



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
TELEFAX 6356688**

Yopal Casanare, dieciséis (16) de junio de dos mil quince (2015)

Referencia:	Radicación No. 85-001-2333-000-2015-00130-00
Acción:	TUTELA
Demandante:	ÉLMER ANDRÉS RUEDA SILVA
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR y GRUPO DE CABALLERÍA MONTADO NÚMERO 16 GUÍAS DEL CASANARE

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

I.- OBJETO

Procede este Tribunal a proferir sentencia dentro del proceso indicado en la referencia.

II.- LA ACCIÓN IMPETRADA

ÉLMER ANDRÉS RUEDA SILVA, a través de apoderado, instauró acción de tutela contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR y GRUPO DE CABALLERÍA MONTADO NÚMERO 16 GUÍAS DEL CASANARE**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida y a la salud, argumentando en síntesis que:

- 1.- Está inscrito en el Registro Nacional de Personas Desplazadas por el hecho victimizante de desplazamiento forzado.
- 2.- En una jornada de reclutamiento realizada el 18 de marzo de 2014 en el municipio de Paz de Ariporo, a pesar de que informó su condición de víctima y entregó el respectivo soporte fue reclutado.
- 3.- Durante su detención arbitraria sufrió una lesión que afectó su columna vertebral y según acta número 1013 elaborada en el trámite de una valoración médica se consignó “*ESCOLIOSIS DORSAL*” y posteriormente se expidió boleta de desacuartelamiento (10 de septiembre de 2014).
- 4.- Rueda Silva recibió atención médica el 12 de septiembre de 2014 en el consultorio médico especialista de ortopedia y traumatología en la cual el doctor Mauricio Acero Moreno determinó la existencia de un daño en la columna y le ordenó una resonancia magnética nuclear simple de columna dorsolumbar AP y Lateral, RX de columna dorsolumbar AP y lateral.
- 5.- El 9 de diciembre siguiente radicó solicitud de autorización de procedimientos médicos en el despacho del mayor José Luis Cabra Castiblanco para que le fuera autorizada la práctica del examen reseñado en el numeral anterior. Sin embargo, en Sanidad Militar le informaron que esos procedimientos no pueden ser amparados por el sistema de salud de las Fuerzas Militares. Tal situación fue informada a la Procuraduría, la cual

requirió a la entidad mediante Oficios 9407 del 10 de diciembre de 2014 y 1569 del 15 de abril de 2015.

6.- El Ejército Nacional a través de varias de sus dependencias generaron comunicaciones relacionadas con la solicitud del procedimiento médico pero no lo han autorizado, la solución que ofrece la entidad es que el joven Rueda Silva se someta a una serie de trámites administrativos que van en contravía de su derecho fundamental de la vida y la salud.

7.- El tutelante por motivos económicos y emocionales se ausentó los primeros meses del año 2015 y el 8 de mayo del mismo año se presentó ante el capitán Hernán Darío Gómez, que es el responsable del Dispensario Médico y le pidió colaboración para cumplir con los requisitos descritos en el oficio 20148540504481 del 29 de diciembre de 2014, a saber: hoja de referencia y contrarreferencia original firmada y sellada por el médico, copia del carné de servicios médicos por ambas caras, copia de documento de identificación por ambas caras, número telefónico de contacto, solicitud de apertura de historia clínica, oficio dirigido a la dirección de sanidad solicitando la asignación de la cita. Pero este servidor le informó que la acción de tutela es el mecanismo para gestionar su petición.

8.- Igualmente se indica en la tutela que el joven Rueda Silva tiene una situación económica difícil por lo que le es imposible costear los exámenes requeridos y demás para reestablecer su estado de salud.

Con base en lo anterior solicita que:

1.- Se le ordene a la entidad demandada que le autorice la realización del examen ordenado por el médico especialista, así mismo el servicio integral que requiera (cirugías, exámenes, transporte, viáticos, medicamentos, citas con especialistas y médicos generales) para restablecer su estado de salud que fue afectado con el reclutamiento al que fue sometido estando exonerado por su condición de desplazado.

