



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 25 OCT. 2018

SENTENCIA DE TUTELA No. 139

Accionada: Ejército Nacional - Dirección de Sanidad Militar

Accionante: José Vicente Zabala Vargas

Derechos Invocados: Salud.

Radicado: 110013335-017-2018-00394-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por el señor JOSÉ VICENTE ZABALA VARGAS, por intermedio de apoderado judicial, contra el EJÉRCITO NACIONAL Y LA DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud. No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

SOLICITUD

El 09 de octubre de 2018, el señor José Vicente Zabala Vargas, por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional – Dirección de Sanidad Militar, por estimar vulnerado su derecho constitucional fundamental a la salud.

Pretende el tutelante que por intermedio de la presente acción, se ordene a la entidad accionada, amparar definitivamente el derecho a la salud del mismo y realizar los exámenes médicos de retiro y la Junta Médico Laboral de Retiro.

HECHOS

Refirió el señor José Vicente Zabala Vargas que laboró para el Ejército Nacional dieciséis años, seis meses y quince días, siendo retirado del servicio el 30 de enero de 2008 como soldado profesional.

Señaló, que durante su vida militar participó de operaciones militares en las cuales resultó lesionado en varias partes del cuerpo, derivando de éstas problemas visuales, auditivos y el alojamiento de una esquirla de granada en su cabeza.

Agrega que fue capturado el 11 de diciembre de 2017 y privado de su libertad hasta el 26 de julio de 2010, según boleta de libertad N°188 librada por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga.

Finalmente, indica que desde el momento en el que quedó privado de la libertad, intentó que se le realizaran los exámenes de retiro de las Fuerzas Militares, pero no fue posible por no obtener todos los permisos del INPEC, además de haber presentado peticiones ante el Ejército Nacional – Dirección de Sanidad Militar, obteniendo como respuesta la negativa de la entidad, quien argumentó la prescripción del derecho del tutelante a practicarse los exámenes médicos de retiro.

ARGUMENTOS DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS. Vencido el término establecido en el auto de fecha 11 de octubre de 2018, las autoridades accionadas guardaron silencio.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra entidades del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.¹

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por intermedio de apoderado judicial, en procura de la defensa del derecho fundamental a la salud.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del precitado Decreto.

En el caso, el Ejército Nacional y la Dirección de Sanidad Nacional, quienes actúan como accionadas dentro del trámite de la referencia, pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional y, en esa medida, gozan de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela.

III. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA

Inmediatez:

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia la H. Corte Constitucional. Por

¹ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

De otra parte, la Corte se ha ocupado de establecer algunos parámetros para establecer la procedencia de la acción constitucional, aun cuando no haya sido promovida de manera oportuna, *(i) si existe un motivo válido que justifique la inactividad del interesado; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión, siempre que exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; (iii) si a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de derechos fundamentales es permanente en el tiempo, es decir, si la situación desfavorable es continua y actual; y (iv) cuando la carga de acudir a la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada frente a la situación de sujetos de especial protección constitucional.*²

Descendiendo a el caso en concreto, estima procedente el Despacho señalar que de conformidad con lo reseñado por el tutelante y los documentos aportados, éste se encontraba privado de la libertad al momento en que fue retirado del servicio, quedando en libertad en el año 2010 y a pesar de haber solicitado a las entidades accionadas la realización de los exámenes médicos de retiro, en una última oportunidad el pasado 15 de junio de 2018, las mismas se negaron a efectuarlos por considerar prescrito el derecho del tutelante, situación por la que se considera justificada la tardanza en la presentación de la acción constitucional.

Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

PROBLEMAS JURÍDICOS Y TEMAS JURÍDICOS A TRATAR

El tutelante manifiesta que las entidades accionadas han vulnerado su derecho fundamental a la salud, al no acceder a la realización de los exámenes médicos de retiro, por considerar prescrito su derecho al solicitarlos luego de un año de haber sido retirado del servicio.

De acuerdo con la presentación de la tesis de la parte demandante, en esta oportunidad corresponde determinar si de las probanzas se puede colegir que existe, por parte de las entidades accionadas, vulneración del derecho fundamental invocado; para resolver el problema jurídico, se tratarán los siguientes temas: *I) Obligación del examen médico de retiro a quienes dejen de pertenecer la fuerza pública. II) El derecho fundamental a la salud de los internos que se encuentran en cumplimiento de una pena privativa de la libertad.*

² Sentencia T-022 de 2017.

I) Obligación del examen médico de retiro a quienes dejen de pertenecer la fuerza pública.

Inicialmente, el Decreto 1793 de 2000³, en sus artículos 7 y 8 determinó el retiro del servicio de los soldados profesionales y su clasificación y seguidamente en el artículo 11, dispuso:

“ARTÍCULO 11. RETIRO POR DETENCIÓN PREVENTIVA. El soldado profesional a quien se le profiera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario, será retirado del servicio.”

