|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190029500** |
| DEMANDANTE | **RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ** |
| DEMANDADO | **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ por medio de apoderado interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDADcon el fin de proteger su derecho fundamental a la vida, integridad personal, igualdad, salud y debido proceso.

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia se ordene al Representante Legal de la entidad accionada que proceda a practicar la valoración por ORTOPEDIA con DX Artrosis de Rodilla, con el fin de determinar su pérdida de capacidad.**

Como hechos sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

* la señora Ruby Alba Suarez Gómez fue suboficial del Ejecito Nacional durante más de 22 años, fue retira por tener derecho a la asignación de retiro.
* Durante su labor en el ejército sufrió lesiones, que deben ser valoradas por la Junta Médica.
* Radicó derecho de petición el 25 de julio de 2’19 solicitando la valoración por artrosis no especificada. La entidad contestó indicándole que ya había sido valorada por Reumatología por Poliartrosis.

1. **ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1** La presente demanda fue presentada el día 4 de octubre de 2019 (folio11del cuaderno principal).

**2.2** Mediante auto de 4 de octubre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar a la entidad demandada.

1. **LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el demandado el 7 de octubre de 2019 contestó la presente acción en los siguientes términos:

*“(… )Revisado el Sistema Integrado de Medicina Laboral, se encuentra que aquel radico ficha médica, en donde se ordenaron los conceptos médicos por las especiales de Neurocirugía, Medicina Interna, Electromiografía, Reumatología, Dermatología, Ortopedia Psiquiatría, Audiometría Tonal Seriada y Urología.*

*Se debe poner presente al respetado despacho judicial, que de acuerdo a las anotaciones revisadas en el expediente médico laboral de la accionante, se expidió el concepto médico por la especialidad de Ortopedia el día 9 de octubre de 2019, donde el medico especialista tratante podrá determinar que otros patologías pueden verificarse por medio de esta especialidad (ORTOPEDIA)*

*(…)*

*SOLICITUD*

*Por la razones expuestas anteriormente, me permito solicitar respetuosamente a este Honorable despacho se rechace por IMPROCEDENTE LA ACCIÓN de tutela de la referencia ante la ausencia de vulneración toda vez que la Dirección de Sanidad Ejercito, en ningún momento ha vulnerado los derechos constitucionales de la señora RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ.”*

1. **LAS PRUEBAS:**

Como medio probatorio, destinado a acreditar los supuestos de hecho de la demanda se allegaron los siguientes documentos:

* Copia de OFICIO nº 20193381627251: MDN-CGFM-COEJC-SECEJK-JEMGF-COPER-DISAN-1.10 (folio 7 cuaderno principal).
* Copia de historia clínica (folio 8 y 9 del cuaderno principal).
* Copia de *C.C Ruby alba Suarez Gómez. (folio 10 del cuaderno principal)*

1. **CONSIDERACIONES:**
   1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

**5.2**  Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es al derecho de salud, vida, igualdad y debido proceso, toda vez que la entidad accionada no ha realizado valoración por ORTOPEDIA con DX Artrosis de Rodilla, con el fin de determinar su pérdida de capacidad.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionantes frente a las actuaciones por parte de la entidad accionada?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa por las siguientes razones:

El **derecho a la igualdad** está consagrado en el artículo 13 de la Carta Política[[1]](#footnote-1) y es un derecho de aplicación inmediata por expreso mandato constitucional[[2]](#footnote-2) y éstos derechos tienen el carácter de fundamentales susceptibles de ser amparados por vía de tutela.

*“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico.*

***Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado****.* ***De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional. En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre (negrita fuera de texto)****[[3]](#footnote-3).*

Para poder determinar la vulneración de la igualdad es necesario contar con criterios o actos distintos demostrativos del trato desigual con relación a otras personas que se encuentren en la misma situación, pero dentro del acervo probatorio que obra en el expediente no aparece probada la circunstancia que según el accionante le desconoce el derecho a la igualdad.

En relación al **debido proceso,** el artículo 29 de la Constitución Política establece que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La jurisprudencia constitucional ha expresado frente al debido proceso que:

“*Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.*

*La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.*

*Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.*

*… Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestran su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen”* [[4]](#footnote-4)

En el presente caso, la accionante manifiesta que solicitó a la entidad accionada Valoración por Ortopedia de rodillas para determinar su pérdida de capacidad, pero la entidad se la negó, razón por la cual interpone la presente acción de tutela.

**Derecho a la Salud**

La Constitución Política respecto del derecho a la salud ha señalado en su Artículo 49*: “****La atención de la salud*** *y el saneamiento ambiental* ***son servicios públicos a cargo del Estado****.* ***Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.***

La salud tiene dos aspectos, la primera como *servicio público* y la segunda como *derecho fundamental autónomo* el cual fue regulado mediante ley Estatutaria 1751 del 2015, y es en esta segunda facetas, de la salud como derecho fundamental, donde vamos a profundizar para determinar si existe o no violación por parte de la accionada a la señora Paulina Meneses.

La Ley 1751 elevó a la categoría de derecho fundamental autónomo en su Art. 2 así: *“El derecho fundamental a* ***la salud es autónomo e irrenunciable*** *en lo individual y en lo colectivo.* ***Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud****. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.* Esta categorización obedece a la estrecha relación que existe entre este derecho con la dignidad humana y la vida de las personas de quien el Estado es garante.