2.- El Despacho inicie de oficio el trámite de indemnización y costas regulado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 por la condición especial de desplazado del tutelante quien no cuenta con los recursos para costear los trámites administrativos y legales que implica acudir por la otra vía al trámite administrativo indemnizatorio.

3.- Se dispongan ultra o extrapetita todas las órdenes que se considere debe acatar la entidad tutelada con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de Élmer Andrés Rueda Silva.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

La petición de tutela fue presentada y repartida el 28 de mayo de 2015 e ingresada al despacho del magistrado sustanciador al día siguiente, fecha en la cual se admitió y se ordenó darle el trámite que legalmente le corresponde. (fs.48).

En dicho proveído se tuvo como accionada a la Nación- Ejército Nacional - Dirección de Sanidad Militar y al Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare; se ordenó notificarles el auto admisorio y correrle traslado de la demanda y sus anexos. Así mismo, se requirió para que rindieran un informe sobre los hechos que generaron la presente acción.

La notificación se efectuó el 1 de junio de 2015 (fl. 48 a 52).

IV.- RESPUESTA DE LOS TUTELADOS

1.- El comandante del Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare (fls. 53 a 55) indicó que ese comando no ha vulnerado los derechos fundamentales del tutelante, en síntesis, por las siguientes razones:

a.- El señor Élmer Andrés Rueda Silva se incorporó de forma libre y voluntaria a definir su situación militar, motivo por el cual luego de realizarle los exámenes físicos y síquicos fue incorporado como soldado; en ese momento no manifestó que tenía la calidad de víctima y menos aportó algún documento que lo reconociera como tal.

No obstante lo anterior, en el momento en que se tuvo conocimiento de dicha novedad se inició el trámite administrativo correspondiente con la sección de Altas y Bajas de la Dirección de Personal del Ejército a fin de que el SLR Rueda Silva fuera retirado del servicio por ostentar la calidad de desplazado, lo cual ocurrió el 1 de septiembre de 2014 mediante la Orden Administrativa de Personal número 1915, y el 10 del mismo mes y año se le practicó examen de evacuación en el que se declaró no apto y se le puso en conocimiento la Circular 254594 – CE-JEDEH-DIPER-SL-746 que trata las normas relacionadas con el manejo de personal de soldados regulares, campesinos y contingentes anteriores por sanidad y justicia.

Teniendo en cuenta el resultado del examen de evacuación (NO APTO) y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000 el soldado regular Rueda Silva disponía del término de 2 meses siguientes a la emisión del acto administrativo a través del cual se produjo la novedad para practicarse el examen de retiro ya que los exámenes médico laborales y tratamientos que se deriven de 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.

Por lo anterior, el tutelante debía concurrir ante los organismos y autoridades médico laborales militares y de policía tal como lo dispone el artículo 14 del mencionado decreto.

b.- En lo relacionado con la asignación de citas y autorización de exámenes, estos son competencia de la Dirección de Sanidad y/o del Dispensario Médico por lo que no se pronuncia al respecto.

2.- La Dirección de Sanidad no se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE COMPETENCIA Y NULIDADES

Este Tribunal es competente para adelantar el presente proceso si se tiene en cuenta que la entidad demandada es del orden nacional.

De otra parte, analizada la actuación surtida dentro de la presente acción de tutela se encuentra que se ajusta al trámite establecido en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual debemos predicar que se cumplió el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución.

2.- LA ACCIÓN DE TUTELA

Nuestro ordenamiento jurídico, más específicamente el artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares en los casos en que ella es procedente. Y el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 reitera esta disposición.

La Carta Magna, art. 86 inciso 3º dispone taxativamente que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 reitera esta preceptiva, cuando consagra como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Frente a la subsidiariedad la Corte Constitucional, desde sus inicios¹ resaltó su carácter esencial cuando señaló:

“La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

La doctrina mencionada se ha mantenido, como lo demuestra lo señalado en la Sentencia T – 613/05, cuya parte pertinente nos permitimos transcribir:

“4. Subsidiariedad de la acción de tutela.

