



Cartagena de Indias, dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-010-2018-00201-00
Demandante	JUSTINIANO PALENCIA BARRIOSNUEVO
Demandado	ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD NAVAL
Tema	DRECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la sala a resolver la impugnación presentada por la Directora de Sanidad de la Armada Nacional, en su calidad de accionada, contra la sentencia de fecha diez (10) de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se declararon vulnerados los derechos fundamentales del señor JUSTINIANO PALENCIA BARRIOSNUEVO.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- *"Decretar la entrega mensual de dos salarios mínimos a favor de JUSTINIANO PALENCIA BARRIOSNUEVO, a cargo de las fuerzas armadas.*
- *Se sirva decretar que el mismo siga siendo atendido por el Sistema de Salud de la Armada Nacional, recibiendo la atención médica, hospitalaria y medicinas que su estado de salud requiere."*



1.2. HECHOS (Fs. 4-5)

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- El accionante Justiniano Palencia Barriosnuevo, fue admitido por la Infantería de Marina a los 22 años de edad, sometiéndose dos veces a los exámenes de admisión, en Cartagena y en Coveñas, donde fue trasladado y donde se realizaron nuevamente exámenes para ratificar la salud de los que fueron escogidos.
- Desde el día siete (7) de marzo de 2014, fue trasladado a la Bahía Solano, donde luego de un año de ingresado, presentó trastornos mentales y de comportamiento, que exigieron su traslado con camisa de fuerzas a la ciudad de Bogotá, donde le prestaron atención médica en la clínica Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón en el mes de junio de 2015.
- El accionante regresó a la Bahía Solano, y debió ser alejado de las armas, pero nuevamente recayó, regresándolo a la ciudad de Bogotá, donde finalmente fue entregado a su hermana como acudiente para traerlo a la ciudad de Cartagena, y con ello ser atendido ambulante en diferentes citas psiquiátricas.
- Al accionante se le dictaminó una capacidad cero (0) para trabajar.
- El accionante aún no se recupera y ya no es atendido siquiera por cuenta de las Fuerzas Militares. ''

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA

Directora De Sanidad Naval (Fs. 27- 28)

Que a través de escrito del 3 de septiembre de 2018, la Directora de Sanidad de la Armada Nacional - Capitán de Navío Giovanna Bresciani Otero, solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, por considerar la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

Expuso, que si bien el IMAR Palencia Barriosnuevo laboró para la Armada Nacional en cumplimiento del servicio Militar obligatorio, lo cierto es que con



posterioridad al servicio, se le practicó Junta Medica Laboral el 2 de febrero de 2016, en donde se determinó que presentaba una disminución de la capacidad laboral del cero punto cero por ciento (0.00 %), lo que denota falsedad en las declaraciones del accionante cuando afirma que tiene una incapacidad absoluta para trabajar. Argumentando que su incapacidad laboral no ha disminuido, es decir, que se encuentra totalmente apto para trabajar.

Señaló, que en la referida Junta Médica, se estudió la patología de trastorno de ansiedad y episodios maniacos, llegando a la conclusión de que el paciente presentaba un trastorno cognitivo - bajo coeficiente intelectual, que no reportaba disminución en su capacidad laboral.

Alegó que el accionante no reúne los requisitos exigidos en el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000 para estar afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, puesto que ya no es miembro de la entidad, ni tampoco goza de una asignación de retiro o pensión, por lo que le sugiere afiliarse al Régimen Subsidiado de Salud.

Finalmente, sustentó que el accionante no probó la existencia de un daño o perjuicio irremediable que justifique la prestación de servicios de salud, teniendo en cuenta que la historia clínica aportada corresponde al año 2015, fecha anterior al Acta de Junta Medico laboral de 2016, que determinó que el paciente no presentaba disminución de la capacidad laboral.

Hospital Naval de Cartagena (Fs. 30-31)

El 3 de septiembre de 2016, el Director del Hospital Naval de Cartagena, contesto la tutela, aduciendo que el señor JUSTINIANO PALENCIA no cumple con los requisitos legales establecidos en el Decreto 0094 de 1989 y los artículos 43 del Decreto 1796 de 2000, para tener derecho a una asignación de retiro o a la pensión. Razón por la cual a partir de la fecha en la que quedo inactivo, cesaron los servicios en este centro asistencial.

Finalmente solicitó comedidamente se declare la improcedencia de la presente acción de tutela en lo que respecta a la competencia funcional del Director del Hospital Naval de Cartagena.