A su vez el legislador estableció como elementos esenciales de la Salud*,* ***la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad del profesional*** y como principios ***la continuidad, la integridad, pro homine y prevalencia de los derechos,*** los cuales han sido desarrollados por la Corte Constitucional así:

*“como derecho, está delimitado por ciertos elementos, de los cuales –para los fines de esta sentencia– se ahondan en tres:* ***la disponibilidad****, que supone, entre otros aspectos, que se preste efectivamente el tratamiento que se requiera; la accesibilidad, que implica que las cargas económicas o físicas no puedan tornarse en un impedimento para acceder al servicio;* ***y la calidad****, que significa la atención adecuada de lo que requiera la persona.*

*Por lo demás, la salud está regida por ciertos principios, de los cuales, en esta ocasión, la Sala destaca cuatro:* ***la continuidad****, que implica que una vez iniciado el tratamiento deba seguirse con él sin que sean admisibles interrupciones arbitrarias;* ***la integralidad****, que repercute en que deba prestarse todo aquello necesario para alcanzar el máximo nivel de salud posible; el principio* ***pro homine,*** *según el cual ha de efectuarse una interpretación restrictiva de las exclusiones del sistema y, en caso de presentarse las cuatro condiciones esbozadas según el criterio de “requerir con necesidad”, ha de llevarse a cabo el procedimiento;(…).”[[5]](#footnote-5)*

De lo anterior se desprende que el respeto y el cumplimiento de derecho a la salud no se agotan simplemente con el acceso al servicio de Salud, sino que va más allá implicando que durante la prestación del servicio cada paciente desde el momento de su ingreso al sistema de salud tenga una atención continua, integra.

A su vez el Sistema de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está previsto en el Decreto 1795 de 2000. El artículo 6º de dicha normativa establece que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se rige por los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad, autonomía, descentralización, desconcentración, integración funcional, independencia de recursos, atención equitativa y preferencial, racionalidad y unidad.

En cuanto a los derechos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados, que adquieran una enfermedad en actividades propias del servicio, a obtener una nueva valoración médica, la Corte ha señalado, que tratándose de estas solicitudes, las autoridades militares se encuentran obligadas a realizar todos los exámenes médicos que se requieran para establecer si la dolencia que el soldado dice padecer aún existe y cuál es su magnitud[[6]](#footnote-6).

Dentro de la Ley Estatutaria del derecho a la salud se estableció como principio la continuidad en la prestación del servicio, el cual puede ser vulnerado por la interrupción o demora en la prestación del servicio y a su vez puede afectar otros derechos como la vida digna. Para la efectividad de dicho principio se deber tener en cuenta lo que establezca el diagnóstico médico, al respecto la Corte Constitucional ha menciona que:

*“(…) a través del diagnóstico médico es posible definir, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal. Por ello, el diagnóstico ha sido entendido no solo como un instrumento que permite la materialización de una atención integral en salud, sino también como un derecho del paciente a que el profesional competente evalúe su situación y determine cuáles son los servicios, procedimientos, insumos y/o tecnologías que requiere para preservar o recuperar su salud.*

*(…)*

*(…) el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud.”[[7]](#footnote-7)*

**Caso concreto**

En el asunto que nos ocupa la señora RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ solicita que por medio de la presente tutela se ordene al Ministerio de Defensa y al director de Sanidad del Ejercito que realicen la valoración por ORTOPEDIA con DX Artrosis de Rodilla, con el fin de determinar su pérdida de capacidad y que fue negada por la entidad mediante oficio Nº 20193381627251

Notificada la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de la presente tutela por correo electrónico manifestó que la accionante radicó ficha médica para iniciar con el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral y se ordenaron varios conceptos médicos de distintas especialidades, entre ellas ortopedia. Indica también que el día 9 de octubre del presente año se realizó concepto de ortopedia para que se determinaran las patologías correspondientes a esa especialidad.

Teniendo en cuenta las pruebas que obran dentro del proceso y las manifestaciones de las partes, considera el despacho que no existe por parte de la entidad demandada vulneración a los derecho fundamentales alegados por la accionante, dado que en este momento la entidad está adelantando el procedimiento para practicar la Junta Medico Laboral, razón por la cual ha solicitado los conceptos médicos por todas la especialidades médicas dentro de la cuales como lo indicó el demandado está la de ortopedia.

Ahora, como se puede observar de las manifestaciones de la demandada, el día 9 de octubre de presente año obra concepto por parte de la especialidad ortopedia en donde el profesional de la salud, quien es el competente, procedió a determinar que patologías deben evaluarse por esa especialidad. Es decir, que hasta a la fecha la entidad se encuentra realizando las valoraciones por las diferentes especialidades para practicar la Junta Medica Laboral, sin que se evidencie vulneración a los derechos del accionante.

En consecuencia, con base en el material probatorio obrante dentro de expediente se observa que no hay vulneración a los derechos fundamentales del accionante y habrá lugar a negar la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por **RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante RUBY ALBA SUAREZ GÓMEZ y **MINISTRO DE DEFENSA y al DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO.**

**TERCERO.-** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

**Juez**

JBR

1. **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

   El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

   El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 85 de la Constitución Nacional [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-818/10 [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia T-521, septiembre 19 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-121 de 2015, del 26 de marzo de 2015, MP: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias T-393 de 1999, T-762 de 1998, T-493 de 2004 y T-140 de 2008 [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-036-17. MP: ALEJANDRO LINARES CANTILLO [↑](#footnote-ref-7)