Como es suficientemente conocido, la acción de tutela fue consagrada por el Constituyente de 1991 como un mecanismo al alcance de todas las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales ante la actuación u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos establecidos en la Constitución y la ley, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (mecanismo principal), o cuando a pesar de la existencia del mismo la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en relación con el medio alternativo de defensa judicial la Corte desde sus inicios ha sostenido que el mismo debe servir, ser idóneo y eficaz en relación con el fin perseguido, que no es otro que la protección de los derechos constitucionales fundamentales. En ese

¹ T-01 de 1992

sentido, en la sentencia de unificación SU 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se dijo:

“[t]ambién ha sido clara esta Corporación al señalar, fundada en la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad, impuesta por la Carta, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), que en cada caso concreto el juez de tutela debe establecer la eficacia del medio judicial que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza.

En otros términos, el medio alternativo de defensa judicial debe ser evaluado y calificado por el juez de tutela respecto de la situación concreta que se pone en su conocimiento”.

(...)

No obstante lo expresado, el examen de la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial no puede restringirse a establecer cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si tal ejercicio se fundara exclusivamente en dicho criterio, la jurisdicción de tutela, por los principios que la rigen y los términos establecidos para decidir, desplazaría por completo a las demás jurisdicciones y acciones, con salvedad del habeas corpus. Si se admitiera tal consideración se desdibujaría la configuración constitucional sobre la tutela. Por ello, la Corte ha precisado que aquel “análisis impone tomar en cuenta que el juez ordinario al resolver respecto de la acción contenciosa está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar, además, el pago de la indemnización respectiva si a ello hubiere lugar. Lo contrario, sería pasar por alto que la ley ha dispuesto una jurisdicción y un trámite al servicio de la resolución de controversias de esta naturaleza”.

La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial, siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, a saber: la inminencia, el cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y, la gravedad de los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que “[e]l perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra”.

3.- PROBLEMAS JURÍDICOS

Del análisis del escrito de tutela en relación, con su respuesta, las pruebas aportadas y nuestro ordenamiento jurídico se establece que el problema jurídico es el siguiente:

¿El Ministerio de Defensa-Ejército Nacional- Dirección de Sanidad y Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare vulneraron o no los derechos fundamentales a la salud y a la vida del tutelante, al negarle al accionante los procedimientos, tratamientos y demás que requiere para tratar la enfermedad que padece?

¿Es procedente o no ordenar en el presente caso la indemnización de los daños y perjuicios reclamados en la acción de tutela por Rueda Silva?

Para resolverlos consideraremos los siguientes aspectos:

3.1.- De los derechos presuntamente vulnerados

No hay duda que la salud y la vida digna son derechos fundamentales, pues están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 11 y 12 C. P.) y además así lo ha indicado la Corte Constitucional en infinidad de providencias, de las cuales una muestra son las sentencias T-470 de 2010 y T -058 de 2011, en la primera se señaló:

“(…)

3. Derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de los miembros de la fuerza pública. Deber de protección por parte del Estado

3.1 Colombia, como Estado Social de Derecho, contempla en el primer artículo de la Constitución el principio de la solidaridad de las personas que la integran, cuya materialización se da mediante la disposición de deberes con el propósito de favorecer el respeto por la dignidad de las personas.

El principio de solidaridad se ha definido en el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, como la forma de cumplir con los fines propuestos por el Estado, materializando “los derechos constitucionales a la subsistencia, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, a la educación y al trabajo, en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación y en la adopción del criterio de necesidades básicas insatisfechas para la distribución territorial del gasto público social (art. 350 C.P.”²; No obstante, en lo que más se ha centrado la jurisprudencia es en sostener que dicho principio debe estar rígidamente vinculado con el cumplimiento del principio de la igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional.

De manera que para lograr la optimización de la igualdad se exige la adopción de medidas en favor de grupos marginados, además del resguardo de los sujetos de especial protección constitucional y las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, dejando claro que tal atención no debe ser considerada como una exigencia de la caridad

² Corte Constitucional Sentencia T-149 de 2002

*sino que debe ser entendida en virtud del principio de solidaridad, como un derecho subjetivo en cabeza de quienes se encuentran en tal situación y como un deber estatal que debe ser adoptado por cada institución que lo represente.*³

*En consecuencia, debe ser el Estado quien asuma las cargas positivas propias del principio de solidaridad, de manera tal que garantice las condiciones mínimas de vida digna a cada persona. Para ello es necesario que se preste asistencia y protección a quienes se encuentren en situaciones de inferioridad bien de manera indirecta a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa adoptando medidas en favor de aquellas personas.*⁴

3.2 Igualmente, esta Corporación en reiteradas ocasiones⁵ ha destacado la prestación del servicio militar como el cumplimiento de una obligación de origen constitucional sustentada en los artículos 95 (numeral 3) y 216 del ordenamiento superior, en los que se establece como deber de las personas apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia e integridad nacionales bajo el deber de tomar las armas cuando las necesidades públicas así lo exijan.

