

Sentencia T-275-09

Acción de tutela instaurada por Edilma Guzmán Zamora en representación de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán contra el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- en la acción de tutela instaurada por Edilma Guzmán Zamora en representación de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán contra el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional

I. ANTECEDENTES

El pasado seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008), la ciudadana Edilma Guzmán Zamora interpuso acción de tutela en representación de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán solicitando el amparo de su derecho fundamental a la salud, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- El joven Jorge Armando Ñustes Guzmán, perteneciente al estrato uno (1), fue reclutado por el Ejército Nacional como soldado campesino (folios 23 y 28, cuaderno 2).

3.- En virtud de lo anterior, el joven Ñustes Guzmán fue valorado por la Sección de Psicología Militar de la Decimatercera Brigada del Ejército Nacional a través de la psicóloga Diana Paola Ramírez Tovar quien, el 12 de junio de 2007, emitió un concepto psicológico en el señaló que “el soldado campesino Ñustes Guzmán Jorge Armando presenta trastorno de su comportamiento por lo cual se recomienda valoración psiquiátrica para conocer su diagnóstico de psiquiatría, plan de tratamiento y su recomendación dentro de la institución” (folio 20, cuaderno 2).

4.- Con base en el diagnóstico referido, el 25 de junio de 2007 la peticionaria y su hijo solicitaron al Ejército Nacional la remisión a un médico psiquiatra adscrito a tal entidad (folio 3, cuaderno 2), petición que fue despachada favorablemente el 29 de junio de 2002 (folio 4, cuaderno 2), razón por la cual el joven Ñustes Guzmán fue internado en el pabellón psiquiátrico de la Clínica Santo Tomas del Batallón de Sanidad (folios 6, 7, 22, cuaderno 2).

5.- El 10 de octubre de 2007 se realizó la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con el objetivo de determinar la pérdida de capacidad laboral del joven Ñustes Guzmán y la “imputabilidad al servicio” de la patología que padece (folio 7, cuaderno 2).

En el acta de la junta se transcribió el concepto de la especialista en psiquiatría Ana María Quintana, emitido el 29 de agosto de 2007, según el cual el joven Ñustes Guzmán padece de “trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias [psicoactivas]”, el cual se debe a varias causas¹ (folio 7, cuaderno 2).

Con fundamento en lo anterior, la junta concluyó que el joven Ñustes Guzmán no es apto para la actividad militar debido a que su enfermedad le produce una incapacidad permanente parcial del 10.5% cuyo origen es común, es decir, que no es imputable al servicio militar (folio 8, cuaderno 2).

6.- El 3 de diciembre de 2007 el joven Ñustes Guzmán impugnó la decisión de la

Junta Médica Laboral antes referida y solicitó la convocatoria de un Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar (folio 10 y siguientes, cuaderno 2).

En primer lugar, afirmó que estaba en desacuerdo con la inimputabilidad al servicio de su enfermedad, la cual, en su opinión, sí se originó durante la actividad militar y por causa de la misma por dos razones:

i. “como consta en el examen médico de ingreso al ejército mi estado de salud era inmejorable (...) para la época previa a mi incorporación no tenía problemas de comportamiento como los que se han creado después del ingreso al ejército”

i. “padezco adicción a los estupefacientes, patología adquirida en desarrollo de mis actividades en el ejército” ya que “la imposibilidad de suministro de alimentos [en algunas ocasiones] obligaba a los combatientes a acudir a sustancias psicoactivas” y “el constante enfrentamiento personal con la muerte y con el dolor físico, abocan al soldado a tener que buscar sustancias que mitiguen el miedo y la sensación constante de enfrentamiento con la muerte”. Añadió que ello se debe a que “no se tiene ningún programa de prevención, ni de control del estrés postraumático y el soldado se enfrenta sólo a las más angustiantes situaciones sin recibir para ellas la más mínima preparación síquica o psicológica”.

En segundo lugar, argumentó que no compartía la calificación de incapacidad permanente parcial “dado que la patología que padezco es una patología tratable médicamente y susceptible de recuperación absoluta”.

7.- El mismo 3 de diciembre de 2007 el joven Ñustes Guzmán “fue entregado” a la actora debido a la licencia que se le concedió por encontrarse “por definir situación militar por junta medica por el servicio de psiquiatría” (folios 15 y 29, cuaderno 2).

8.- El 15 de enero de 2008 el Batallón de Infantería No. 28 “Colombia” del Ejército Nacional entregó al joven Ñustes Guzmán una constancia según la cual había sido “desacuartelado por incapacidad permanente parcial de acuerdo a la O.A.P. No. 1541

de fecha 19 de diciembre-07 con novedad fiscal 19 diciembre-2007” (folio 16, cuaderno 2).

9.- El 2 de mayo de 2008 se informó al joven Ñustes Guzmán que se había autorizado la convocatoria del Tribunal Médico Laboral que había solicitado y que para tal efecto debía presentarse personalmente el 29 de enero de 2009 en el Hospital Militar en Bogotá a las 8 de la mañana (folio 19, cuaderno 2).

10.- Debido a su “desacuartelamiento”, el joven Ñustes Guzmán no continuó siendo atendido por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares. Por esta razón tuvo que acudir por urgencias a la red pública de salud (Hospital Universitario San Rafael de Girardot), en el mes de mayo de 2008, en calidad de vinculado ya que no se encuentra afiliado a ninguno de los dos regímenes en salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En virtud de la atención médica recibida por su hijo, que incluyó varios medicamentos y hospitalización por siete días, la peticionaria tuvo que pagar una cuota de recuperación de \$82.400 (folios 23 y 24, cuaderno 2).