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000,⁴ dispone que “Los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional”, en el evento en que se efectúe su retiro de la institución a la que pertenecen, deberán someterse a la realización de un examen de retiro a fin de determinar si tienen derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez,⁵ una indemnización,⁶ o la prestación de servicios asistenciales y de salud,⁷ con fundamento en los efectos que la labor desempeñada produzcan para su salud física y mental.

En efecto el artículo 8 del precitado Decreto, establece:

“ARTICULO 8o. 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.

³ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁴ 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.

⁵ Decreto 1796 del 2000, artículo 39: LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL VINCULADO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES. Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y liquidada como a continuación se señala:

(...)

PARÁGRAFO 2o. Para los soldados profesionales, la base de liquidación será igual a la base de cotización establecida en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales.

⁶ Decreto 1796 del 2000, artículo 37: “DERECHO A INDEMNIZACIÓN. El derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y se liquidará teniendo en cuenta las circunstancias que a continuación se señalan:

a. En el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad y/o accidente común.
b. En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo.
c. En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional.

⁷ Decreto 1796 del 2000, artículo 44: PRESTACIONES ASISTENCIALES. El personal de que trata el presente decreto que sufra lesiones o padezca de una enfermedad, tiene derecho a las siguientes prestaciones asistenciales por el tiempo necesario para definir su situación médico-laboral, sin perjuicio de las prestaciones económicas que le correspondan, así:

1. Atención médica quirúrgica
2. Medicamentos en general.
3. Hospitalización si fuere necesaria.
4. Rehabilitación que comprende:

Reeducación de los órganos lesionados, Sustitución o complemento de órganos mutilados mediante aparatos protésicos u ortopédicos con su correspondiente sustitución y/o mantenimiento vitalicio.

efectividad de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos de forma plena aún bajo condiciones de reclusión.¹¹

Además, señaló:

*“Si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, **muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos.** Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. **Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular.**”¹² (Negrilla fuera del texto original).*

Así las cosas, los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de las personas reclusas en los centros penitenciarios y carcelarios del Estado, hacen parte de la categoría de derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser restringido o limitado, en ninguna circunstancia. Por el contrario, el Estado tiene el deber de prestar de forma adecuada, digna y oportuna todos los servicios médicos que el recluso requiera para el restablecimiento de su estado de salud y la preservación de su vida. En este sentido, dicha obligación se hace extensiva ante la presentación evidente de deficiencias físicas y mentales que puedan disminuir la calidad de vida del interno, esto con el propósito de establecer las causas de tales padecimientos, así como el tratamiento médico que requiere y los servicios médicos necesarios para su recuperación.

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

En el presente asunto se pretende que por esta vía se ampare definitivamente el derecho a la salud del accionante, activando los servicios médicos de éste y se ordene la realización de los exámenes médicos y Junta Médico Laboral de Retiro.

Una vez notificadas las entidades accionadas, Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, guardaron silencio ante el requerimiento de informe de este Juzgado, razón por la cual se presumen como ciertos los hechos narrados por el accionante, acatando lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que prescribe;

“Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

Ahora bien, en el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

1. El señor Zabala Vargas, prestó sus servicios al Ejército Nacional por un periodo de tiempo de 16 años 6 meses y 15 días, de conformidad con la liquidación de servicios emitida por la Dirección de Prestaciones Sociales (fl. 7).

¹¹ Sentencias T-966 de 2000 y T-714 de 1996.

¹² Sentencias T-705 de 1996, T-420 de 1994, T-437 de 1993, T-388 de 1993, T-273 de 1993, T-219 de 1993, T-596 de 1992, T-522 de 1992 y T-424 de 1992.

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.”(Subrayado propio)

Así las cosas, el Decreto en comento dispone que el examen de retiro debe ser ordenado por la *Fuerza respectiva* y realizado por su dirección de sanidad. Así mismo, señala que su pago debe ser asumido por las Unidades Ejecutoras correspondientes en cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.⁸

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado: “el Estado tiene la obligación de realizar el examen de retiro a quienes dejen de pertenecer a las instituciones de la Fuerza Pública. **En esta medida, dicha obligación es independiente de la causa que dio origen al retiro del servicio, pues los derechos que se derivan de sus resultados sólo se desprenden de las consecuencias que la labor desempeñada produzcan en la salud física y mental del examinado, y no de la causal de retiro invocada para el efecto.”**⁹

Así mismo, en otra oportunidad explicó:

“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 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 solicite 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.”***¹⁰

En ese orden, concluye el Despacho que es innegable la obligación del Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, para éste caso en concreto, de ejecutar los exámenes médicos de retiro, no sólo como requisito legal, sino además por las consecuencias que de éste se desprenden en cuanto a la incertidumbre de las prestaciones sociales a las que tiene derecho el soldado profesional, que ha afectado palmariamente su derecho fundamental a la salud.