*En tal sentido, cuando un ser humano es incorporado a las filas, al ser esto emanado de la Constitución, concomitantemente recaen sobre las respectivas autoridades militares y el Estado especiales obligaciones relativas a la protección, cuidado de la salud y vida digna de estas personas. Tales deberes tienen particular relevancia en atención a las características propias de la actividad militar, que exige la realización de grandes esfuerzos y sobre todo la exposición frecuente a innumerables riesgos a los que conlleva el desarrollo dentro de un régimen riguroso de dirección y disciplina, dadas las finalidades constitucionales de la fuerza pública.*⁶

El carácter obligatorio que demanda este servicio, y el riesgo inherente a las labores que cumplen quienes lo prestan, justifica el derecho del militar aquejado por alguna dolencia o enfermedad a reclamar del Estado y particularmente, de los organismos de sanidad de las Fuerzas Militares, la atención médica indispensable durante el tiempo que sea necesario cuando se requiera para el cumplimiento de funciones de prevención, protección y rehabilitación en beneficio de su personal⁷ “

(...)

4. Situación de los soldados profesionales como miembros de la fuerza pública que sufren grave afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio. Reiteración de jurisprudencia.

(...)

4.2 Aunado a lo anterior, para el caso de los soldados profesionales, es necesario dejar claro que por la naturaleza de su cargo estos deben

³ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2005

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2005.

⁵ Corte Constitucional, Sentencias: T-941 de 2009, T-824 de 2002, T-111 de 2009, T-229 de 2009, T-279 de 2009 entre otras.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-824 de 2002.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 1998.

ostentar una plena capacidad psicofísica como requisito para el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. Sin embargo, esto no justifica que el Estado o las fuerzas militares omitan garantizar una protección a aquellos sujetos cuando hayan sufrido un menoscabo en su capacidad psicofísica en cumplimiento de su actividad, optando simplemente por su desvinculación; al contrario, se deberá propender por salvaguardar su vida, salud e integridad.

Al respecto, en la sentencia T-516 de 2009 se exponen de manera clara los eventos en los que deberá inaplicarse la regla general del régimen especial de las Fuerzas Militares, que establece que estarán cubiertos por el sistema de seguridad social en este régimen solamente las personas que cumplan con los requerimientos taxativamente consagrados en la ley.⁸ En consecuencia señala en qué eventos excepcionales el Estado garantizará a los miembros y ex miembros de las fuerzas militares su acceso a la seguridad social cuando se presenten 3 situaciones específicas:

Primera. Cuando una persona a pesar de haber adquirido una lesión o una enfermedad desde antes de ser incorporada a las fuerzas militares, es aceptada como miembro activo de cualquiera de las fuerzas o policía y estas no fueron identificadas durante la realización de los exámenes psicofísicos de ingreso, agravándose como consecuencia del servicio militar, deberá ser atendido por la correspondiente dependencia de sanidad militar, quien brindará atención médica integral en la medida en que tal lesión o enfermedad representa una amenaza cierta y actual del derecho a la vida en condiciones dignas.

Segunda. Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (iii) es la causa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía, las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica.

Tercera. “La constituyen los casos en los cuales la lesión o enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida.”

En tal sentido, al presentarse tales situaciones se deberá materializar el principio de continuidad de la prestación del

⁸ “Ahora bien, aunque el Sistema de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional es un régimen diferente al Sistema General de Seguridad Social formulado en la Ley 100 de 1993, se inspira en los mismos principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Por esta razón, también la Corte ha ordenado la protección del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud en el caso de los miembros de las fuerzas militares, ante determinados supuestos fácticos.

