstante, “(...) *reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.*”³

(ii) Deber de las Fuerzas Militares de prestar los servicios de salud:

En desarrollo del artículo 217 de la Constitución Política de 1991, se estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional por medio del Decreto 1795 de 2000, en el cual se estableció el objeto del mismo en los siguientes términos:

ARTICULO 5.- OBJETO. Prestar el Servicio de Sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y **además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios.** (Cursivas y Resaltos fuera del texto).

Al respecto, se ha considerado que la obligación de suministro de atención médica de quienes prestan o prestaron sus servicios a las fuerzas militares y a la Policía Nacional, es un deber de correspondencia entre el cumplimiento de la prescripción constitucional de tomar las armas en defensa de la seguridad de la Nación y la correlativa protección de la salud y la integridad física de sus miembros. Existe una obligación cierta y definida, en cabeza del Estado el cual debe garantizar la debida prestación de los servicios médicos asistenciales a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuya salud se vea afectada mientras ejercen la actividad castrense o con ocasión de la misma⁴.

(iii) Caso Concreto

De acuerdo con el informe rendido por la entidad accionada el señor Geiner Burgos Ninco fue licenciado el 10 de noviembre de 2009 mediante la Directiva Permanente No. 0238 por la causal “Tiempo de Servicio Militar Cumplido”.

² Corte Constitucional Sentencia T-801 de 1998. M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 M.P. doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencias de 29 de marzo de 2007, Exp. 2007-0083, C.P. doctora Ligia López Díaz, de 28 de junio de 2007 Exp. 2007-0032 y 8 de julio de 2009 Exp. 2009- 00054 C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Ahora bien, según el escrito de tutela el actor elevó petición a la accionada en los siguientes términos:

“a) que se me practique valoración definitiva para se determine las secuelas definitivas sufridas en mi integridad personal con ocasión del servicio y razón del mismo. b) De conformidad con la valoración definitiva se me practiquen las cirugías que sean necesarias a fin de restablecer mi integridad en salud al mismo estado en que ingrese (sic) al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA EJERCITO (SIC) NACIONAL DE COLOMBIA c) se me expida copia formal de toda mi historia clínica d) se me expida copia formal del examen de ingreso a que fui sometido al momento de mi reclutamiento y examen de egreso (...).”

De otra parte, a folio 12 del expediente obra la respuesta al derecho de petición que antecede, proferida por el Director de Sanidad del Ejército Nacional en la que le comunica al actor lo siguiente:

“(...) Con relación al primer y segundo punto de su escrito, se oficio al Comando del Batallón de Infantería Aerotransportado No.19 “GR. Joaquín París” para que nos remita el acta de evacuación, para verificar si al termino (sic) de su servicio militar quedó pendiente por alguna lesión, tan pronto nos dé respuesta estaré ampliando el presente.

Al tercer requerimiento debe solicitar la copia de su historia clínica directamente a los Establecimientos de Sanidad Militar donde recibió atención médica, en la Sección de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad, sólo reposan los antecedentes médicos labores.

Por último, la copia de los exámenes de ingreso debe acudir ante el Distrito Militar que lo incorporó y de egreso ante el Dispensario del Batallón de Infantería Aerotransportado No. 19 “GR. Joaquín París”.

De lo anterior, se desprende que en relación con el primer y segundo punto de la solicitud elevada por el actor la accionada le informó que se ofició al Comando del Batallón de Infantería Aerotransportado No. 19 “GR. Joaquín París” para que le remita el acta de evaluación, para verificar si al término de su servicio militar quedó pendiente por alguna lesión y le indicó, que tan pronto se diera respuesta estaría ampliando la contestación, no obstante, en el expediente no obra prueba alguna de que en efecto se hubiera procedido de tal forma.

Además, observa la Sala que respecto del tercer y cuarto punto de la petición del actor, la parte accionada inobservó el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo que prevé que cuando la petición es formulada ante funcionario incompetente, éste deberá remitirla al competente.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T- 575 de 1994 se pronunció en los siguientes términos:

“(…) Es claro que, en el marco del Estado de Derecho, cuando el peticionario ha presentado la solicitud ante funcionario incompetente, **la contestación de éste no puede consistir sino en la expresión oportuna de que le es imposible resolver, procediendo, por tanto, a dar traslado a quien corresponda la competencia.** De todas maneras, para cumplir en estos casos con el mandato constitucional, es necesaria la respuesta en el expresado sentido; se violaría el derecho si, basado en su incompetencia, el servidor público se olvidara del tema o, aun remitiéndolo al competente, dejara de dar oportuna noticia sobre ello al peticionario (…).” Negrillas fuera del texto.

De lo anterior, se advierte que la parte accionada vulneró el derecho de petición del señor Burgos Ninco. Además, se observa que con la respuesta evasiva de la entidad accionada se están vulnerando otros derechos de igual naturaleza, tales como, vida digna, salud y seguridad social del actor.

En efecto, según lo señalado por el actor en el escrito de tutela, al momento de ingresar a prestar el servicio militar gozaba de un buen estado de salud, situación que, afirma, fue corroborada por el Distrito Militar No. 4 en la ciudad de Bogotá, al momento de realizarle el examen de ingreso; no obstante, señala, que en la actualidad padece de un grave “*dolor testicular*”.

Por lo anterior, se advierte que la accionada tiene el deber de determinar el estado actual de salud del actor y brindarle los servicios médico - asistenciales que requiera, pues el señor Burgos Ninco ya se acercó a las instalaciones de ésta a solicitar tales servicios, sin que hasta la fecha se los hayan prestado o le hayan informado el procedimiento a seguir, omisión que vulnera los derechos fundamentales invocados por el actor.

Así las cosas, esta Sala modificará el numeral primero de la providencia de 26 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de amparar el derecho de petición elevado por el actor el 16 de marzo de 2010 ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

1. MODÍFICANSE los numerales 1º y 2º de la sentencia de 26 de agosto de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D”, los cuales quedarán así:

Primero: AMPÁRASE el derecho fundamental de petición del señor señor Geiner Burgos Ninco y, en consecuencia, ordénase al Director de Sanidad del Ejército Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, remita al funcionario competente la solicitud elevada por el actor el 16 de marzo de 2010 en relación con los literales c) y d) de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo: AMPÁRANSE los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social del actor y, en consecuencia, ordénase al Director de Sanidad del Ejército Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar las gestiones necesarias para que le sean prestados al actor los servicios médicos – asistenciales que requiera su patología hasta tanto se defina su situación médico laboral.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo,

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BÁRCENAS**
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRÍGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ DE