3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fs. 36 - 44)

A través de sentencia de fecha diez (10) de septiembre de 2018, el A quo decidió declarar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del accionante, ordenando a su vez, a la Dirección de Sanidad Naval que incluya al accionante en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a efectos de que se obtenga, tratamiento tendiente a la recuperación o al menos rehabilitación del afectado, y un diagnóstico definitivo de la situación del paciente, teniendo en cuenta lo siguiente:

Que el artículo 3 de la Ley 352 de 1997, por medio de la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad social para las Fuerzas Militares y Policía Nacional, define sanidad como un servicio público esencial de logística Militar y Policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientado al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios.

En este sentido, el Estado tiene la obligación correlativa de propugnar por la protección y el cuidado de la salud y vida en condiciones dignas de los miembros de las Fuerzas Militares y de policía, incluyendo a quienes prestan el servicio militar obligatorio, pues si bien ellos no tienen una relación laboral o profesional con las instituciones, se encuentran al servicio de estas en cumplimiento de un deber constitucional.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, establece que las Fuerzas Militares deben vincular a su Sistema de Seguridad Social a quienes se encuentren a su servicio, es decir, que dicha responsabilidad culmina al momento de la desincorporación o retiro de la institución independientemente del motivo; no obstante, la Corte Constitucional ha establecido que lo señalado por la norma ibíd., no exime a las Fuerzas Militares de proteger a aquellos sujetos cuando hayan sufrido un menoscabo en su salud en cumplimiento de su actividad, para lo cual, deben propender por salvaguardar su integridad, salud y vida, sin acudir simplemente a su desvinculación.

En ese orden, el A-quo adujo lo señalado por la Jurisprudencia respecto del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud a los exmilitares.



que señaló tres situaciones excepcionales en las que no procede la exclusión del sistema de salud, debiendo el Estado garantizar el derecho a seguir recibiendo asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica a los ex miembros de las Fuerzas Militares por parte del subsistema de salud, cuando hayan sufrido menoscabo en su integridad física o mental durante el tiempo que se encontraban en la institución, hasta tanto estos logren su recuperación en las condiciones científicas que el caso demande; al caso:

Señaló el A-quo que, (...) la segunda circunstancia excepcional, se presenta cuando la lesión o enfermedad es ocasionada durante la prestación del servicio; ante ese evento, las Fuerzas Militares o de policía tienen la obligación de continuar brindando la atención médica si la lesión o enfermedad es producto directo del servicio, si se generó en razón o con ocasión del mismo o si es la causa directa de la desincorporación de las fuerzas militares.

Por consiguiente, señaló que la jurisprudencia ha establecido la obligación de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional de seguir prestando asistencia médica al personal retirado hasta que se logre su recuperación física o mental, dado que suspender el servicio de salud a una persona que se encuentre en tratamiento médico es violatorio de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, el Juez de primera instancia trae a colación lo resaltado por la Corte Constitucional¹ en cuanto a la declaratoria de aptitud para el ingreso a las Fuerzas Militares, la cual se logra a través de exámenes médicos; y en aquellos eventos en que no se hubieren detectado enfermedades preexistentes al momento de la incorporación a filas y estas se originan durante la prestación del servicio, será la dependencia de Sanidad Militar correspondiente la encargada de brindar la atención necesaria al afectado.

A su vez señaló el A-quo, que desde el momento en que ingresan a prestar el Servicio Militar obligatorio y desde el momento en que son considerados aptos, es responsabilidad de las instituciones armadas velar porque el personal reclutado continúe disfrutando del mismo estado de salud que tenía al ingresar, y en caso contrario proveerles las prestaciones médicas y asistenciales necesarias para su plena recuperación. Esta atención médica según la Corte

¹ Sentencia T-810 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño



Constitucional, debe continuar hasta que su situación sea resuelta a su favor, cuando la lesión o enfermedad haya sido adquirida con ocasión del servicio.

Por otro lado, en cuanto al derecho de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional a obtener una nueva valoración médica, el Aquo trajo a colación lo establecido por la Corte Constitucional, en cuanto a que tratándose de solicitudes para nueva valoración médica, las autoridades militares se encuentran obligadas a realizar de manera exhaustiva, los exámenes y evaluaciones médicas que se requieran para establecer con la máxima precisión posible, si la dolencia que el soldado dice padecer, existe verdaderamente y cuál es su magnitud; este derecho, según la Corte Constitucional, resulta extensivo al personal retirado sin derecho a pensión.

Señaló el Juez de primera instancia, que la jurisprudencia Constitucional², estableció la procedencia de una nueva valoración médica cuando i) exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio, ii) dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente y iii) la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro.