La regla general en la materia consiste en que las fuerzas militares y de policía deben vincular a su sistema de seguridad social a quienes se encuentran a su servicio, y que esta obligación cesa en el momento en el cual la persona es desincorporada de la institución, sin importar cuál sea el motivo. Como lo indica la norma, esto es igualmente aplicable a los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio, pues aunque ellos no tienen una relación laboral o profesional con las instituciones, se encuentran al servicio de las mismas en cumplimiento de un deber constitucional, y ello genera un deber correlativo de la Nación de proteger su salud e integridad física.”

Pero la Corte ha estudiado hasta el momento tres tipos de situaciones que exigen la inaplicación de la anterior regla. El primero de ellos se configura cuando la persona adquirió una lesión o enfermedad desde antes de incorporarse a las fuerzas militares, la cual representa una amenaza cierta y actual del derecho a la vida en condiciones dignas, y del derecho a la integridad física. En este caso, la dependencia correspondiente de sanidad militar debe continuar brindando atención médica integral (i) si la enfermedad o lesión preexistente no fue detectada en los exámenes psicofísicos de ingreso, debiendo hacerlo, y (ii) si agravó como consecuencia del servicio militar.

El segundo tipo de excepciones se genera en los eventos en que la lesión o enfermedad es producida durante la prestación del servicio. Cuando ello ocurre, las fuerzas militares o de policía deben continuar haciéndose cargo de la atención médica si la lesión o enfermedad (i) es producto directo del servicio; (ii) se generó en razón o con ocasión del mismo; o (iii) es la causa directa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía. Por su parte, el tercer tipo de excepciones lo constituyen los casos en los cuales la lesión o enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida.”

servicio y generar en favor de quienes sirven a la Nación, el derecho a seguir recibiendo atención médica integral por parte del sistema de salud de las fuerzas militares y de la policía, de modo que se salvaguarde su vida, salud e integridad, aunque hayan sido desincorporados de la respectiva institución. (resaltado del Tribunal)

Y en la segunda:

“(..)

3. El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El artículo 49 de la Constitución Política dispone que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)”

Según el precitado artículo la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación⁹. Dicha facultad constitucional otorgada a los entes estatales y a los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud está estrechamente relacionada con los fines mismos del Estado Social de Derecho y con los propósitos consagrados en el artículo 2º Superior¹⁰.

A partir del texto del artículo 49, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha protegido el derecho a la salud. “(i) En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros; (iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 1995, C-1204 de 2000 y T-398 de 2008, entre otras.

¹⁰La norma en cita dispone: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera”¹¹.

3.2. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”¹²

En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se “requieren con necesidad”, es decir, la protección de la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”¹³.

3.2. – Relación y síntesis de las pruebas:

Al proceso se aportaron en forma regular y oportuna las siguientes pruebas:

- i. Copia del oficio 20157208369001 a través del cual la directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas da respuesta a un derecho de petición elevado por el tutelante, en él se indica que Élmer Andrés Rueda Silva se encuentra incluido en el registro de víctimas por el hecho victimizante de desplazamiento forzado desde el 9 de marzo de 2005 (fl. 11).
- ii. Boleta de desacuartelamiento del Grupo de Caballería Montado número 16 Guías de Casanare del tutelante de fecha 10 de septiembre de 2014 (fl. 12).
- iii. Oficio 05873 del 11 de septiembre de 2014 a través del cual el comandante del Grupo Guías del Casanare responde un derecho de petición radicado por el apoderado del tutelante en el sentido de informarle que se dispuso en desacuartelamiento del señor Ruedas Silva, se le realizó examen de evacuación y se le dio a conocer el contenido de la Circular número 254594 que trata lo relacionado con el “*manejo de Soldados Contingentes Anteriores por Sanidad y Justicia*” además le recordó al abogado que él como apoderado estuvo presente en esos trámites (fl. 13).
- iv. Acta con número ilegible cuyo asunto fue la realización del examen médico de evacuación practicado a Élmer Rueda Silva el 1 de septiembre de 2014, en ella se indicó que era no apto y se dejó como observación “*ESCOLIASIS DORSAL*” (fls. 14 a 15).

