

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Sentencia de tutela No. 84

Accionada: Dirección General de Sanidad Militar – Dirección de Sanidad Ejército Nacional

Accionante: Edgar de Jesús Montalvo Valencia

Derechos Invocados: Debido Proceso, Salud, Dignidad Humana, Seguridad Social, Vida e Igualdad

Radicado: 110013335-017-2019-00248-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar sentencia de primera instancia referente teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones

Pretensiones de la demanda: Se solicita la protección de sus derechos fundamentales con el objeto de que ordene su vinculación al sistema salud de las FFMM y en un término perentorio la realización de una segunda junta médica laboral para que determine su pérdida de capacidad laboral.

Hechos.

- .- Fue vinculado al Ejército Nacional, en buenas condiciones de salud
- .- Prestando el servicio tuvo un altercado con un soldado perdiendo tres dedos en su mano izquierda
- .- El 3 de febrero de 2014 la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional realizó Junta Médico Laboral, concluyendo para esa fecha, una pérdida de capacidad laboral del 30.32% y declarado no apto para la actividad militar.
- .- desde ese año fue retirado del sistema de seguridad social, lo que ha generado un desmejoramiento en su estado de salud.
- .- El 22 de diciembre de 2016 fue valorado por la junta regional de invalidez del Cesar, concluyendo para esa fecha una pérdida de la capacidad laboral en un 51,60%
- .- en febrero de 2016 y septiembre de 2017 solicitó a sanidad militar la activación de los servicios médicos, los cuales han sido negados al culminar su tratamiento médico con una pérdida de capacidad laboral en febrero del año 2014 del 30.32%

Contestación de la Dirección de Sanidad Ejército Nacional.-

Arguye que la institución no ha generado vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante ya que no es procedente realizar una nueva junta médico laboral conforme al parágrafo del artículo 19 del decreto 1796 de 2000 por las mismas patologías evaluadas por la junta medico laboral y frente a la prestación de los servicios médicos de salud, al no formar parte de las FFMM desde el 11 de mayo de 2013 la prestación del servicio médico se encuentra cubierto por el régimen subsidiado del Sistema General

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 en la causa 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 el señor Edgar de Jesús Montalvo Valencia a través de apoderado judicial de acuerdo a las facultades expresas contenidas en el memorial poder visible a folio 5 del expediente, en procura de la defensa de los derechos fundamentales invocados.

Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 5º 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, la Dirección General de Sanidad Militar – Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, actúa como accionada dentro del trámite de la referencia, pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional y, goza de legitimación en la causa por pasiva por haber sido la entidad a quien se le solicitó la reactivación de los servicios de salud y una nueva valoración por parte de la junta médica laboral de pérdida de capacidad laboral.

Procedibilidad de la acción de tutela.

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto” (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

Requisito de inmediatez:

El juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características” (Resaltado por el Despacho).

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.

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

*“El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, **la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”**(Resaltado por el Despacho).*

De la jurisprudencia constitucional trascrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si se da alguno de los presupuestos enunciados por la Corte o debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad :

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto” (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales, situación que fue cumplida por el accionante.

Caso concreto:

En el presente asunto se pretende activar la prestación del servicio medio a cargo de las FFMM y, una segunda valoración de la pérdida de la capacidad laboral por las mismas patologías evaluadas por la Junta Médico Laboral.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos puntuales y relevantes:

1. El accionante ingresó al Ejército Nacional a prestar servicio militar como Soldado Regular el 14/06/2011 (hoja 4 archivo en CD folio 19) en la ficha médica unificada de ingreso de fecha 9 de septiembre de 2011 se informa buen estado general (hojas 16 a 20 archivo en CD folio 19)
2. El 11 de febrero de 2013 se encontraba en el segundo pelotón de la compañía ASPC de la Brigada de Selva No. 22 Batallón de Infantería de Selva No.24 GR. Luis Carlos Camacho Leyva en el