En el caso concreto la Dirección de Sanidad no envió la documentación que le fue requerida, especialmente la atención médica prestada al accionante, que incluye la historia clínica completa, sin informar tampoco si la Junta Médico Laboral del 2 de febrero de 2016 fue objeto de impugnación.

Al accionante le fueron diagnosticadas diversas patologías comportamentales que generaron incapacidades por periodos de trece hasta treinta días, por trastornos psicóticos. Sin embargo, la Junta medico laboral concluyó que el paciente presenta un trastorno cognitivo - bajo coeficiente intelectual. Pese a lo anterior el accionante ruega el amparo de sus derechos fundamentales, informando que su condición mental se ha agravado.

Finalmente para el Aquo se encontraron debidamente acreditados los requisitos para la procedencia en este caso de una nueva valoración médica, por canto i) existe una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio, teniendo en cuenta que la misma Junta Medico Laboral acepta que las alteraciones mentales del accionante

² Sentencia T- 493 de 2004, T-140 de 2008, T- 602 de 2009, entre otras.



son imputables al servicio, ii) dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente como se deriva de los informes de los especialistas; y iii) la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro.

4. IMPUGNACIÓN (Fs. 52-55)

La Dirección de Sanidad de la Armada Nacional impugnó la decisión del Aquo, manifestando en su escrito, que el accionante no solicitó la realización de una nueva Junta Médico Laboral, además que el acervo presentado por este, es anterior a la elaboración de la Junta Médico Laboral No. 27 del 02 de febrero de 2016; por otro lado, manifestó que contrario a lo que pretende insinuar el Aquo, lógicamente y bajo las reglas del sentido común, no es posible que el accionante durante el servicio militar haya adquirido un trastorno cognitivo - bajo coeficiente intelectual, siendo estas deficiencias ocasionadas por razones genéticas; así mismo, aduce que el accionante no alega la evolución de sus patologías ni allegó pruebas sumarias de que así sea; a su vez, señaló que el accionante no cumplió con el requisito de la subsidiariedad, que en el caso concreto se traduce en que el accionante por lo menos haya solicitado ante esta Dirección de Sanidad, la elaboración de una nueva Junta Médico Laboral, documento que es necesario y que no se cumple en el presente caso.

Manifestó el accionado, que el tutelante finalizó su servicio en óptimas condiciones físicas y mentales, presentando un trastorno cognitivo, bajo coeficiente intelectual, que no reportaba disminución en su capacidad laboral, esto debido a que al accionante se le elaboró una Junta Médico Laboral en donde se determinó que no tenía disminución de su capacidad laboral.

Expresó que el Estado ha dispuesto los mecanismos necesarios para satisfacer el servicio de salud de la población considerada vulnerable, y en consecuencia, manifestó que le corresponde al accionante iniciar las gestiones tendientes para ser beneficiario del régimen subsidiado mediante la afiliación en una de las Entidades Promotoras de Salud del mismo Régimen, quienes con responsables de la prestación del Plan Obligatorio de Salud de sus afiliados.



Afirmó que el accionante no probó la existencia de un daño o perjuicio irremediable, que justifique la prestación de los servicios de salud, aduciendo que la historia clínica aportada data del año 2015, con anterioridad a la Junta Medico Laboral No. 27 del 02 de febrero de 2016, la cual determinó que el señor Justiniano Palencia, no presentaba ninguna disminución de la capacidad laboral.

En cuanto a los requisitos para acceder a una nueva calificación, adujo que el accionante debe demostrar o aportar documentos de donde se pueda inferir que sus patologías han presentado una evolución negativa, esto quiere decir que debe presentar HISTORIA CLINICA POSTERIOR en donde se demuestre que las patologías han presentado una evolución progresiva.

Finalmente afirmó que muchos Despachos judiciales han confundido las funciones de la Junta Medico Laboral, al argumentar que no se le puede solicitar al accionante, prueba de la evolución o progresión de las patologías, cuando mediante la misma Junta se pretende probar eso, lo cual es falso, y no considera reales las funciones de los médicos que conforman la Junta Medico Laboral; lo anterior en el entendido que la especialidad de los médicos de la Junta Medico Laboral no es evaluar al paciente, si no asignar los índices conforme a lo enunciado por el médico tratante, observándose así que, si se requiere de historia clínica posterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000.

5. TRÁMITE

La acción de tutela de la referencia fue admitida el día 29 de agosto de 2018 (Fs. 20), notificada el 30 de agosto de 2018 (F. 21).