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 2010.

¹² Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-189 de 2010, entre otras.

¹³ Corte Constitucional, Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-760 de 2008 y T-189 de 2010, entre otras.

- v. Orden de servicios médicos de fecha 9 de septiembre de 2014 a través de la cual se remitió al tutelante a la especialidad de ortopedia (fl. 16).
- vi. Copia de la historia clínica del tutelante en la que se registra la atención brindada en el Batallón A.S.P.C número 16, en uno de sus apartes se indica que *“TRAE RX DE COLUMNA VERTEBRAL QUE MUESTRA DISMINUCIÓN EN ESPANCIÓN INTERVERTEBRAL T3T4EVIDENCIAN FRACTURAS”* (fls. 17 a 21).
- vii. Historia clínica del tutelante producto de una consulta médica a la que asistió el tutelante el 9 de diciembre de 2014 en el consultorio del galeno Mauricio Acero Moreno quien le ordenó una resonancia magnética nuclear simple de columna dorsolumbar AP y lateral (fls. 22 a 25).
- viii. Oficio del 9 de diciembre de 2014 a través del cual el tutelante por intermedio de su apoderado solicita a la entidad demandada la autorización para la realización de unos procedimientos médicos (fls. 28 a 29).
- ix. Copia de los trámites surtidos ante la Procuraduría relacionados con la queja presentada por el apoderado del tutelante contra los funcionarios del Dispensario Médico de la Brigada XVI del Ejército Nacional (fl.30 a 35).
- x. Oficio número 08259 del 12 de diciembre de 2014, mediante el cual el comandante del Grupo de Caballería Montado número 16 le informa al tutelante que su derecho de petición de fecha 10 de diciembre fue remitido al comandante del Batallón de Servicios número 16 por ser un asunto de su competencia y la solicitud de autorización de servicios médicos al director de Sanidad Militar (fl. 36 a 43).
- xi. Oficio 0027 del 20 de enero de 2015 por el cual el director del Establecimiento de Sanidad Militar 4036 responde el derecho de petición al tutelante y le indica los documentos que debe allegar para la asignación de citas y procedimientos en el Hospital Militar.

3.3.- Análisis del primer problema jurídico: ¿El Ministerio de Defensa-Ejército Nacional- Dirección de Sanidad y Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare vulneraron o no los derechos fundamentales a la salud y a la vida del tutelante, al negarle al accionante los procedimientos, tratamientos y demás que requiere para tratar la enfermedad que padece?

Las pruebas relacionadas y sintetizadas en precedencia fueron regular y oportunamente allegadas al proceso; todas son pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto y los medios de prueba aportados; todas tienen el carácter de conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una acción de tutela, donde no hay reserva probatoria especial para demostrar los hechos, por una parte y por otra, porque fueron incorporadas en forma lícita; todas son eficaces, pues no se demostró su invalidez a través de tacha de falsedad; y finalmente todas se caracterizan por ser útiles, porque son aptas para llevar al convencimiento del juzgador los hechos que se pretenden demostrar.

Analizado el acervo probatorio incorporado en forma regular y oportuna al proceso se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

- a. El accionante fue incorporado como soldado regular el 14 de mayo de 2014 y salió de la institución el 10 de septiembre de 2014 por estar exento de prestar el servicio militar obligatorio por ostentar la calidad de víctima.

- b. Acorde con los documentos allegados, cuando se le realizó el examen de evacuación se determinó que era no apto por presentar escoliosis dorsal.

Durante su estadía en la institución militar fue valorado en el Dispensario y remitido a ortopedia, pero no se tiene noticia si allí fue o no valorado.