II) El derecho fundamental a la salud de los internos que se encuentran en cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

Respecto del derecho fundamental a la salud de los internos, la Corte Constitucional ha afirmado que la privación de la libertad ubica a los reclusos en una situación de indefensión y especial vulnerabilidad, derivada de la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios. Frente a esta condición, el Estado no sólo asume el deber de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales que se encuentran suspendidos o limitados. Igualmente, asume el deber de adoptar medidas positivas orientadas a garantizar la

⁸ Decreto 1796 del 2000, Título VI.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-948 de 2006.

2. El tutelante fue retirado del servicio el 30 de enero de 2008, de conformidad con la diligencia de notificación personal. (Fl.8)
3. El 11 de diciembre de 2007, el señor José Vicente Zabala fue capturado y privado de su libertad hasta el 26 de julio de 2010. (Fl.9)
4. Según informe de operación, remitido al Comandante del Grupo Gaula Santander el 10 de Mayo de 2003, se establece que el señor Zabala Vargas sufrió lesiones físicas, al verse afectado en un combate durante una operación militar. (Fl.10).
5. El tutelante tiene una disminución auditiva, según informes audiológicos emitidos por la Segunda División de la Quinta Brigada del Hospital Militar Regional de Bucaramanga (Fls. 15-16)
6. Se diagnostica la existencia de un cuerpo extraño metálico parietal paramedial derecho (Fl.19).
7. El tutelante solicitó la expedición de su historia clínica y la realización de los exámenes médicos de retiro y la Junta Médico Laboral, sin obtener respuesta inicialmente y en segunda oportunidad recibió como respuesta la negación de los exámenes médicos de retiro, por considerar prescrito su derecho (Fls. 21 a 24).

Así las cosas, Considera el Despacho que la actuación del Ejército Nacional – Dirección de Sanidad Nacional, vulneró el derecho fundamental a la salud del accionante, al exigir la presentación del mismo a las instalaciones de la entidad, obviando la situación de especial sujeción en la que se encontraba, que además fue la causal del retiro de la Institución y por lo tanto se encuentra plenamente justificada la imposibilidad de acercarse en el año siguiente a su retiro para ser objeto de la valoración de retiro que de conformidad con la Jurisprudencia anteriormente señala es una obligación de la entidad demandada, prologando en el tiempo las afecciones físicas que adquirió en el ejercicio de sus funciones al servicio del Ejército Nacional.

Aunado a lo anterior, se hace necesario resaltar que el examen de retiro en cuestión tiene por objeto determinar si un miembro de la fuerza pública que deja de pertenecer a la institución castrense, tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, una indemnización, o la prestación de servicios asistenciales y de salud, como resultado de la labor desempeñada.

Es así como, se concederá el amparo del derecho a la valoración del examen médico de retiro y a la realización de una Junta Médico Laboral, por lo cual se ordenará al Director General de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, o quien haga sus veces, (i) que realice el examen de retiro, conforme con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 y (ii) que adelante las diligencias necesarias para que se realice Junta Médico Laboral, para realizar un dictamen completo, al señor JOSE VICENTE ZABALA VARGAS, en el que se determine su actual estado de salud y las afecciones que padece. Los exámenes y consultas médicas para la realización del dictamen se realizarán a cargo del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, a efectos de no generar interrupciones y demoras en la realización del dictamen.

Se concederá un término máximo tres meses para la realización de la Junta Médica. De interponerse recurso o solicitud de convocatoria del Tribunal Médico, se otorgarán dos meses más para su realización, (El término se contará desde la interposición del recurso).

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCÉDASE el amparo del derecho a la salud al señor JOSE VICENTE ZABALA VARGAS. En consecuencia, ORDENÁSE al Director General de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, o quien haga sus veces, para (i) que practique el examen de retiro, conforme con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 y (ii) que adelante las diligencias necesarias para que se realice Junta Médico Laboral, para realizar un dictamen completo, al señor JOSE VICENTE ZABALA VARGAS, de acuerdo a las afecciones que padece.

Los exámenes y consultas médicas para la realización del dictamen se realizarán a cargo del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, a efectos de no generar interrupciones y demoras innecesarias, conforme a los lineamientos dados en la parte motiva.

Se concederá un término máximo tres meses para la realización de la Junta Médica, contado desde la notificación de esta providencia. De interponerse recurso o solicitud de convocatoria del Tribunal Médico, se otorgarán dos meses más para su realización, (El término se contará desde la interposición del recurso).

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE a las accionadas y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

AR