El día 3 de septiembre de 2018, la Dirección de Sanidad, envió respuesta a la Acción de Tutela de la referencia (Fs. 27- 28)

El día 3 de septiembre de 2018, la Dirección del Hospital Naval de Cartagena, envió respuesta de la Acción de Tutela de la referencia (Fs. 31-32)

El diez (10) de marzo del 2018, se dictó el fallo de primera instancia (Fs. 36 -44) y el 12 de septiembre de 2018, se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia. (Fs. 52 - 55)



Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día catorce (14) de septiembre de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (F. 78)

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿En el sub judice es procedente la tutela como mecanismo transitorio, para que el accionante logre la atención médica, hospitalaria y suministro de medicinas por parte del Sistema de Salud de la Armada Nacional?

¿En el sub judice es procedente la realización de una nueva valoración por parte de la Junta Medico Laboral al accionante?

Si las respuestas son positivas, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión, confirmará el fallo impugnado debido a que la tutela es el mecanismo procedente para acceder a las pretensiones del accionante, ya que no cuenta con otra vía alterna para amparar sus derechos, además que existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante, a la



seguridad social y salud por parte de la Armada Nacional, al negarle la atención y la realización de la nueva valoración.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales,



cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"³.

Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

"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.

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo, es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

³ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

Legitimación activa

Sobre el particular el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo Constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quién actuara por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

Legitimación pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, en principio tiene la competencia para garantizar los derechos fundamentales. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.



Procedencia de la acción de tutela - solicitud de nueva valoración por parte de la Junta Médica – solicitud de atención médica y hospitalaria y suministro de medicamentos a exmilitares.

La Corte Constitucional a través de Sentencia T- 314 de 2018, estableció respecto de la procedencia de la acción de tutela respecto a la valoración medico laboral lo siguiente:

"El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Adicionalmente, como se analizará más adelante, ha sostenido esta Corporación que, aún si el actor cuenta con otro medio de defensa pero éste no resultare idóneo o eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados^[56], procederá entonces la interposición directa y en forma definitiva de la acción, como mecanismo principal.

En consecuencia, una de tres condiciones constitucionales se exige para la procedencia del amparo: i) que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; ii) que teniéndolo sea necesaria la tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o iii) que éste no resultare idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados.

El primer caso se explica a sí mismo y se deduce simplemente de la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En el segundo, procede la acción de tutela de forma excepcional, cuando a pesar de contarse con un medio judicial diferente, es preciso evitar un perjuicio irremediable que se presentaría de someterse el debate al procedimiento ordinario necesariamente más extendido y complejo^[57]. En este evento, se debe utilizar como mecanismo transitorio, en tanto se decide el asunto en la vía jurisdiccional ordinaria, cuya acción debe ejercerse por el afectado, a más tardar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes al fallo de tutela.

En general, respecto de los derechos cuya protección se pretende con el amparo constitucional en el presente caso: salud/vida y derechos pensionales, y en concordancia con lo anteriormente expresado, se permite el reclamo ante esta jurisdicción, cuando el mecanismo judicial ordinario no puede evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable^[58], al encontrarse el interesado, de un lado, en una delicada condición de salud que requiere la atención inmediata, y del otro, por no contar el peticionario y/o su familia con ingresos que por lo menos garanticen el mínimo vital^[59]."



Obligación del Estado – amparo y protección de los derechos a la salud y seguridad social de los ex miembros de las Fuerzas Militares y de Policía.

A través de la Sentencia T- 396 del 2013, la Corte Constitucional estableció que, de acuerdo a que las actividades de índole militar realizadas por los integrantes de las Fuerzas Militares y de Policía, exponen a estos a grandes riesgos, tanto físicos como mentales, es obligación correlativa del Estado propugnar por la protección y el cuidado de su salud y la vida en condiciones dignas, incluyendo a quienes prestan el servicio militar, pues si bien ellos no tienen una relación laboral o profesional con las instituciones, se encuentran al servicio de estas en cumplimiento de un deber constitucional.

Servicio Militar Obligatorio – Examen de aptitud - ingreso.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ ha precisado que la ley que regula la prestación del servicio militar obligatorio bajo las modalidades de soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía o soldado campesino, establecen que con anticipación a la incorporación se debe realizar un primer examen de aptitud psicofísica y, consecutivamente, dentro de los siguientes 45 y 90 días se realizará otro, cuya finalidad es comprobar que el soldado no presente inhabilidades o incompatibles con la prestación del servicio militar

En este orden, es preciso señalar lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T- 810 de 2004:

"(...) la declaratoria de aptitud para el ingreso a las fuerzas militares delimita el ámbito de responsabilidad en el suministro de las prestaciones médico asistenciales a cargo de las mismas, pues".

Igualmente, este alto tribunal manifestó en la sentencia T-551 de 2012 que "(...) le corresponde a la fuerza pública valorar de manera cuidadosa las condiciones físicas y psicológicas de los hombres que ingresan a prestar el servicio militar obligatorio, pues desde el momento en que son considerados aptos, es responsabilidad de las instituciones armadas velar porque el personal reclutado continúe disfrutando del mismo estado de salud que tenía al ingresar, y en caso contrario, proveerles las prestaciones médicas y asistenciales necesarias para su plena recuperación". [4] (Subraya y cursiva de la Sala).

Derecho a nueva valoración de la pérdida de capacidad laboral para miembros de la fuerza pública y policía – Acta de calificación en firme.

⁴ Corte Constitucional T- 396 de 2013, 507 de 2015, entre otras.



La Corte Constitucional, a través de reiteradas sentencias ha establecido en cuanto a una nueva valoración de la pérdida de capacidad laboral para miembros de la Fuerza Pública y Policía, que negar dicha posibilidad, vulneraría a los interesados sus derechos fundamentales, al tenor la Sentencia T- 507 de 2015 sustrajo lo siguiente:

"El derecho a la seguridad social puede verse eventualmente vulnerado, cuando se niega a los soldados retirados una nueva evaluación, después de que el acta de calificación de la junta médica está en firme –cuando ésta no se ha controvertido-, o con posterioridad a que se haya expedido el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, si las enfermedades reconocidas han progresado, afectando los derechos de las personas que prestaron en algún momento sus servicios diligentemente al país. El Ejército Nacional tiene la obligación de practicar una nueva valoración médica a los soldados retirados que no acrediten el porcentaje requerido para acceder al derecho a la pensión de invalidez, siempre que (i) exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) se trate de una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) se refiera a un desarrollo nuevo, que no haya sido previsto en el momento del retiro."

La Corte Constitucional en la referida Sentencia, se pronunció respecto de la posibilidad de que se vuelva a evaluar la pérdida de capacidad de un soldado retirado, el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 indica que la Dirección de Sanidad de cada Fuerza o de la Policía Nacional, debe realizar por lo menos una vez cada 3 años exámenes médicos de revisión al personal pensionado por invalidez.

No obstante, estableció la Corte, que no existe alguna disposición que prevea la posibilidad de reevaluar la condición de salud de aquellas personas que, al momento de ser retiradas del servicio, presentaran una pérdida de capacidad menor a la requerida para que les fuera reconocida la pensión de invalidez, pero que, al pasar de los años, sufren el deterioro de su salud como resultado de la progresión de su enfermedad, y la consecuente afectación de su calidad de vida; al respecto establece:

"22. El vacío mencionado ha llevado a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre la posibilidad de que los soldados retirados sean evaluados después de que el acta de calificación de la junta médica correspondiente está en firme –cuando ésta no se ha controvertido-, o con posterioridad a que se haya expedido el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en circunstancias en las que se demuestre que se ha dado efectivamente una progresividad en lesiones acaecidas en la prestación del servicio y reconocidas por las mencionadas juntas."



Así las cosas, refiere la jurisprudencia, que para que resulte imperativa una nueva valoración médica, "(...) se requiere que exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; que dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente y que la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro." (Subraya y cursiva fuera de texto)

"En relación con este tema, la Corte indicó que no se puede hacer una interpretación restrictiva sobre la progresión de la enfermedad, es decir, ésta no debe ser probada exhaustivamente por el accionante, en la medida en que "(...) la nueva calificación tiene por objeto precisamente mostrar que en el caso de algunas patologías los porcentajes iniciales no arrojan como resultado las verdaderas secuelas en la disminución de capacidades psicofísicas, [por lo que] su procedencia no puede depender de que se demuestre lo mismo que se pretende demostrar con la nueva valoración." En otras palabras, si lo que se solicita es una nueva valoración, probar exhaustivamente lo que se solicita, haría innecesaria la valoración inicialmente solicitada. (Negritas fuera del texto)

La misma sentencia refiere un caso concreto, donde la Corte determinó respecto a la demostración de una nueva patología o de su desarrollo para establecer la procedencia de nueva valoración de pérdida de capacidad laboral lo siguiente:

"El actor invocaba la evolución progresiva de la enfermedad, la cual constituía un hecho nuevo, posterior a la junta médica. En efecto, el accionante no discutía el fundamento del dictamen expedido años atrás, sino que pretendía obtener una nueva valoración debido a una condición de salud que se presentó con posterioridad a su retiro y que evolucionó en el tiempo. En este sentido, la Sala estableció que se cumplía además con el presupuesto de subsidiariedad de la acción porque el actor no contaba con un medio ordinario de defensa judicial, pues no pretendía controvertir la legalidad del resultado de la junta médica, "(...) para lo cual, efectivamente habría podido acudir a las instancias tanto administrativas como judiciales previstas en la ley, sino que solicitaba la protección frente a la violación de sus derechos fundamentales por la aplicación inconsulta del régimen legal y reglamentario de sanidad militar a sus condiciones actuales."

A su vez, La Corte Constitucional⁵ determinó que, con posterioridad al retiro de un soldado, el Estado es responsable del desarrollo de las patologías que presente al momento de su desvinculación, cuando el avance o progresividad de éstas no se haya previsto en la calificación que efectúe la junta médica que se realice al momento del retiro, siempre que éstas sean atribuibles de manera clara y directa a una situación originada en la prestación del servicio.

⁵ Corte Constitucional T- 507 de 2015 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.



En efecto, esta Corporación estableció que hay patologías que presentan un desarrollo incierto y progresivo, de carácter eventual, que no puede anticiparse necesariamente al evaluar la pérdida de capacidad pero que sí se derivan de ella. Por consiguiente, si con posterioridad a la calificación se encuentran elementos objetivos que evidencien la existencia de una condición patológica atribuible al servicio, que no fue tomada en cuenta en el momento de la evaluación que dio lugar al retiro, hay lugar a practicar un nuevo examen médico. (Subrayas de la Sala)

Principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

De acuerdo a las reiteradas jurisprudencias de la Corte Constitucional, las Fuerzas militares deben continuar con la prestación del servicio de salud a soldados cuya pérdida de capacidad psicofísica tiene origen en la prestación del servicio.

Al respecto estableció la Corte Constitucional en Sentencia T – 507 de 2015:

“Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen la obligación de continuar prestando el servicio médico, a la persona que estando en retiro lo necesite, cuando i.) El afectado estaba vinculado a la institución en el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio y ii.) Siempre que el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección, la cual reaparece después. Dicho servicio debe incluir asistencia hospitalaria y farmacéutica completa pues de negarse a ello se vulneraría el derecho de los afectados al restablecimiento de su salud y a la dignidad humana. En conclusión, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho a la salud puede ser eventualmente vulnerado, cuando a consecuencia del retiro del servicio de un soldado profesional que padece una enfermedad originada durante el servicio, se suspende el tratamiento médico, siempre que (i) las lesiones hayan ocurrido durante el servicio y (ii) el tratamiento ofrecido no haya sido suficiente para lograr su recuperación.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de continuidad, ha señalado tres situaciones excepcionales, no taxativas sino simplemente enumerativas, en las que no procede la aplicación de la regla señalada (desvinculación por desincorporación o retiro) y, por ende, el Estado deberá garantizar el derecho a seguir recibiendo asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica a los ex miembros de las Fuerzas Militares por parte de su subsistema de salud cuando hayan sufrido menoscabo en su integridad física o mental durante el tiempo que se encontraban en la institución, hasta tanto estos logren su recuperación en las condiciones científicas que el caso demande, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudieran tener derecho



La segunda circunstancia excepcional se configura cuando la lesión o enfermedad es ocasionada durante la prestación del servicio. Ante este evento, las fuerzas militares o de policía tienen la obligación de continuar brindando la atención médica si la lesión o enfermedad es producto directo del servicio; si se generó en razón o con ocasión del mismo o si es la causa directa de la desincorporación de las Fuerzas Militares o de Policía''.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

La Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que el accionante estuvo vinculado al servicio militar obligatorio (Copia de cedula de ciudadanía del tutelante (F. 9) y copia de identificación Militar (F. 10))
- Que al accionante se le reconoció incapacidad por condiciones psiquiátricas durante el tiempo de servicio (Copias de certificación de incapacidad por psiquiatría del 24 de junio de 2015 - por 13 días -; 6 de julio de 2015 - por 30 días - y 10 de agosto de 2015 - por 30 días.) (Fs. 11-13)
- Que al accionante se le otorgó orden ambulatoria de servicios para la realización de una resonancia nuclear magnética de cerebro, suscrita el 23 de junio de 2015, por el psiquiatra Nicolás Solano Medina (Fl. 14)
- Que al accionante se le calificó, a través de Acta de Junta Medico Laboral No. 27 del 2 de febrero de 2016, con pérdida de capacidad laboral del cero punto cero por ciento (0.0 %), Copia (F. 15)
- Que la Jefe de Medicina Laboral - DISAN -, respondió a la solicitud realizada por la señora Rosa Helena Palencia Barriosnuevos, hermana del accionante, referente al señor Justiniano Palencia Barriosnuevos. (Fl. 8)

5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

El señor Justiniano Palencia Barrionuevos, solicitó la protección de sus derechos fundamentales, los cuales consideró vulnerados por parte de la Armada



Nacional, al desvincularlo del subsistema de salud de las Fuerzas Militares encontrándose según él, en tratamiento psiquiátrico; a su vez, solicitó el reconocimiento de por lo menos dos (2) salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes en razón a su mínimo vital vulnerado, y atendiendo a que aún no se puede instaurar demanda ordinaria, por ende solicita el amparo de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

A través de sentencia de primera instancia, de fecha 10 de septiembre de 2018, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, decidió amparar los derechos fundamentales del accionante y ordenó a la Directora de Sanidad Naval de la Armada Nacional adoptara las medidas necesarias para la inclusión del accionante en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, en calidad de afiliado; a su vez, que adoptara las medida necesarias y expida las autorizaciones que se requieran para que el accionante obtenga, tratamiento tendiente a la recuperación o al menos rehabilitación del afectado, y un diagnóstico definitivo de la situación del paciente.

El 12 de septiembre de 2018, la Dirección de Sanidad Naval impugnó la sentencia de primera instancia, argumentando que la presente tutela no cumple con el requisito de la subsidiariedad, debido a que el accionante no solicitó ante la Dirección de Sanidad, la elaboración de una nueva Junta Medico Laboral, solicitud que adujo ser necesaria para la nueva valoración solicitada por vía de tutela y que en el caso no cumplió el accionante; a su vez, afirmó que el señor Justiniano Palencia Barriosnuevo, finalizó su servicio en óptimas condiciones físicas y mentales, presentando un trastorno cognitivo, bajo coeficiente intelectual, que no reportaba disminución en su capacidad laboral, y que no pudo haber sido adquirido durante el servicio por ser una condición genética.

Por otro lado adujo el accionado, en cuanto a los requisitos para acceder a una nueva calificación, que el accionante no demostró ni aportó documentos de donde se pueda inferir que sus patologías han presentado una evolución negativa, (HISTORIA CLINICA POSTERIOR), tampoco demostró o acreditó el perjuicio irremediable que pretende evitar con el presente mecanismo constitucional.



De acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como a los hechos que se encontraron probados y al objeto de la impugnación, en el presente caso, la tutela es el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales deprecados por el accionante y es el mecanismo idóneo para acceder a una nueva valoración por parte de la Junta Médica; toda vez que el accionante solicita la realización de una nueva calificación por parte de la Junta Médica, es decir, no busca controvertir el acto que lo calificó, en primer lugar, si no que busca probar el desarrollo de una patología que presentó durante el servicio militar obligatorio y que actualmente afecta su desarrollo normal, y que puede generarle un perjuicio irremediable, debido a que dada la condición que afirma padecer, no puede trabajar ni desempeñarse con normalidad en las actividades, inclusive aduce estar sometido a arranques de ira, sueños forzados y de violencia, tornándose agresivo y peligroso. Lo anterior hace que en el sub iudice, la tutela sea el mecanismo idóneo para amparar de forma transitoria los derechos fundamentales del accionante.

Por otro lado, como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, la Corte Constitucional estableció la procedencia de una nueva valoración médica en los siguientes eventos: "cuando (i) exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio"; en este caso, el accionante aduce presentar trastornos psicológicos, mismos que fueron tratados en el tiempo del servicio y ocasionados durante el mismo; "ii) dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente"; que en el caso bajo estudio se trata de trastornos psicológicos, los cuales de acuerdo a su naturaleza, evolucionan progresivamente si no son tratados adecuadamente, como la mayoría de las patologías; y finalmente "iii) la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro."

De acuerdo a lo anterior para la Sala no es de recibo lo manifestado por el accionado, respecto a la improcedencia de la acción de tutela de la referencia para solicitar nueva valoración por parte de la Junta médica, por no haber agotado como requisito para que proceda la solicitud, historia clínica posterior, que acredite que lo que padece el accionante se refiera a un nuevo desarrollo no previsto al momento de retiro, esto, en el entendido de que es precisamente lo que pretende probar el accionante con la nueva valoración, el desarrollo no previsto de su patología en el momento del retiro, por ende, no puede esta Corporación exigir tal documento, debido a que es esta una de las pretensiones del accionante.



Dado lo anterior, para esta Corporación es de acierto lo resuelto por el Aquo a través de sentencia de fecha 10 de septiembre de 2018, en el entendido de que amparó los derechos fundamentales del accionante, al acreditarse que el señor Justiniano Palencia, prestó servicio militar obligatorio, y que durante su servicio, presentó distintas patologías que fueron diagnosticadas como "*trastorno psicótico agudo polimorfo, sin síntomas de esquizofrenia*" que originó una incapacidad de 30 días (F. 11); y a su vez, se le diagnosticó "*causas de morbilidad disfuncional no especificada*", que generó también una incapacidad de 30 días (Fl.13).

Dado lo anterior, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen la obligación de continuar prestando el servicio médico, a la persona que estando en retiro lo necesite, cuando i.) El afectado estaba vinculado a la institución en el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio, cuestión que se presenta en el sub judice, ya que el accionante, luego de 1 año de servicio obligatorio, comenzó a presentar las patologías dictaminadas por los médicos, las cuales no estaban presentes al momento de su ingreso al servicio militar; y ii.) Siempre que el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección, la cual reaparece después.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que en el caso bajo análisis, el accionante presentó trastornos que le fueron tratados por los médicos y que a su vez generaron diversas incapacidades, sin embargo la valoración realizada por la Junta Medica No. 27 del 2 de febrero de 2016, determinó que el accionante padecía de bajo coeficiente intelectual, condición que no genera pérdida de la capacidad, para lo cual calificó un 0.0% de pérdida de la capacidad laboral. Posteriormente el accionante adujo sufrir las mismas patologías que le fueron diagnosticadas, inclusive un tanto agravadas, lo que para la Sala acredita la segunda condición que establece la Corte con antelación, debido a que las afecciones que presentaba el accionante, las cuales no estuvieron presentes en la calificación, de acuerdo con lo manifestado por el accionante, reaparecieron después, sin ser tratadas por parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de continuidad, ha señalado que el Estado deberá garantizar el derecho a seguir recibiendo asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica a



los ex miembros de las Fuerzas Militares por parte de su subsistema de salud cuando hayan sufrido menoscabo en su integridad física o mental durante el tiempo que se encontraban en la institución, hasta tanto estos logren su recuperación en las condiciones científicas que el caso demande, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudieran tener derecho, es decir, cuando la lesión o enfermedad es ocasionada durante la prestación del servicio y es producto directo de este, como se acreditó en el asunto de la referencia; además que de negarse a ello vulneraría el derecho de los afectados al restablecimiento de su salud y a la dignidad humana.

En el caso bajo análisis, el accionado vulneró los derechos fundamentales del accionante, al negar la prestación de la atención hospitalaria y al negar la solicitud de nueva junta Médica, toda vez que existiendo obligación Constitucional de permanecer prestándole el servicio a quien cumplió una obligación constitucional y contrajo una patología atribuible al servicio, no le presto la atención adecuada para su tratamiento o rehabilitación.

Por otro lado, en cuanto a la pretensión relativa al pago de los dos (2) salarios mínimos a favor del actor, la Sala confirmará la decisión de primera instancia; por cuanto que dicha pretensión carece de fundamento legal.

Así las cosas, la Sala confirmará el fallo impugnado.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del Señor Justiniano Palencia Barriosnuevo, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al Juez Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

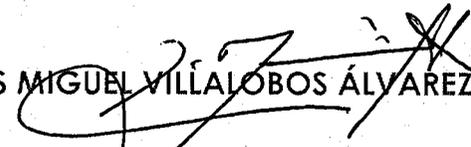


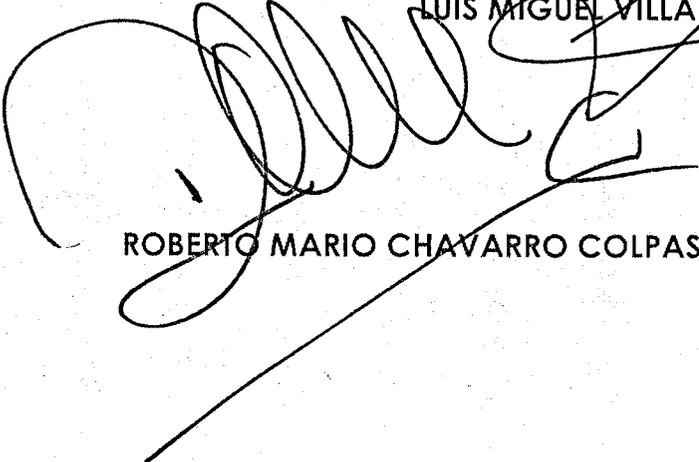
TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

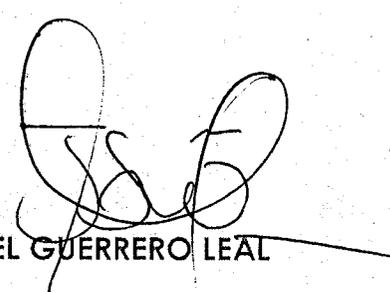
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