11.- El 9 de julio de 2008 el joven Ñustes Guzmán asistió a un control con el médico psiquiatra Mariano Ospina, adscrito al Hospital Universitario San Rafael de Girardot (folios 25 y 26, cuaderno 2), sin embargo, la accionante afirma que “en el momento el paciente no tiene ningún tratamiento que permita mejorar su estado de salud” (folio 29, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

12.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Edilma Guzmán Zamora solicitó la protección del derecho fundamental a la salud de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán que considera ha sido vulnerado por la entidad demandada al negarse a continuar brindándole la atención médica que requiere para la enfermedad que padece por medio del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

En consecuencia pide ordenar al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional que, por intermedio de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, proceda a autorizar el suministro de la atención médica, hospitalaria, farmacéutica y quirúrgica necesaria para la recuperación de la salud de su hijo hasta cuando ésta se encuentre restablecida en

su totalidad (folio 30, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

13.- La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional dio respuesta a la acción de tutela en nombre del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional el día 26 de agosto de 2008.

Por un lado, solicitó al juez de primera instancia vincular como demandado al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar “teniendo en cuenta que es la instancia competente para establecer la autorización frente a la continuidad de la prestación médica por las afecciones sufridas en servicios, en este caso por el señor Ñustez (sic), autorización que única y exclusivamente se reitera puede ser emitida por tal, de ser ciertos sus dichos” (folio 69, cuaderno 2).

Por otro lado, argumentó que el hijo de la peticionaria no se encuentra en ninguna de las dos categorías de personas que son afiliados del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía según el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000 pues no está en servicio activo ni tiene derecho a una pensión ya que se le determinó una pérdida de capacidad laboral inferior al 75% (folios 70 y 71, cuaderno 2).

Finalmente sostuvo que el paso a seguir por parte del joven Ñustes Guzmán es presentarse el 29 de enero de 2009 a la cita que se le programó ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, el cual es la única autoridad competente para resolver la impugnación presentada contra la decisión de la Junta Médica Laboral y, por tanto, para definir la procedencia de la prestación de servicios médicos a cargo del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía. Indicó que nada se puede hacer antes de que finalice el mencionado procedimiento pues “la acción constitucional no puede erigirse como medio para obviar (...) instancias que han sido creadas para dar seguridad y oportunidad al personal retirado de la Fuerza” (folio 74, cuaderno 2).

Por lo anterior, solicitó al juez de primera instancia rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta en su contra por la señora Edilma Guzmán Zamora en representación de su hijo (folio 76, cuaderno 2).

14.- El 26 de agosto de 2008 también se recibió un escrito de contestación de la acción

de tutela proveniente del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía en nombre del Ministerio de Defensa.

Adujo que el Tribunal Médico de Revisión Militar “no tiene dentro de sus funciones (...) la de procurar asistencia médica a los solicitantes” por lo que “cualquier pretensión en materia de servicios médicos deberá ser presentada ante Sanidad de la fuerza a la que pertenezca el accionante, ente que evaluará el derecho a (sic) que tenga el solicitante en dicha materia” (folios 48 y 49, cuaderno 2).

Sin embargo, explicó que su actividad ha sido legal y diligente, sólo que, debido a la cita programada para el 29 de enero de 2009, “la definición de la situación médico laboral del accionante se encuentra en suspenso y la misma le será resuelta en su totalidad mediante el acto administrativo que profiera el cuerpo colegiado de médicos, después de ser auscultado y evaluado, analizada su historia clínica y estudiados los exámenes que presente para ser tenidos en cuenta como acervo probatorio que sustenten su pretensión” (folio 48, cuaderno 2).

Por último agregó que, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, para ser afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía se requiere encontrarse en servicio o retirado con derecho a asignación de retiro o pensión de invalidez, “circunstancias éstas que no están presentes en el actor” (folio 48, cuaderno 2).

En virtud de lo expresado, solicitó al juez de primera instancia negar por improcedente la acción de tutela de la referencia ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales (folio 49, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

15.- La acción de tutela fue repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot. El 8 de agosto de 2008 el despacho mencionado decidió abstenerse de asumir conocimiento porque la entidad demandada pertenece al orden nacional razón por la cual el expediente debió haber sido repartido al Tribunal Superior de Distrito Judicial o Administrativo, según el Decreto 1382 de 2000. En virtud de ello ordenó remitir el

expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala Civil y de Familia.

16.- El expediente fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala Civil y de Familia. El 29 de agosto de 2008 se concedió el amparo solicitado y ordenó al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que, “en su subsistema de salud, proceda en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la comunicación y si aún no lo ha hecho, a brindar el tratamiento médico que requiera el cuadro patológico que presenta el soldado retirado Jorge Armando Ñustez (sic) Guzmán, independientemente de la toma de decisión por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar que fuera programada para el próximo 29 de enero de 2009” (folio 89, cuaderno 2).

Con base en la jurisprudencia de esta Corte, el juez de primera instancia consideró que “(...) existe una clara doctrina constitucional que impone a las fuerzas militares, en casos como el presente, la obligación de dar continuidad a la prestación del servicio médico del servidor militar que, en la prestación de servicio, resulta afectado en su salud o se agrava la misma; deber que se impone no obstante su retiro de la fuerza militar y cuyo incumplimiento es violatorio de sus derechos fundamentales” (folio 86, cuaderno 2).