Municipio de Calamar en el departamento del Guaviare, cuando, de acuerdo al Informativo Administrativo por Lesiones No.006: *"De repente el SLR. Montalvo Valencia Edgar de Jesús quien se encontraba en ese sector comenzó a discutir con el SLR. Fuentes y en cuestión de segundos pasaron a agredirse físicamente, tomando el soldado Fuentes Rojas una macheta y amenazó al soldado regular Montalvo Valencia, y este tomando la hoja por el filo del arma blanca obligando instintivamente a reaccionar al SLR. Fuentes quien haló la macheta ocasionándole una cortada en los dedos corazón, anular y meñique de la mano izquierda del soldado Montalvo Valencia...Imputabilidad...Literal D. x/ En actos realizados contra la ley, el reglamento o la orden superior."* (fl.15).

3. En razón a la lesión se sometió a los procedimientos médicos quirúrgicos y de rehabilitación en el Hospital Militar Central (hojas 49 a 80 archivo en CD folio 19)
4. Fue retirado del servicio el 11 de mayo de 2013 mediante disposición No. 1774 (fl.17 vto.)
5. La Junta Médico Laboral No.66507 el 3 de febrero de 2014, determinó una pérdida de la capacidad laboral del 30.32%. la anterior decisión fue notificada de forma personal el 20 de febrero de 2014 y contra ella procedía el recurso de apelación ante Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar dentro de los 4 meses siguientes (fls.13-14).
6. Según se consigna en la historia clínica el 19 de febrero de 2014 ingresó a los servicios médicos el señor Edgar de Jesús Montalvo Valencia con fractura de la clavícula por accidente de tránsito lo que genera una incapacidad por 20 días (hojas 38 a 42 archivo en CD folio 19)
7. De acuerdo con el resumen de la historia clínica y tras valoración por otorrinolaringología y psicología de febrero y marzo de 2014 se consigna *"Se trata de un paciente muy joven, quien en una situación fortuita, sufre lesiones que afectan de manera radical su plan de vida; no encuentra salidas ni respaldo en la Institución que ama y respeta, se ve limitado en sus funciones físicas, con reducción de sus posibilidades laborales. Se requiere trabajo intenso por Salud Mental y Rehabilitación, para evitar aumento de los síntomas y abandono de planes laborales y/o académicos a tan temprana edad."* (hojas 29 a 37 archivo en CD folio 19)
8. Con base en los anteriores conceptos médicos el accionante se presenta ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, la cual en Dictamen No.6415 notificada el 22 de diciembre de 2016 diagnostica: *"Heridas múltiples de la muñeca y de la mano. Cicatriz queloide. Hipoacusia neurosensorial – bilateral. Otros trastornos depresivos recurrentes"*, para un total de pérdida de la capacidad laboral del 51.60% que corresponde a una incapacidad relativa y permanente *"Nota: con Informe administrativo: Lesiones 1A, 2A y 3A. Enfermedades profesionales Lesiones 4A y 5A. Lesión 6A: sin informe administrativo, enfermedad común."* (fls.8-12).
9. En febrero de 2016 solicita la activación de los servicios médicos 7 (fl.18) la cual le fue negada por el Jefe de Medicina Laboral mediante oficio No.20173380733241:MDN-CGFm-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1- el 10 de mayo de 2017 (fls.16-17)
10. Posteriormente, el 1 de septiembre de 2017 solicita ser reactivado en el sistema salud de las FFMM y en un término perentorio la realización de una nueva junta médica laboral para determinar su pérdida de capacidad laboral

Ampliación de los servicios de salud de los militares

Frente al tema, la H. Corte Constitucional, en sentencias T-063 de febrero 1º de 2007² y T-801 del 12 de noviembre de 2013³, sobre la ampliación de los servicios de salud de los militares que han sido retirados del servicio por quebrantos de salud adquiridos durante el ejercicio de sus actividades sostuvo lo siguiente:

² Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-063 del primero (1º) de febrero de dos mil siete (2007), Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Referencia: expediente T-1433883, Acción de tutela instaurada por Alexander Jesús Peláez Buriticá contra la Dirección General de Sanidad de la Policía Nacional.

³ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sentencia T-801 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), Magistrado Sustanciador: NILSON PINILLA PINILLA, Referencia: expediente T-3959436, Acción de tutela interpuesta por Olasky Gustavo Gamarra Salinas contra la Policía Nacional, Procedencia: Sección Cuarta del Consejo de Estado.

“...(i) De las disposiciones legales y reglamentarias que establecen las obligaciones de la Policía y el Ejército Nacional frente a las personas que prestan el servicio militar obligatorio, se derivan, entre otras, aquella relativa a la atención en salud a partir de la incorporación y hasta el desacuartelamiento o licenciamiento.

(ii) No obstante lo anterior, el término de cobertura del servicio de salud por parte de los Subsistemas de Salud de la Policía y el Ejército Nacional debe ser ampliado en casos en que quien haya prestado el servicio militar padezca quebrantos de salud física o mental, obligación que se ve reforzada cuando éstos han sido contraídos durante la prestación del servicio militar y con ocasión de actividades propias del mismo.

(iii) La Corte ha establecido dos reglas de procedencia de la ampliación del término referido, según las cuales cuando se (i) padece una dolencia que pone en riesgo cierto y evidente [el] derecho fundamental a la vida en condiciones dignas; y (ii) esta dolencia encuentra relación de causalidad con la prestación de las labores propias del servicio militar obligatorio⁴, es imperioso que el Estado, a través de las instituciones de la Fuerza Pública continúe prestando la atención que el caso demande hasta tanto la salud de quien sufrió una lesión o adquirió una enfermedad, se recupere.

(iv) El derecho fundamental a la salud de las personas que han sufrido una pérdida importante de la capacidad física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria⁵ no puede verse afectado, en ningún caso, por las instituciones del Estado sobre las cuales recae la obligación de protegerlo y darle plena vigencia.”

Sin embargo, de acuerdo con lo probado en la actuación, se tiene que con ocasión a la lesión se brindó todo el acompañamiento médico, quirúrgico y de rehabilitación por parte del Hospital Militar Central como consta en la historia clínica anexa en medio magnético a folio 19 del expediente y terminado el tratamiento médico, lo retira del servicio el 11 de mayo de 2013; un año y tres meses después la Junta Médico Laboral el 3 de febrero de 2014 determinó su pérdida de capacidad laboral en un 30.32% informando en el acto de notificación que contra tal decisión procedía el recurso de apelación ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar el cual no fue ejercido.

Referente a la solicitud de realizar una nueva junta para valorar nuevamente la pérdida de la capacidad laboral, encontramos que el actor no interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión, no ejerciendo con ello los medios de defensa administrativos y judiciales para la protección de sus derechos, aunado a los 4 años que se demoró para presentar la acción de amparo sin justificar las razones por las cuales no ejerció la acción en un término razonable.

Se recuerda la improcedencia de la tutela como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.⁶

Ahora bien frente a la activación de servicios médico asistenciales, se pone de presente que estos no han sido suspendidos dado que ante el retiro del servicio, el tutelante se vinculó al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social que le brinda Emdisalud ESS desde el 1º de agosto de 2010 (fl.27 vto.) y, según la historia clínica obrante a folio 19 en CD que ha sufrido otras lesiones a causa de situaciones diversas al servicio militar las cuales han sido atendidas por el sistema de seguridad social.

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,

⁴ Tomado de la Corte Constitucional sentencia T-810 de 2004, Magistrado ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵ Esta es la definición del término discapacidad empleada en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁶ No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado con prontitud, se traduce en un claro perjuicio para el accionante

RESUELVE:

PRIMERO.- NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor Edgar de Jesús Montalvo Valencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al 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. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

715- 