- c. Cuando se encontraba desacuartelado acudió a una cita con un ortopedista particular quien le ordenó una serie de exámenes para determinar el grado de afección que presenta, pero a la fecha no se los ha efectuado, pese a que su realización fue decretada como medida cautelar en el auto admisorio de la tutela, el cual fue debidamente notificado al director de Sanidad del Ejército Nacional el 1 de junio de 2015 (fl. 49) y posteriormente se requirió al funcionario para su cumplimiento (fl.57).
- d. Teniendo en cuenta la orden dada por el especialista radicó derecho de petición para que se le autorizaran los servicios médicos, esta solicitud fue atendida por el comandante del Grupo de Caballería Montado número 16 quien remitió al director de sanidad la petición por ser el competente para resolverla.
- e. En la respuesta dada por el subdirector científico de la Dirección de Sanidad se le indicó al tutelante que para la agnación de citas y procedimientos en el Hospital Militar debía anexar una serie de documentos que al parecer no fueron allegados por el accionante.
- f. Teniendo en cuenta que la Dirección de Sanidad no contestó la tutela ni rindió el informe solicitado por la Corporación en el auto admisorio, además se tendrán por ciertos los siguientes hechos descritos en la demanda:
- El tutelante estaba exento de prestar el servicio militar por su condición de desplazado; no obstante, fue reclutado para prestar dicho servicio.
 - El accionante se encontraba en buen estado de salud al momento de ser vinculado al Ejército Nacional como soldado regular.
 - Mientras estuvo vinculado como soldado regular, sufrió afectación de su salud que en el examen de evacuación se determina como *escoliosis dorsal*.
 - No obstante que al momento de su retiro se le debían practicar los exámenes necesarios para determinar su estado de salud, no se ordenaron.
 - Inmediatamente después de su retiro, el tutelante ha pedido al Ejército Nacional la autorización de procedimientos médicos para mejorar su salud, pero hasta el momento no se han ordenado; incluso se omitió cumplir la orden judicial emitida a título de medida cautelar, para que se le practicara una resonancia magnética nuclear simple de columna dorso lumbar AP y lateral, RX de columna dorso lumbar AP y lateral recomendada por el galeno Mauricio Acero.

Así las cosas, se protegerán los derechos a la salud y a la vida del señor Rueda Silva por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Dirección de Sanidad Militar.

Y para proteger tales derechos se dispondrá que el ministro de defensa, el comandante del Ejército Nacional y el director de Sanidad de esa institución o quienes hagan sus veces, a más tardar en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, iniciarán las gestiones que sean necesarias para que se le brinden al actor los exámenes y tratamientos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y demás que requiera para recuperar su estado de salud hasta donde los avances médicos lo permitan; el costo de los transportes, si hubiere lugar a ello, también serán cubiertos por el Ejército Nacional dado que el accionante ha indicado que no cuenta con recursos para esos efectos y no se ha demostrado lo contrario; además, porque su condición de desplazado igualmente permite inferir que no tiene los recursos para ello.

Las citas de todo orden deberán ser comunicadas al accionante por el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional.

No obstante, debe aclararse que el tutelante tendrá la obligación de comparecer en las fechas y horas fijadas por el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional y diligenciar los documentos a que haya lugar, según los reglamentos de la entidad accionada, para la prestación de los servicios ordenados.

De las gestiones realizadas para cumplir lo dispuesto, el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional o quien haga sus veces deberá informarla a este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia.

En todo caso, desde la iniciación de las gestiones y la realización de los tratamientos requeridos por el actor para la recuperación de su salud no podrá superar el término de 20 días contados a partir de la notificación del presente fallo.

En lo que tiene que ver con el Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare se lo exonerará teniendo en cuenta que como lo expresó en su contestación de la tutela no es de su competencia asignar citas médicas ni autorizar procedimientos médicos y porque además, de los documentos aportados se establece que su comandante fue diligente en el trámite del derecho de petición radicado por Élmer Rueda Silva.

3.4.- Estudio del segundo problema jurídico: ¿Es procedente o no ordenar en el presente caso la indemnización de los daños y perjuicios reclamados en la acción de tutela por el joven Rueda Silva?

La respuesta es negativa, pues la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual cuya finalidad radica en la protección efectiva de los derechos fundamentales y opera ante la inexistencia de acciones judiciales eficaces.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-458 de 2010 se refirió a este tema en los siguientes términos:

“3. Indemnización en abstracto en el trámite de la acción de tutela.