Impugnación

17.- La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional impugnó el fallo de primera instancia en nombre del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional el día 5 de septiembre de 2008. Además de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela, arguyó que la orden sobre la prestación de servicios de salud consignada en la parte resolutive debió haber sido dirigida al Tribunal Médico de Revisión Militar, y no a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, pues en tal ente recae la determinación sobre la procedencia de la prestación de atención médica a cargo del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares (folio 95, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia

18. El 10 de noviembre de 2008 la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil resolvió la apelación del fallo de primera instancia en el sentido de revocarlo para en su

lugar negar el amparo.

El juez de segunda instancia consideró que “se avista la ausencia de legitimación para promover dicho instrumento constitucional, en virtud de que la poderdante no demostró en debida forma la particular condición necesaria para abogar en este trámite por los derechos de la persona presuntamente afectada de manera directa, cual es la de representante legal o agente oficioso de la misma, toda vez que con la acción pública omitió aducir la prueba respectiva, y tampoco en el escrito de tutela hizo la manifestación que exige el inciso tercero de la normatividad atrás citada [se refiere al Decreto 2591 de 1991]; el hecho de que la señora Guzmán Zamora sea la progenitora de Jorge Armando Ñustez (sic) Guzmán y que éste padezca de trastornos mentales, como se sostiene, no la habilita ni autoriza para ejercer su representación, porque éste es mayor de edad y ella no actúa como agente oficiosa de su hijo. Además otro camino que bien podría seguir es la declaratoria de interdicción por demencia y fuera designada como curadora provisoria, para una vez teniendo tal condición, promover el amparo constitucional” (folio 8, cuaderno 3).

Documentos recibidos en el trámite de revisión

El 31 de marzo de 2009 el Magistrado Sustanciador recibió una comunicación de la peticionaria acompañada de varios soportes documentales. De la información recibida se puede extraer lo siguiente.

19.- El 29 de enero de 2009 la actora llevó a su hijo a la cita que le había sido programada en el Hospital Militar de Bogotá, lugar en el que fue valorado por tres psiquiatras (folio 12, cuaderno 1).

Al finalizar el procedimiento, el Presidente del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar le pidió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional autorizar servicios médicos al joven Ñustes Guzmán por cuatro meses (folio 14, cuaderno 1). La accionante afirma que, hasta el momento, tal autorización no se ha producido razón por la cual su hijo continúa sin tratamiento médico (folio 12, cuaderno 1).

20.- Ese mismo día, por petición del Tribunal Médico de Revisión Militar, el Jefe de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional solicitó al

Comandante del Batallón de Sanidad autorizar la realización, por parte de una junta científica conformada por tres especialistas, de un concepto de psiquiatría respecto del caso del joven Ñustes Guzmán con el objeto de obtener un diagnóstico definitivo que permita al Tribunal mencionado resolver la impugnación presentada contra la decisión de la Junta Médica Laboral.

Relata la actora que el día señalado acudió con su hijo pero que la especialista le indicó que la junta científica se componía de tres médicos por lo que no podía realizarse en ese momento y le asignó una nueva cita para el 18 de febrero de 2009, fecha en la que el joven Ñustes Guzmán fue finalmente valorado por la junta científica, cuyo concepto se encuentra aún pendiente de ser emitido (folio 12, cuaderno 1).

21.- Con relación al estado actual de salud de su hijo la peticionaria indica que “el está más grave, es muy agresivo y ha intentado abusar de mi repetidamente (...)” (folio 12, cuaderno 1).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional vulneró el derecho fundamental a la salud del hijo de la peticionaria al negarse a continuar brindándole la atención médica que requiere para la enfermedad que padece por medio del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará, en primer lugar, sobre una cuestión previa consistente en la supuesta falta de legitimación de la señora Edilma Guzmán Zamora para interponer acción de tutela en nombre de su hijo mayor de edad. En segundo lugar, se referirá a los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud y su protección mediante acción de tutela; (ii) la continuidad en la prestación de los

servicios médicos como parte integrante del derecho fundamental a la salud; (iii) la jurisprudencia constitucional sobre la obligación de las Fuerzas Militares y de Policía de prestar los servicios de salud a quienes han sido retirados del servicio por lesiones o afecciones adquiridas o agravadas durante o con ocasión de la prestación del mismo; y (v) solucionará el caso concreto.

Cuestión previa: legitimación activa

4.- De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, lo cual indica que la legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción constitucional radica, precisamente, en cabeza del titular de tales derechos.

El mencionado precepto constitucional ha sido desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que dispuso cuatro vías procesales para que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados interponga acción de tutela²:

i. Por sí mismo, pues no se requiere abogado.

i. Necesariamente a través de representante legal en el caso de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas.

i. Por intermedio de un abogado titulado con poder expreso, si así se desea.

i. Mediante agente oficioso, es decir, por un tercero indeterminado sin necesidad de poder, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Agrega que en este caso se debe manifestar tal situación en la solicitud de tutela, esto es, se debe poner de presente que se actúa en calidad de agente oficioso

y cuales son las circunstancias que hacen que el titular de los derechos esté imposibilitado para interponer la acción.

5.- Visto lo anterior, podría pensarse, como lo hizo el juez de segunda instancia de la acción de tutela de la referencia, que el Decreto 2591 de 1991 supedita la eficacia de la agencia oficiosa a que se manifieste expresamente que se actúa como agente oficioso y se enuncien las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado la exigencia de tales requisitos y ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas el titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

Así en sentencia T-573 de 20083, la Corte dijo: “(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228”.

6.- Respecto de las razones que pueden impedir al titular de los derechos para actuar por sí mismo esta Corte ha señalado que la figura de la agencia oficiosa “es suficientemente comprehensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza

o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado” razón por la cual “no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez, siendo claro que debe tratarse de circunstancias que lleven razonada y fundamentada al agente oficioso a obrar sin poder expreso, como debería ocurrir normalmente”⁴.

7.- En el caso bajo estudio, resulta evidente que, aunque la señora Edilma Guzmán Zamora no manifestó expresamente en el escrito de tutela su calidad de agente oficiosa de su hijo, ello se desprende de la demanda de tutela pues en ella aseguró que interponía el amparo “con el propósito de obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales (...) [de] Jorge Armando Ñustes Guzmán” (folio 28, cuaderno 2).

De otro lado, la Sala considera que las pruebas obrantes en el expediente demuestran la imposibilidad del titular del derecho presuntamente vulnerado de obrar por sí mismo ya que padece de “trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias [psicoactivas]”⁵. Precisamente, a causa de su enfermedad, ha sido su madre la que ha llevado a cabo una gran parte de los trámites ante el Ejército Nacional tanto de su desacuartelamiento como de su atención médica, lo que significa que tal entidad ha reconocido el impedimento del joven Ñustes Guzmán para realizar tales procedimientos y hacerse cargo de sí mismo⁶.

Así mismo, es palmario que el joven Ñustes Guzmán no se opone a la pretensión que su madre solicita en su nombre, es más, se puede asegurar que desea recibir la atención médica necesaria para su recuperación ya que, como consta en el expediente, algunas de las solicitudes que la actora ha elevado ante el Ejército Nacional han sido coadyuvadas por su hijo⁷.

En este orden de ideas, no resulta acertado concluir, como lo hizo el juez de segunda instancia, que la peticionaria carecía de legitimación activa para impetrar la acción de tutela de la referencia para la protección de los derechos fundamentales de su hijo pues del escrito de tutela y de las pruebas que lo acompañan se deriva que están dados los presupuestos de la agencia oficiosa.

La salud como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

8.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional y servicio público⁸-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁹.

Señala el artículo 49 de la Constitución Nacional que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

9.- La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud¹⁰. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que

‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que:

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”¹¹.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la salud es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

10.- La definición del Estado como Social de Derecho (artículo 1º constitucional) trae como consecuencia indiscutible el compromiso de la organización estatal con la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Prerrogativas estas que han sido ideadas como mecanismos para afianzar la igualdad material entre los asociados, presupuesto que a su turno se reconoce como necesario para asegurar el goce efectivo de las libertades garantizadas en los textos constitucionales.

Los derechos económicos, sociales y culturales traducen necesidades históricamente desconocidas respecto de personas que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privadas de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de

libertad que en adelante reconocerá como prerrequisito de su goce a la igualdad, entendida ya no en el sentido formal clásico sino como mandato dirigido al Estado en cuanto organización política encargada de la satisfacción de las necesidades básicas, con la intención última de asegurar a las personas una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana.

11.- En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 12.

12.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva¹³. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos - políticos, civiles, sociales, económicos y culturales - es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales - como el derecho a la salud, a la

educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

13.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales¹⁴ pues se conectan de manera directa con los valores que los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

14.- Ahora bien, la Corte también ha señalado¹⁵ que una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la salud, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos

humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas¹⁶.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela pues es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado¹⁷, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela la Corte ha estimado que, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento

incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudir directamente a la tutela para lograr su protección¹⁸.

15.- La regla del desarrollo legal y reglamentario tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión¹⁹.

De esta forma queda claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

La continuidad en la prestación de los servicios médicos como parte integrante del derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

16.- Como se indicó con anterioridad, la salud, además de ser un derecho fundamental, es un servicio público, lo que hace que de ella sea predicable la continuidad, característica esencial de los mismos²⁰. Es por ello que la Corte ha señalado, desde sus primeros pronunciamientos²¹ y en reiteradas ocasiones²², que uno de los contenidos amparados por este derecho fundamental es la posibilidad de exigir un tratamiento médico continuo para las enfermedades que se padezcan.

En otras palabras, una vez iniciado, el tratamiento médico debe ser culminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, sin que pueda admitirse su interrupción abrupta alegando razones de índole legal o administrativo cuando ésta ponga en peligro la vida,

la salud, la integridad personal y la dignidad del paciente²³. Como lo recordó la Corte en la sentencia T-654 de 2006, “un tratamiento médico iniciado por la entidad obligada a prestarlo que todavía no ha sido culminado y cuya suspensión significa poner en juego la vida, la salud, la integridad y la dignidad del paciente, no puede ser interrumpido so pretexto de existir disposiciones legales o reglamentarias que así lo establecen, sea por razones económicas o por cualquier otro motivo. Hacerlo, significa desconocer de manera expresa y directa lo consignado por la Constitución Nacional y por la jurisprudencia constitucional reiterada, de acuerdo con la cual, en caso de contradicción entre las disposiciones legales o reglamentarias y lo dispuesto por la Constitución Nacional, prima la aplicación de los mandatos constitucionales y, por consiguiente, la garantía de los derechos constitucionales fundamentales”.

17.- Es más, aunque el prestador del servicio de salud no esté en la obligación legal o reglamentaria de seguir asumiendo el tratamiento médico de una persona, debe continuar con el mismo cuando se pueda ver comprometida la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad del paciente, hasta que otro prestador del servicio lo haya asumido efectivamente, al margen de las consideraciones sobre quien está obligado, según la ley y los reglamentos, a sufragar el mismo lo cual se podrá solucionar con posterioridad a través del mecanismo de recobros²⁴.

Jurisprudencia constitucional sobre la obligación de las Fuerzas Militares y de Policía de prestar los servicios de salud a quienes han sido retirados del servicio por lesiones o afecciones adquiridas o agravadas con ocasión de la prestación del mismo.

Reiteración de jurisprudencia.

18.- Como lo recordó la sentencia T-601 de 2005, desde muy temprano la Corte Constitucional se pronunció acerca de la necesidad de que el Estado proporcionara una atención eficaz y pronta para garantizar la salud y la vida de miembros de la fuerza pública. La Corte ha reiterado esa jurisprudencia²⁵

y ha dicho, en tal sentido, que la protección del derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtiene “un plus constitucional toda vez que [estos individuos] pueden resultar seriamente comprometidos en atención a las labores que realizan, las cuales demandan

un gran esfuerzo físico e implican una amplia gama de riesgos físicos y psíquicos propios de una actividad peligrosa”.

19.- El Decreto 1795 de 2000 regula lo referente al Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Al tenor del mismo la obligación de prestar la atención médica y asistencial termina cuando tiene lugar el retiro o desacuartelamiento de la Institución a la que pertenezca la persona que está prestando el servicio, salvo que se tenga derecho a asignación de retiro o pensión de invalidez.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, respecto del mencionado decreto, y de todas las disposiciones aplicables en la materia, la Corte ha indicado que deben ser siempre interpretadas de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional tomada en su conjunto, en especial en lo relativo al derecho a la salud.

Así las cosas, ha sostenido reiteradamente que la regla según la cual la obligación de prestar la atención médica y asistencial termina cuando tiene lugar el retiro o desacuartelamiento admite excepciones, por ejemplo, cuando la dolencia fue adquirida o se agravó con ocasión de la prestación del servicio y sus consecuencias se mantienen en el momento del retiro y se proyectan de manera negativa sobre la posibilidad de garantizar de modo eficiente los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas y justas²⁶.

Entonces, si una persona ingresa a prestar sus servicios a la fuerza pública y lo hace en condiciones óptimas pero en el desarrollo de su actividad sufre un accidente o se lesiona o adquiere una enfermedad o ella se agrava y esto trae como consecuencia que se produzca una secuela física o psíquica y, como resultante de ello, la persona es retirada del servicio la jurisprudencia de la Corte ha reiterado que en esos eventos “los establecimientos de sanidad deben continuar prestando la atención médica que sea necesaria, siempre que de no hacerlo oportunamente pueda ponerse en riesgo la salud, la vida o la integridad de la persona”²⁷.

Bajo estos supuestos, el servicio ha de incluir el tratamiento integral, esto es, la asistencia hospitalaria y farmacéutica completa, pues, de lo contrario, se estaría desconociendo de manera grave el derecho a la vida en condiciones dignas y justas y se le estaría negando a la persona el derecho a que su salud sea

restablecida²⁸.

Como ha indicado la Corte, “la desvinculación de una persona que prestó sus servicios a una Entidad, no necesariamente rompe toda relación que se tenga con ella de manera definitiva, toda vez que pueden mantenerse obligaciones como la de prestar los servicios de salud, para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, y la seguridad social de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”

29.

La jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la salud de las personas que, estando en las condiciones antes descritas, han sido retiradas de la Fuerza Pública incluso en el evento en que han dejado pasar varios años antes de interponer la acción de tutela cuando siguen sufriendo los efectos de la falta de atención médica. En efecto, en la sentencia T-654 de 2006 se concedió el amparo a un ex agente de la Policía Nacional que padecía, desde 1995, de graves problemas psicológicos que empezaron a presentarse antes de ser retirado del servicio en 1996, los cuales eran consecuencia de su mal estado de salud y de las secuelas psicológicas de los combates que había librado contra la guerrilla en zonas de alto riesgo. En aquella oportunidad la Corte indicó que “existen situaciones que hacen (...) imposible poder exigir que se cumpla el requisito jurisprudencial de la inmediatez. Una persona puesta en circunstancias de debilidad manifiesta sean ellas económicas, físicas o mentales o quien por razones de peso no es capaz de medir con total claridad las consecuencias de sus actuaciones, menos aquellas de orden jurídico, se ve inhibido para efectuar acciones tendientes a defender la vigencia de sus derechos. En un caso como ese, la falta de inmediatez no puede convertirse en excusa para dejar de amparar derechos constitucionales fundamentales pues se estaría desconociendo de manera seria y grave su derecho de acceder a la administración de justicia”.

20.- En este tema es esencial recordar que la Fuerza Pública tiene la obligación de velar porque los exámenes físicos y psicológicos orientados a valorar la aptitud para el ingreso al servicio sean veraces e íntegros³⁰ por cuanto de su efectivo cumplimiento depende el alcance de la responsabilidad en el suministro de las prestaciones médico asistenciales “pues en aquellos eventos en que no se hubieren detectado enfermedades preexistentes al momento de la incorporación a filas y éstas se originan durante la

prestación del servicio, será la dependencia de sanidad militar correspondiente la encargada de brindar la atención necesaria al afectado” 31.

21.- Una razón adicional justifica la existencia de la obligación a la que se ha venido haciendo mención. Como se verá, las Fuerzas Militares y de Policía no pueden trasladar los riesgos amparados por el Sistema de las Fuerzas Militares y de Policía hacia el Sistema General de Seguridad Social en Salud³².

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional prescriben que la Seguridad Social en Salud debe organizarse de conformidad con un conjunto de principios entre los cuales el de universalidad juega un destacado papel. De acuerdo con este principio, es preciso proporcionar los instrumentos jurídicos aptos para obtener la cobertura total e integral del servicio para todos los habitantes del país de modo que se garantice su suministro oportuno, eficiente y continuo cuya base garantice, de manera simultánea, el equilibrio financiero del sistema en su conjunto.

Con miras a cumplir este propósito, el Legislador ha previsto un método de financiación sustentado en los aportes de los trabajadores, empleadores y pensionados - en el denominado régimen contributivo - y en los aportes efectuados por el Estado mismo por medio de sus Entidades Territoriales - en el llamado régimen subsidiado -. De esta forma se asegura que los afiliados a uno u otro sistema cuenten con el acceso a los servicios de salud y obtengan una atención integral.

Ahora bien, la existencia de un Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) cuyo signo distintivo es la universalidad no es óbice para la presencia de algunos sistemas excepcionales. Este es el caso del Sistema de Miembros Activos, Retirados y Pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía (SSMP), cuyos beneficiarios se regulan por lo previsto en la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000.

El Sistema de las Fuerzas Militares y de Policía en materia de Salud y Riesgos configura un sistema propio, esto es, “un modelo distinto e independiente de suministro de prestaciones médico asistenciales respecto al SGSSS, que encuentra legitimidad en las especiales condiciones laborales que tienen los miembros de la Fuerza Pública, quienes exponen constantemente su integridad física como elemento connatural al servicio que prestan. Por ello, la existencia del SSMP resulta constitucionalmente admisible”³³.

Con todo, la Corte, a través de las sentencias T-854 de 2008 y T-810 de 2002, ha afirmado que “la admisibilidad de un sistema de seguridad social excepcional para la cobertura de los riesgos de enfermedad general y profesional de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, contrae unos deberes correlativos, entre ellos, la imposibilidad de trasladar la responsabilidad económica y asistencial de los riesgos que debieron ampararse por el SSMP al SGSSS”. En tales sentencias se muestran las razones constitucionalmente relevantes que imponen tal prohibición, las cuales se transcribirán in extenso por su importancia.

“La necesidad de conservar el equilibrio financiero del SGSSS, debido a que las fuentes de financiación son diversas en ambos sistemas. Para el caso del SGSSS., según se tuvo oportunidad de señalar, los ingresos económicos se obtienen de los aportes de los empleadores, trabajadores y pensionados, en el régimen contributivo y del Estado para el caso del régimen subsidiado. Entre tanto, la operación del SSMP, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 38 de la Ley 352 de 1997, es financiada por Fondos Cuenta conformados por los ingresos de cotización de los afiliados que están obligados a ello, los aportes del Presupuesto Nacional, los ingresos por pagos compartidos y cuotas moderadoras y los recursos derivados de la venta de servicios.

La realización del principio de universalidad de la seguridad social, bajo este esquema de financiación, depende de que cada sistema asuma los riesgos que han sido cubiertos por los aportes de sus beneficiarios, so pena de alterar las finanzas del otro. En concreto, no puede aceptarse que la responsabilidad en el suministro de prestaciones médico asistenciales a favor de beneficiarios del SSMP sea trasladada al SGSSS, debido a que dentro del sistema general no existirían cotizaciones destinadas a cubrir esa contingencia, precisamente como consecuencia de la distinción de fuentes de financiación entre los sistemas a la que se hizo referencia.

La entidad de los riesgos amparados, habida cuenta que, como se señaló con anterioridad, la justificación constitucional de un sistema de seguridad social en salud para las Fuerzas Militares y de Policía descansa en la condición excepcional de las amenazas que para la integridad física conlleva el ejercicio de las funciones propias de la defensa de la Nación, señaladas en el artículo 217 de la Carta, las cuales adquieren mayor connotación en el actual entorno de conflicto armado interno. Por tanto, ante la necesidad de cubrir

adecuadamente tales contingencias, que exceden en buen grado las que se presentan en el común de la población afiliada al sistema general de seguridad social, se hace imperativo conservar la especialidad de los riesgos amparados por el SGSSS y el SSMP.

Por último, la distinción existente entre las instituciones encargadas de la prestación de los servicios de salud. Para el caso del SGSSS, son las entidades promotoras de salud, quienes, a través de los recursos que reciben en razón de las unidades de pago por capitación reconocidas por el sistema³⁴, proveen de una red de servicios, conformada por instituciones prestadoras de salud, destinada a la atención de sus afiliados. En cambio, el servicio de salud de los beneficiarios del SSMP es prestado, prioritariamente, por instituciones médicas de propiedad del mismo sistema, que son financiadas a través de los Fondos Cuenta a los que se hizo alusión. Así las cosas, es evidente que el soporte económico de cada red de prestación es distinto y, por ello, en pos de conservar el equilibrio financiero de cada sistema, no puede admitirse el traslado de los riesgos amparados a sus beneficiarios”.

De lo anterior se deriva que el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y de Policía ha de responder por la cobertura de las prestaciones médico asistenciales sin que sea procedente o admisible que estas instituciones las trasladen a aquellas propias del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Caso concreto

22.- En el presente asunto, la señora Edilma Guzmán Zamora estima vulnerado el derecho fundamental a la salud de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán pues el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional se niega a continuar brindándole la atención médica que requiere para la enfermedad que padece a través del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares debido a que fue retirado de la institución por causa de la misma.

23.- La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si el derecho fundamental presuntamente vulnerado es susceptible de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción antes explicada consistente en que la omisión de las autoridades públicas

termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión.

Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador en el caso del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía a través de la Ley 352 de 1997 y del Decreto 1795 de 2000 lo que hace que el derecho a la salud, en este caso, sea susceptible de protección mediante la acción de tutela.

24.- La segunda verificación que se debe llevar a cabo es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso bajo estudio, podría pensarse que el hijo de la peticionaria tendría que esperar a que el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía resolviera la impugnación que presentó contra el dictamen de la Junta Médica Laboral³⁵ y, en caso de que le fuera desfavorable, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para demandar el acto administrativo mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, la Sala considera que tal mecanismo no resulta idóneo para lograr lo que se pretende mediante la acción de tutela de la referencia porque la futura decisión del Tribunal Médico de Revisión Militar se referirá únicamente a la imputabilidad al servicio de la patología padecida por el joven Ñustes Guzmán y al porcentaje de incapacidad laboral que la misma le produce con el fin de determinar si tiene derecho a la pensión de invalidez. Tal dictamen no tendrá por objeto esclarecer si el Ejército Nacional tiene la obligación de prestarle atención médica por la enfermedad que le ha sido diagnosticada sin importar si, según las normas vigentes, tiene derecho a la pensión de invalidez.

En vista de lo anterior la acción de tutela resulta a todas luces procedente pues el hijo de la accionante carece de otro mecanismo judicial idóneo que le permita satisfacer lo pretendido.

25.- Respecto del análisis de fondo, se tiene que el desarrollo legal y reglamentario del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía prevé que la obligación de prestar la atención médica y asistencial termina cuando tiene lugar el retiro de la Institución a la que pertenezca la persona que está prestando el servicio, salvo que se tenga derecho a asignación de retiro o pensión de invalidez (artículo 23 del Decreto 1795 de 2000), por lo que, en principio, el Ejército Nacional no estaría obligado a continuar con el tratamiento médico al joven Ñustes Guzmán pues este fue desacuartelado³⁶ y su porcentaje de pérdida de capacidad laboral no es tan alto como para acceder a una pensión de invalidez³⁷.

Sin embargo, como se expresó con anterioridad, la Corte ha sostenido reiteradamente que esta regulación admite, al menos, una excepción en virtud de la garantía de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad personal. Ésta se da cuando una persona ingresa a prestar sus servicios a la fuerza pública y lo hace en condiciones óptimas pero en el desarrollo de su actividad sufre un accidente o se lesiona o adquiere una enfermedad o ella se agrava y esto trae como consecuencia que se produzca una secuela física o psíquica y, como resultante de ello, la persona es retirada del servicio, pues en estos casos “los establecimientos de sanidad [de las Fuerzas Militares y de Policía] deben continuar prestando la atención médica que sea necesaria, siempre que de no hacerlo oportunamente pueda ponerse en riesgo la salud, la vida o la integridad de la persona”³⁸.

26.- En el caso del joven Ñustes Guzmán, la patología que ahora padece se manifestó durante el desarrollo de sus actividades como soldado. Ello es así porque si hubiera existido con anterioridad a su incorporación al servicio militar así habría aparecido en su examen de ingreso, habría sido declarado no apto para la actividad militar y no hubiera podido incorporarse al Ejército Nacional.

Ahora bien, también pudo haber sucedido que la enfermedad del joven Ñustes Guzmán fuera anterior a su ingreso y no fuera detectada en el examen, pero ello no resulta relevante para el caso concreto ya que, según la jurisprudencia constitucional reiterada, la Fuerza Pública tiene la obligación de velar porque los exámenes físicos y psicológicos orientados a valorar la aptitud para el ingreso al servicio sean veraces e íntegros³⁹ “pues en aquellos eventos en que no se hubieren detectado enfermedades preexistentes al

momento de la incorporación a filas y éstas se originan durante la prestación del servicio, será la dependencia de sanidad militar correspondiente la encargada de brindar la atención necesaria al afectado” 40.

Así mismo, es evidente que la falta de tratamiento de la dolencia del joven Ñustes Guzmán, consistente en un “trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias [psicoactivas]”⁴¹, afecta su salud mental y psíquica pues debido a la misma tuvo que acudir por urgencias, en el mes de mayo de 2008, al Hospital Universitario San Rafael de Girardot, lugar en el que recibió atención médica que incluyó varios medicamentos psiquiátricos y hospitalización por siete días⁴², además, según comunicación recibida el 31 de marzo 2009, la peticionaria indica, con relación al estado actual de salud de su hijo, que “está más grave, es muy agresivo y ha intentado abusar de mi repetidamente (...)”⁴³.

Las circunstancias descritas llevan a concluir que el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional está en la obligación de prestar atención médica integral a Jorge Armando Ñustes Guzmán para tratar la patología descrita como “trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias [psicoactivas]” a través de su Dirección de Sanidad.

27.- A pesar de lo anterior, podría argumentarse que el hecho de que el joven Ñustes Guzmán tenga la posibilidad de acudir a la red pública de salud, en calidad de vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como en efecto lo ha hecho⁴⁴, o de inscribirse al régimen subsidiado del mismo, descarta la obligación del Ejército Nacional.

Sin embargo, ello no es acertado pues, como se indicó con antelación, según la jurisprudencia constitucional las Fuerzas Militares y de Policía no pueden trasladar los riesgos amparados por el Sistema de las Fuerzas Militares y de Policía hacia el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁴⁵ debido a las diferencias existentes entre los dos sistemas respecto de (i) las fuentes de financiación, (ii) los riesgos cubiertos por cada uno y su entidad y (iii) las instituciones encargadas de la prestación de los servicios, las que, precisamente, justifican la existencia de un régimen de salud

diferenciado para la Fuerza Pública.

28.- Por último, existe una razón adicional que soporta la obligación a la que se ha venido haciendo referencia y es la continuidad en la prestación de los servicios médicos como parte del derecho fundamental a la salud. Como se vio, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que, una vez iniciado, el tratamiento médico debe ser culminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, sin que pueda admitirse su interrupción abrupta alegando razones de índole legal o administrativo cuando ésta ponga en peligro la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad del paciente⁴⁶.

29.- De acuerdo con lo explicado, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil- en la acción de tutela instaurada por Edilma Guzmán Zamora en representación de su hijo Jorge Armando Ñustes Guzmán contra el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional y concederá el amparo del derecho fundamental a la salud del hijo de la peticionaria.

En consecuencia, se ordenará al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que, a través de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, reanude al ciudadano Jorge Armando Ñustes Guzmán el tratamiento médico integral que requiere para la patología denominada trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias psicoactivas por todo el tiempo que sea necesario y respetando el derecho del paciente al consentimiento informado.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- **CONCEDER** por las razones expuestas el amparo del derecho fundamental a la salud de Jorge Armando Ñustes Guzmán y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia proferida en el proceso de la referencia por la Corte Suprema de Justicia

-Sala de Casación Civil-.

Segundo.- ORDENAR al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que, a través de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, reanude al ciudadano Jorge Armando Ñustes Guzmán el tratamiento médico integral que requiere para la patología denominada trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias psicoactivas por todo el tiempo que sea necesario y respetando el derecho del paciente al consentimiento informado.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En el documento se lee: “(...) etiología multicausal (...)” (folio 7, cuaderno 2).

2 Al respecto, ver las sentencias T-301 de 2007, T- 947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006 y T- 531 de 2002, entre otras.

3 Que reitera las sentencias T-1012 de 1999, T- 095 de 2005, T- 843 de 2005 y T-299-07, entre otras.

4 Sentencia T-573 de 2008 y T-315 de 2000.

5 Folio 7, cuaderno 2.

6 Folio 16, cuaderno 2 y folio 15, cuaderno 1.

7 Folios 3 y 10 y siguientes, cuaderno 2.

8 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

9 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

10 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

11 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

12 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

13 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

14 Ver las sentencias T-1177-08, T1182-08, T-899-08, T-1103-08 y T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda, T-090-09 y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

15 Ibídem.

16 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

17 Sentencias T-1177-08, T1182-08, T-899-08, T-1103-08 y T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda, T-090-09 y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social..

18 Sentencias T-1177-08, T1182-08, T-899-08, T-1103-08 y T-016-07.

19 Ibídem.

20 Sentencias T-763-06, T-773-06, T-1134-04, T-1205-04 y T-018-98, entre otras.

21 Sentencia T-597-93.

22 Sentencias T-854 de 2008, T-760 de 2008, T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

23 Ibídem.

24 Ibídem.

25 Ver, por ejemplo, Sentencias T-376 de 1997, T-762 de 1998, T-107 de 2000, T-1177 de 2000. De tiempos más recientes datan las sentencias T-315, T-784, T-864, T-956, T-1010, T-1046 y T-1134 todas de 2003; T-052, T-581, T-596, T-738, T-741 y T-810 todas de 2004; T-379 de 2005 ; y T-854 de 2008.

26 Sentencias T-854 de 2008, T-810 de 2004 y T-376 de 1997.

27 Ibídem.

28 Sentencia T-854-08.

29 Ibídem.

30 Sentencias T-854 de 2008, T-393 de 1999 y T-762 de 1998.

31 Sentencias T-854 de 2008 y T-810 de 2004.

32 Sentencia T-854 de 2008.

33 Sentencia T-810 de 2004.

34 Ley 100 de 1993, artículo 182.

35 Esta aún se encuentra pendiente: folio 12, cuaderno 1.

36 Folio 16, cuaderno 2.

37 Folio 9, cuaderno 2.

39 Sentencias T-854 de 2008, T-393 de 1999 y T-762 de 1998.

40 Sentencias T-854 de 2008 y T-810 de 2004.

41 Folio 8, cuaderno 2.

42 Folios 23 y 24, cuaderno 2.

43 Folio 12, cuaderno 1.

44 Folios 23 y 24, cuaderno 2.

45 Sentencia T-854 de 2008.

46 Sentencias T-854 de 2008, T-760 de 2008, T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.