3.1 El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” prevé:

*"Artículo 25. **Indemnizaciones y costas.** Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación..."*

La Corte, ha afirmado en múltiples providencias que este artículo es de aplicación excepcional, puesto que la acción de tutela no tiene una naturaleza fundamentalmente indemnizatoria sino de garantía del goce efectivo de los derechos. De este modo, no siempre que se concede la tutela es procedente la indemnización en abstracto. Para que proceda la indemnización de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones sintetizadas así en la sentencia T-299 de 2009:

*"(iii) solo procede cuando no existe otra vía judicial para el resarcimiento del perjuicio, por lo cual, en todo caso, no es procedente cuando se concede la acción de tutela como mecanismo transitorio; (iv) no es suficiente la violación o amenaza del derecho sino que es necesario que esta sea evidente y consecuencia de la acción clara e indiscutiblemente arbitraria del accionado; (v) debe ser necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho del tutelante; (vi) se debe garantizar el debido proceso al accionado; y (vii) sólo cubre el daño emergente, esto es, el perjuicio y no la ganancia o provecho que deja de reportarse; (viii) si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena 'in genere' accede a decretarla, 'debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación'**[18]**".*

En suma, la solicitud de indemnización en abstracto solo puede concederse cuando el juez constitucional verifica que se cumplen ciertos requisitos que exceden la mera constatación de que una persona ha sido víctima de un daño.

Debe determinarse también si la medida es indispensable para que la acción de tutela cumpla con la finalidad para la cual fue creada, y si existen suficientes elementos dentro del expediente para establecer los elementos mínimos de la obligación de indemnizar.

En el asunto que nos ocupa no se cumplen los requisitos, pues el tutelante puede incoar la acción de reparación directa para reclamar los daños presuntamente causados con la actuación de la entidad accionada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho de salud y la vida al señor **ÉLMER RUEDA SILVA**, que le fueron vulnerados por el Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, por las razones señaladas en la parte considerativa.

Para proteger esos derechos fundamentales se **ORDENA** al ministro de defensa, al comandante del Ejército Nacional y al director de Sanidad de esa institución o quienes hagan sus veces, que a más tardar en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo inicien las gestiones que sean necesarias para que se le brinden al actor los exámenes y tratamientos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y demás que requiera para recuperar su estado de salud hasta donde los avances médicos lo permitan; el costo de los transportes, si hubiere lugar a ello, también serán cubiertos por el Ejército Nacional dado que el accionante ha indicado que no cuenta con recursos para esos efectos y no se ha demostrado lo contrario; además, porque su condición de desplazado igualmente permite inferir que no tiene los recursos para ello.

Las citas de todo orden deberán ser comunicadas al accionante por el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional.

El tutelante tendrá la obligación de comparecer en las fechas y horas fijadas por el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional y diligenciar los documentos a que haya lugar, según los reglamentos de la entidad accionada, para la prestación de los servicios ordenados.

De las gestiones realizadas para cumplir lo dispuesto, el director de Sanidad Militar del Ejército Nacional o quien haga sus veces deberá informarlas a este Tribunal dentro de los **cinco días siguientes** a la notificación de esta sentencia.

En todo caso, desde la iniciación de las gestiones y la realización de los tratamientos requeridos por el actor para la recuperación de su salud no podrá superar el término de **20 días contados** a partir de la notificación del presente fallo.

SEGUNDO: EXONERAR de responsabilidad por la violación de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del tutelante al comandante del Grupo de Caballería Montado número 16 Guías del Casanare, por las razones indicadas en las consideraciones.

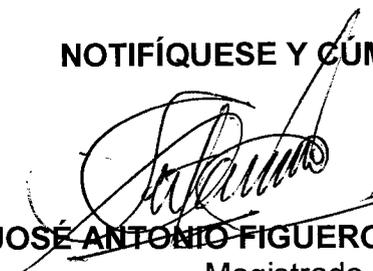
TERCERO: NEGAR las demás pretensiones incoadas.

CUARTO: NOTIFÍQUESE este fallo por el medio más expedito a los sujetos procesales. Además, remítase copia del mismo al ministro de defensa, al comandante del Ejército Nacional y al director de Sanidad de esa institución, para su cumplimiento.

QUINTO: Si este fallo no fuere impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Aprobado en sesión de la fecha, según acta N°

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado


NÉSTOR TRUJILLO GOZÁLEZ
Magistrado


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado