

DERECHO DE PETICION – Núcleo esencial / DERECHO DE PETICION – Debe resolverse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud / DERECHO DE PETICION – Elementos temporal y sustancial / DERECHO DE PETICION – Violación si no hay respuesta de fondo dentro de los 15 días hábiles

El núcleo esencial del derecho fundamental de petición supone: 1) una respuesta que provea una solución concreta al caso planteado, 2) la solución debe estar acorde con la solicitud planteada (elemento sustancial) y 3) la respuesta debe proferirse dentro del término que la ley señala para el efecto (elemento temporal). A su vez, el artículo 9 del C.C.A., señala que “toda persona podrá formular peticiones en interés particular” y que tales peticiones por remisión expresa al artículo 6 de dicho código, deberán resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud. De lo anterior, se puede determinar que la violación del derecho de petición se presenta con la omisión de dos elementos, el temporal y el sustancial, es decir que la entidad peticionada cuenta con 15 días hábiles para responder y que debe hacerlo de manera tal que se resuelvan las solicitudes de fondo del peticionario, sin evasivas o respuestas vagas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2001-1941(AC), M.P: Camilo Arciniegas Andrade.

SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL – Regulación / ATENCION MEDICA A MILITARES – Obligatoriedad / ATENCION MEDICA A EX SOLDADO – Debe continuar prestándose si lesión fue por causa de la prestación del servicio así no tenga derecho a pensión / ATENCION MEDICA A MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL – Debe ser permanente y continuo cuando la afectación se haya presentado durante la prestación del servicio o con ocasión a éste / DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA – Debe garantizarse irrelevante al hecho de que se encuentre retirado o no del servicio

El Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está regulado por la Ley 352 de 1997, la cual, en armonía con lo establecido en los Decretos Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1.990 y 1796 de 2.000 y el Decreto 2192 de 2.004, establece que tendrán derecho a recibir los servicios de salud propios de este régimen quienes se encuentren en servicio activo o sean dados de baja con derecho a asignación por retiro o pensión. La Corte Constitucional se ha referido al derecho a la salud y a la seguridad social del personal retirado del servicio activo, señalado que aunque la persona no tenga derecho a la pensión, debe prestársele la asistencia médica que requiera para el tratamiento de sus condiciones de salud, siempre que la lesión o enfermedad que padezca sea producto del servicio, a la luz de los mandatos constitucionales y con el fin de garantizar una verdadera protección a sus derechos fundamentales y a su dignidad humana. De lo anterior se infiere que los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional tienen derecho a que se les asegure con carácter permanente y continuo el servicio médico, mientras persista la dolencia, cuando su afectación se haya presentado durante la prestación del servicio o con ocasión a éste. Igualmente se infiere que es irrelevante el hecho de que se encuentre retirado o no del servicio, pues se le debe garantizar una prestación de salud, independientemente de los exámenes de retiro.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho a la salud de miembros de la fuerza pública, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de julio de 2007, Rad. 2007-00434, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; Corte Constitucional, sentencia T-393/99.

PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DE MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA – No existe tiempo para determinarla / EXAMEN DE RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - No tiene un tiempo límite para practicarlo / EXAMEN DE RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA – Omisión en la práctica puede vulnerar el derecho a la salud

La Sala en reiterada jurisprudencia ha precisado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, no existen límites de tiempo para determinar la pérdida de la capacidad laboral de un miembro de la Fuerza Pública, sufrida con ocasión de la prestación del servicio. El problema jurídico en particular se centra en dilucidar si por causa de la omisión de la entidad demanda de efectuar los exámenes de retiro a los que tiene derecho el actor se vulnera efectivamente el derecho a la salud. El actor solicitó que se le practicaran los exámenes de retiro necesarios para que le atendieran las dolencias que hoy en día sufre por causa de la herida que recibió en actividad del servicio, causada por arma de fuego, en el hombro izquierdo. La Entidad demandada afirma en la contestación que han pasado catorce (14) años después de terminada su vinculación con la entidad demandada y que es necesario llevar a cabo los exámenes de retiro pasados dos meses después, por lo tanto no tiene derecho a que se los realicen. Consta a folio 13 del expediente copia de la excusa de servicio con fecha del 19/05/94 en la que se constata que el actor presenta una herida con arma de fuego recibido tal y como lo afirma en los hechos, en actividad del servicio, así mismo lo prueban las notas de enfermería visibles a folio 16 a 18, parte de la historia clínica número 85463289 del actor. Por lo anterior y de acuerdo con la teoría de la sala al respecto de que la práctica de los exámenes de retiro para los miembros de la fuerza pública no tiene un tiempo límite, esta sala considera que si hay una vulneración al derecho a la salud del actor, por lo que ordenará a la Dirección de Sanidad Policía Nacional para que de manera inmediata le dé una nueva fecha al actor para que se lleven a cabo sus exámenes de retiro y que a su vez le garantice al actor la realización de los mismos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1796 DE 2000 – ARTICULO 19

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de septiembre de 2007, Rad. 2007-00155(AC).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera Ponente (E): MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01116-01(AC)

Actor: ELKIN ENRIQUE NIÑO ALVAREZ

Demandado: DIRECCION DE SANIDAD POLICÍA NACIONAL

Referencia: IMPUGNACION

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por el señor **Elkin Enrique Niño Álvarez** contra la providencia proferida el veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I- ANTECEDENTES

El señor **Elkin Enrique Niño Álvarez** interpuso la presente acción de tutela en contra de **La Dirección de Sanidad Policía Nacional -Seccional Antioquia**, por considerar que se vulneró sus derechos a la salud, la igualdad, integridad física, al debido proceso, derecho de petición, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

A- HECHOS

Narró el actor que perteneció a la Policía Nacional desde el 26 de febrero de 1993 y trabajó allí hasta el cinco de mayo de 1995 como fotógrafo judicial en el laboratorio de criminalística en el Valle de Aburrá de la Policía Metropolitana de Medellín.

Expuso que en el año de 1994 resultó herido por arma de fuego en un cruce de disparos.

Adujo que fue retirado de la institución el 05 de mayo de 1995 mediante el decreto 2010.

Agregó que el 15 y 17 de marzo cometió dos homicidios por los cuales fue juzgado y posteriormente puesto en prisión en la cárcel de Bellavista hasta 1997 cuando fue trasladado a la penitenciaría de Ibagué Tolima "Picaleña" donde fue recluido en el patio No. 2 para funcionarios públicos, desde donde solicitó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional en Bogotá que se realizaran sus exámenes de retiro.

Aseveró que como respuesta a la solicitud anterior, la Dirección Nacional de sanidad, ordenó al área de Sanidad del departamento del Tolima que se le practicaran dichos exámenes, pero que al mismo tiempo fue trasladado a la cárcel Distrital de Pereira en un patio que no era para funcionarios públicos, por lo que tuvo que guardar silencio sobre su profesión para salvaguardar su vida y no pudo solicitar la continuación del proceso de retiro de la Policía.

Manifestó que en febrero del 2000 fue trasladado a la penitenciaría de Peñas Blancas, en Calarcá, Quindío y de nuevo fue ubicado en un patio para personas de alta peligrosidad por lo que tuvo que guardar silencio, ya que si los demás reos se hubieran enterado que era ex policía habría puesto en peligro su vida.

Narró que en el mismo año fue trasladado a la penitenciaría de máxima seguridad de Itagüí donde fue recluido en un patio relativamente seguro, en donde pudo reanudar su proceso para obtener el retiro de la policía, el cual había iniciado años atrás.

Afirmó que mediante una petición realizada el día 29 de agosto de 2000 solicitó los exámenes que le hacían falta la cual le fue contestada mediante el oficio 174 con visto bueno del capitán médico Carlos Januario Montero Pérez de la clínica de nuestra señora de Belén, donde fue examinado por varios especialistas que llegaron a la conclusión de que debía llevarse a cabo una cirugía en el hombro izquierdo.

Expuso que el proceso médico que se le venía adelantando se detuvo por un nuevo traslado, esta vez a la cárcel de alta seguridad de Valledupar donde no hay patios para funcionarios públicos, por lo que no le practicaron la cirugía ni le adelantaron ningún otro examen.

Alegó que a través de una acción de cumplimiento, logró que lo trasladaran al patio A, en los pabellones de la Picota en el centro especial para funcionarios, donde mediante un nuevo derecho de petición solicitó y reanudó el proceso de sus exámenes de retiro. Sin embargo fue trasladado una vez mas a la penitenciaría de Combita perdiendo todo lo que había adelantado en Bogotá.

Sostuvo que desde Combita solicitó nuevamente su examen de retiro y que mientras se llevaban a cabo las diligencias, de nuevo lo trasladaron a la

penitenciaria del Barne en la ciudad de Tunja en Boyacá, y posteriormente a la cárcel de Itagüí en Medellín, Antioquia, y de allí a Bellavista a una cárcel de mediana seguridad.

Argumentó que desde éste último lugar, dirigió una nueva petición el 15 de abril del 2009 a la Policía Nacional - Dirección de Sanidad Seccional Antioquia, de la cual obtuvo respuesta el 5 de mayo del 2009 en el oficio N° 0147-09 en la que se indicaba que no había registro de ningún antecedente médico laboral a su nombre y que consultado el sistema de admisiones de talento humano del Comando de la Policía Metropolitana de Medellín donde afirma el actor, aparece como retirado de la institución desde 1995 es decir hace mas de catorce años.

Indicó que ha realizado toda la “tramitología” que le compete sin obtener ningún tipo de solución o respuesta a sus peticiones, lo que deriva en una vulneración a sus derechos fundamentales por parte de la entidad demandada.

B- PRETENSIONES

Solicitó se tutelén sus derechos a la salud, la igualdad, integridad física, al debido proceso, derecho de petición, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y por lo tanto se ordene a la entidad demandada a que se le realicen los exámenes de retiro y ser valorado por los diferentes especialistas y determinar el tipo de tratamiento que requiere según sea el caso.

Pidió que la “tramitología” no tome tanto tiempo como el que ya ha transcurrido y que se ordene agilizar la práctica de sus exámenes de retiro y que se ordene al jefe de Asuntos Prestacionales del comando de la policía del Valle de Aburrá que envíe el único informativo prestacional levantado en su contra por motivo de haber sido herido con arma de fuego.

C- DEFENSA

El Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Dirección de Sanidad, Seccional de Sanidad Antioquia, contestó la presente acción argumentando que el señor Niño Álvarez fue retirado de la Policía Nacional desde el 5 de mayo de 1995 y que a la fecha ya han pasado catorce (14) años.

Alega que las valoraciones médicas ordenadas y la elaboración de la Junta Medico Laboral dependen del impulso del Interesado y no de la entidad demandada exclusivamente.

Agregó que el artículo 8 del decreto 1796 de 2000 establece el tiempo en el cual se deben practicar los exámenes médicos de retiro que alega el actor, los que deben llevarse a cabo dentro de los 2 meses contados a partir de el acto administrativo que genera la “novedad” ya que con posterioridad las condiciones médicas del interesado pueden variar.

En ese mismo orden de ideas manifestó que el artículo 8 del decreto 0094 de 1989 establece que la interrupción por parte del interesado sin causa justificada y por un término mayor de 30 días se considera como renuncia y perderá los derechos originados por razón de las lesiones o enfermedades relacionadas al procedimiento.

Por ello consideró que la Seccional Sanidad Antioquia nunca violó los derechos fundamentales del actor, ni por acción ni omisión ya que éste conocía su condición de retirado de la institución y así dejó pasar mucho tiempo como para iniciar una reclamación a la institución de la Policía por vía judicial.

Argumentó que no se puede dejar a un lado el elemento de la inmediatez como requisito de procedibilidad en materia de acciones de tutela, así como tampoco se puede olvidar la improcedencia de la acción cuando existan otros medios de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Frente al derecho de petición consideró que ya se le dio respuesta en debida forma y dentro del plazo estipulado por la norma y no por el hecho de que la respuesta haya sido negativa a su reclamo, signifique esto que no se haya contestado dicha solicitud.

Por lo tanto solicitó que se denieguen las pretensiones del demandante y se expida una sentencia favorable al demandado.

II- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Octava de decisión, consideró que la presente acción de tutela debía ser negada por improcedente y por lo tanto negó el amparo constitucional solicitado por el señor Elkin Enrique Niño.

Llegó a esta conclusión, al considerar que el actor estaba obligado a acudir al examen médico de retiro dentro de los 60 días calendario siguientes a la notificación del acto de retiro y no lo hizo, por lo tanto consideró el Tribunal que no conduciría a nada ordenar la práctica del examen mencionado, si se considera que la verificación de la condición del trabajador retirado de la fuerza pública se lleva a cabo para determinar la condición de éste al momento de su salida y no unos años después, esto con el fin de esclarecer a que prestaciones e indemnizaciones tenía derecho.

Consideró por lo tanto que la no realización del examen de retiro no constituye una violación a los derechos fundamentales del actor ya que a él le han sido brindadas las prestaciones asistenciales que ha requerido.

III- IMPUGNACIÓN

El actor fundamentó su impugnación aduciendo que si bien es cierto que son 60 días hábiles los requeridos para solicitar los exámenes de retiro se debe tener en cuenta que él si cumplió con el requisito llamado CESE que es el documento que recopila las firmas de las diferentes dependencias tales como “sanidad, almacén de intendencia, fotografía de la SIJIN, etc. Y que acudió a la clínica de Nuestra Señora de Belén solicitando por escrito que se llevaran a cabo los mencionados exámenes en junio de 1995 y que dicho documento reposa en los archivos de la clínica ya que fue herido como consecuencia de actos meritorios del servicio y con ocasión del mismo.

Narró que en medio de los trámites y llevándose a cabo dichos exámenes fue capturado y tuvo que suspender las diligencias mencionadas.

Explicó que estando en prisión tuvo que esconder su condición de “ex policía”, no podía revelar su identidad, de haber continuado con el trámite se habría puesto en evidencia por lo tanto esperó a que lo sacaran por remisión y desde su nueva ubicación, la cárcel de “Picaleña” de Ibagué, retomó el trámite que forzosamente tuvo que dejar atrás.

Por lo anterior solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se le otorgue el aparato solicitado.

IV- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Dicha acción se establece como mecanismo subsidiario, es decir, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable.

El asunto bajo examen se centra en dilucidar la posible violación de los derechos fundamentales del actor al derecho de petición, a la salud, a la igualdad, a la integridad física, al debido proceso, el derecho a no ser torturado y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

Respecto del derecho de petición.

El actor asevera que en diversas ocasiones, en ejercicio del derecho de petición, se dirigió a la entidad demandada.

La Constitución Política en su artículo 23 establece que toda *“persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”*. Esta disposición es desarrollada por el C.C.A., a partir de su artículo 5° y siguientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado cuál es el alcance y el contenido del derecho fundamental de petición en los siguientes términos:

“El derecho de petición comprende no sólo la manifestación de la administración sobre el objeto de la solicitud, sino también el hecho de que dicha manifestación constituya una solución pronta del caso planteado. El derecho fundamental a la efectividad de los derechos (C.P. arts. 2 y 86) se une en este punto con el principio constitucional de la eficacia administrativa (art.209). “...La omisión o el silencio de la administración en relación con las demandas de los ciudadanos, son manifestaciones de autoritarismo tan graves como la arbitrariedad en la toma de sus decisiones. Los esfuerzos de la Constitución por construir una sociedad más justa y democrática, necesitan ser secundados y de manera esencial, por el cumplimiento de la obligación de los funcionarios públicos de responder y resolver de manera oportuna las peticiones provenientes de los particulares. “Por lo menos tres exigencias integran esta obligación. En primer lugar, la manifestación de la administración debe ser adecuada a la solicitud planteada. No basta, por ejemplo, con dar una información cuando lo que se solicita es una decisión. Correspondencia e integridad son fundamentales en la comunicación oficial. En segundo lugar, la respuesta debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea. El funcionario no sólo está llamado a responder, también debe esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que conduzca al peticionario a la solución de su problema. Finalmente, la comunicación debe ser oportuna. El factor tiempo es un elemento esencial para la efectividad de los derechos fundamentales; de nada sirve una respuesta adecuada y certera cuando ella es tardía”.¹

De acuerdo con el lineamiento jurisprudencial citado, es claro que el núcleo esencial del derecho fundamental de petición supone: 1) una respuesta que provea una solución concreta al caso planteado, 2) la solución debe estar acorde con la solicitud planteada (elemento sustancial) y 3) la respuesta debe proferirse dentro del término que la ley señala para el efecto (elemento temporal).

A su vez, el artículo 9 del C.C.A., señala que *“toda persona podrá formular peticiones en interés particular”* y que tales peticiones por remisión expresa al artículo 6 de dicho código, deberán resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud.

De lo anterior, se puede determinar que la violación del derecho de petición se

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. p.m. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 25000-23-25-000-2001-1941-01. Se Cita Sentencia T-220. 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y la Sentencia T-718 de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

presenta con la omisión de dos elementos, el temporal y el sustancial, es decir que la entidad peticionada cuenta con 15 días hábiles para responder y que debe hacerlo de manera tal que se resuelvan las solicitudes de fondo del peticionario, sin evasivas o respuestas vagas.

Con base en lo anterior, la sala procederá a revisar las solicitudes realizadas por el actor, con el fin de determinar si efectivamente la entidad demandada se encuentra vulnerando el derecho fundamental de petición del demandante.

A folios 51 y 52 consta una petición del actor dirigida al señor Coronel Director de Sanidad del Área de Medicina Legal en la que solicitó:

"He buscado colaboración por parte de sanidad del centro de reclusión "La Picota", donde me ha quedado casi imposible solicitar las citas médicas por el CALL CENTER, teniendo en cuenta las dificultades en el uso de los teléfonos en el Centro de Reclusión.

He buscado colaboración por parte de Sanidad del Centro de Reclusión pero a la fecha no me solicitado las citas. Desafortunadamente en esta ciudad no tengo familiares que me puedan ayudar con esta situación.

Es por estos motivos señor coronel que me dirijo a sus buenos oficios para que por intermedio de esa Dirección me sean otorgadas las fechas para las valoraciones médicas, y se expidan los respectivos conceptos por parte de los especialistas.

La Doctora CARMEN C Cantillo expedición las órdenes para un plazo de Noventa días, los cuales se encuentran próximos a vencer.

Señor Coronel le pido el favor que tenga consideración con mi situación, por cuanto las lesiones las sufrí estando al servicio de la Policía y fueron calificados en Actos Especiales del Servicio.

No siendo mas me suscribo de usted con gran respeto y admiración en espera de una pronta respuesta positiva a mi petición."

A folio 53 se encuentra la respuesta a la anterior petición en la que consta:

"... me permito informar al Señor Agente retirado lo siguiente:

ORTOPEDIA: El día 160603 fue atendido por el Dr. Renan Bautista Zuluaga quien le ordenó radiografía del hombro izquierdo, para esta cita debe dirigirse directamente al Hospital Centra de la Policía Nacional para que le realicen los rayos X, una vez tenga los resultados deberá informar a esta Área para que le programen nueva cita con el Dr. Bautista Zuluaga y le cierre en forma definitiva y en papel de seguridad el concepto.

OPTOMETRIA: Le fue asignada cita No. 2171603 para día 270603 a las 07:00 horas por la Doctora Marcela Moreno en el consultorio No. 235 DISAN.

NEUROCIROLOGIA: Le fue asignada cita No. 2168887 para el día 1660603 a las 09:40 horas con el Doctor Jairo Espinosa en el consultorio 213 DISAN.

NEUMOLOGIA: Le fue asignada cita en o. 2168960 para el día 19 0603 con la Doctora 190603 con la Doctora Tolima Alzate en el consultorio 101 HOCEN.”

Así, se advierte que la fecha de radicación de la petición anterior es del 29 de marzo del 2003 y la fecha de la respuesta es del 02 de julio del 2003, por lo tanto **se verifica una violación al elemento temporal del derecho de petición** en el cual la entidad peticionada debe responder en un plazo de 15 días hábiles. No obstante, puesto que la respuesta contiene las fechas de las valoraciones médicas, se concluye que en éste se encuentra la información que solicitó el actor, por lo que se trata de un hecho superado.

A folios 68 a 70, consta en el expediente una petición hecha por el actor, sin fecha, en la cual solicitó:

“... por segunda vez, me sean extendidas fotocopias de toda mi historia clínica que reposan en dicha área, como segundo lugar yo no tengo familia en Bogotá, ni amigos para que me hagan el favor de ir hasta allá, además yo llevo 9 años en prisión por culpa de la institución y las heridas que yo tengo fue gracias a la guerra que se libró en contra del narcoterrorismo en Medellín y fueron en actos meritorios del servicio según literal “C” del juramento prestacional que reposa en mi historia clínica ...”

“... con el oficio con el cual ustedes me contestaron el primer derecho de petición de fecha 12/10/2004, bajo el N°110854 ustedes me enviaron un oficio de fecha 04-11-2004 N° DISAN – ARMEL 10159, donde me dicen que tengo que enviar un familiar a esa dependencia para poder facilitar los documentos que yo necesito, por que son de mi interés personal, cierto si es que yo necesito fotocopias de toda mi historia clínica, para

poder realizarme mis exámenes de retiro y para que pueda operarme lo mas pronto posible...”

Y a folio 71 consta una respuesta sin fecha, de la entidad a una petición, en la que manifiesta lo siguiente:

“... Le comunicamos que ha sido citado el día 29 de junio de 2005^a las 8:00 horas en el consultorio Nro. 2 de la Clínica regional de Tunja de la Policía Nacional, con el fin de dar inicio al proceso Médico Laboral de Retiro, presentándose completamente en ayunas y con la siguiente documentación...”

Continuando con el análisis que se hizo de las dos primeras pruebas frente al aspecto temporal, en el caso de la petición y la respuesta visible a folio 68 y 71 respectivamente, esta sala advierte que la petición como la respuesta no tienen fecha, por lo que no puede determinarse la vulneración, además, en la solicitud visible a folio 68 el actor solicita que se le practiquen los exámenes de retiro y en la respuesta visible a folio 71 le notifican que ya ha sido citado por segunda vez para el día 29 de junio del 2005 con el fin de dar inicio al proceso que él requiere, por lo tanto no existe una violación por parte de la entidad demandada del elemento sustancial mencionado.

A folio 74 consta otra petición con fecha del 15 de abril del 2009 en la que solicitó:

“De manera mas atenta y respetuosamente dirijo a su despacho con el propósito de peticionar los exámenes de retiro a los cuales tengo derecho por ley, señor director mi situación (SIC) es de años y a la fecha no se me han realizado en su totalidad mis tan anhelados (SIC) exámenes, le pongo en conocimiento que mis historial clínico en su dependencia reposa en la sección de “archivo sótano” solicito de antemano se me de prioridad ya que llevo años en esta misma situación y me colaboren lo mas pronto posible, dentro de los términos legales de ley.
Agradezco su colaboración, no siendo otro mi motivo me suscribo respetuosamente.”

A folio 75 consta una contestación a un “derecho de petición” con fecha del 5 de mayo del 2009, en la que le responden en los siguientes términos:

“... Revisando el archivo de Medicina Laboral de la Seccional

Sanidad Antioquia, no se registra ningún antecedente médico laboral a su nombre; por otra parte consultado en sistema de Admisiones de Talento humano del Comando de Policía de la Metropolitana de Medellín, usted figura como retirado de la institución desde 05/05/1995, para la fecha han pasado catorce (14) años.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido dentro del artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de retiro es obligatorio practicarse los exámenes de retiro. ...”

“... En este orden de ideas no es comprensible que solo catorce (14) años desde su retiro solicite la realización de los exámenes de retiro, teniendo en cuenta que los mismos debieron ser solicitados en su momento, de la misma forma como lo está haciendo ahora en esta solicitud.

Por último, el hecho que estar privado de la libertad no constituye una justificación para la no realización de los exámenes de retiro, ya que usted nunca quedó incomunicado con el mundo exterior, tanto es, que aun se encuentra en Bellavista y allegó el derecho de petición que hoy se le da respuesta.

En conclusión, no es viable acceder favorablemente a su petición.”

Para determinar si hay o no violación del elemento temporal del derecho de petición hay que cotejar las fechas de la solicitud visible a folio 74 y la respuesta visible a folio 75, anteriormente citadas, y de su lectura se desprende que **el elemento temporal del derecho de petición no fue violado en este caso**, puesto que a la petición hecha el 25/04/09, se le dio respuesta el 05/05/09 y por lo tanto no transcurrieron los 15 días hábiles requeridos en la ley para contestar.

Frente al elemento sustancial del derecho en cuestión, en la solicitud visible a folio 74 el actor requiere de nuevo la práctica de los exámenes de retiro y en la respuesta de la entidad visible a folio 75, ésta le contesta argumentando que el tiempo que ha transcurrido desde su desvinculación con la institución hasta la fecha de la solicitud, lo imposibilita para que se le practique dicho examen, por lo tanto la respuesta, aunque negativa, cumple con los requisitos sustanciales del derecho de petición y por lo tanto esta sala considera que no se vulneró el derecho fundamental.

Visible a folio 77 del se encuentra la copia de una constancia con fecha del 23 de

febrero de 2009 en la que consta:

“EL ASESOR JURIDICO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDELLIN - BELLAVISTA.

HACE CONSTAR

(...)

QUE EL HONORABLE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS, PONE EN CONOCIMIENTO RESPUESTA A DERECHO DE PETICION RECIBIDO EL 23 DE FEBRERO DE 2004”.

Aunque no se encuentra copia de la petición con fecha del 23 de febrero de 2009, a la cual hace mención la constancia anterior ni de la respuesta contenida en el oficio 158797, sí se puede verificar que no se vulneró el **elemento temporal** del derecho de petición, sin embargo, no se puede determinar si se afectó el **elemento sustancial** del derecho puesto que al no poderse verificar los escritos que los contienen no se puede determinar si la respuesta da la información requerida por el actor de manera clara, concisa y de fondo.

Por lo anterior, la Sala concluye que no se le ha vulnerado el derecho de petición al actor por lo al respecto la tutela solicitada será negada.

Respecto de la prestación de los servicios de salud a los miembros de la policía nacional.

El Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está regulado por la Ley 352 de 1997, la cual, en armonía con lo establecido en los Decretos Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1.990 y 1796 de 2.000 y el Decreto 2192 de 2.004, establece que tendrán derecho a recibir los servicios de salud propios de este régimen quienes se encuentren en servicio activo o sean dados de baja con derecho a asignación por retiro o pensión.

La Corte Constitucional se ha referido al derecho a la salud y a la seguridad social del personal retirado del servicio activo, señalado que aunque la persona no tenga derecho a la pensión, debe prestársele la asistencia médica que requiera para el

tratamiento de sus condiciones de salud, siempre que la lesión o enfermedad que padezca sea producto del servicio, a la luz de los mandatos constitucionales y con el fin de garantizar una verdadera protección a sus derechos fundamentales y a su dignidad humana. En efecto, en este sentido se pronunció la Corte en la sentencia T-393 de 1.999:

“La Corte ha manifestado que el derecho a la salud (C.P., artículo 49) ostenta el carácter de fundamental cuando su protección es indispensable para salvaguardar los derechos a la vida y a la integridad personal (C.P., artículos 11 y 12) del titular. La regla anterior ha sido rigurosamente aplicada en aquellos casos en los cuales ‘el ciudadano que requiere el servicio está cumpliendo con una carga cívica y patriótica, como es la prestación del servicio militar obligatorio’.^[6]

Ahora bien, la atención de los derechos prestacionales, como el derecho a la salud, debe procurarse dentro del marco legal que establece y define el conjunto de derechos y obligaciones específicas que dan lugar a cada prestación. Sin embargo, las normas legales y reglamentarias que regulan la asistencia médica que las fuerzas militares están obligadas a dispensar a quienes prestan el servicio militar obligatorio, deben ser interpretadas en consonancia con los principios, valores y derechos constitucionales y, en particular, con el derecho a la vida, el principio de igualdad material y la vigencia de un orden social justo.^[7]

Con base en las premisas anteriores, **la Corte ha determinado que, en materia de atención médica, la regla general consiste en que aquella debe brindarse, con carácter obligatorio, mientras la persona se encuentra vinculada a las Fuerzas Militares.** Por ende, tal obligación cesa tan pronto se produce el desacuartelamiento. **Sin embargo, es posible aplicar una excepción a esta regla cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, cuya protección ‘se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera,** sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho”. (Negrillas y Subrayas fuera del texto original)

Igualmente, en otra oportunidad indicó:

“La jurisprudencia de esta Corte indica que toda persona vinculada al SSMP, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 23 y 24 del Decreto 1795 de 2000, **tiene derecho a recibir la atención médica por parte de la Dirección de Sanidad. Cuando la persona que solicita la prestación del servicio haya sido desvinculada de las fuerzas militares o del SSMP,** aun puede recibir los tratamientos que

en él se ofrezcan, siempre que el motivo del retiro haya sido una enfermedad o lesión contraída por causa y en razón de la prestación del servicio militar, o antes pero que se agravó durante ella; **o cuando haya sido una desvinculación del servicio por otro motivo, pero se advierta la necesidad de continuar un tratamiento ya iniciado y cuya suspensión amenace con vulnerar de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los pacientes.** Esta Corte procederá a ordenar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que le siga brindando el tratamiento adecuado a su condición de salud, dado que en esa entidad ya había empezado a dársele un tratamiento médico, cuya continuidad no puede sufrir interrupciones o suspensiones sin que al paso se produzca un perjuicio constitucionalmente irremediable. Adicionalmente, se ordenará a la Junta Médico Laboral de las Fuerzas Militares que efectúe la evaluación de la disminución de incapacidad que José Alejandro Perea Mejía ha sufrido por consecuencia de su enfermedad y, si iguala o excede el 75% de su capacidad laboral, se le conceda la pensión de invalidez; de lo contrario, y con arreglo a las facultades conferidas en la ley, ordene el reintegro al servicio, y lo reubique para que ejerza funciones acorde con su situación.”² (Negrillas y Subrayas fuera del texto original)

A su vez, en un caso similar, el Consejo de Estado se pronunció al respecto, aduciendo:

“Los soldados que prestan el “servicio militar” son beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional –SSMP **incluso después de su “desincorporación”**, cuando durante su prestación hayan contraído una enfermedad o sufran una lesión y al tiempo de su retiro no se haya producido su total recuperación”³ (Negrillas y Subrayas fuera del texto original)

De lo anterior se infiere que los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional tienen derecho a que se les asegure con carácter permanente y continuo el servicio médico, mientras persista la dolencia, cuando su afectación se haya presentado durante la prestación del servicio o con ocasión a éste.

Igualmente se infiere que es irrelevante el hecho de que se encuentre retirado o no del servicio, pues se le debe garantizar una prestación de salud, independientemente de los exámenes de retiro

No obstante, la valoración de la junta médica laboral se ve necesaria para

² Referencia: Expediente T-1717729, Acción de tutela interpuesta por José Alejandro Perea Mejía contra la Dirección Nacional del Ejército Nacional, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil siete (2007).

³ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, 19 de julio de 2007, Exp. 2007 00434, Actor: Gabril Ariza Rubio.

determinar el grado de incapacidad del actor y el tratamiento que debe seguir.

En el caso concreto la parte demandada no refutó el hecho de que el actor hubiera pertenecido a la policía nacional ni que su herida fuera producto de la prestación del servicio, por lo que se tienen por ciertas dichas afirmaciones.

De esta manera, la Sala considera que se encuentran confirmados los elementos fácticos que hacen acreedor al actor del servicio de salud continuo y permanente a que tienen derecho los funcionarios activos o retirados de las fuerzas militares y la policía nacional.

Por lo anterior se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que garantice el servicio de salud permanente y continuo al actor.

Respecto de la práctica de los exámenes de retiro.

La Sala en reiterada jurisprudencia ha precisado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, no existen límites de tiempo para determinar la pérdida de la capacidad laboral de un miembro de la Fuerza Pública, sufrida con ocasión de la prestación del servicio. Ha dicho la Sala:⁴

“Por otra parte, el artículo 19 de dicho decreto establece los eventos en que procede la convocatoria de la Junta Médico Laboral:

“ARTICULO 19. CAUSALES DE CONVOCATORIA DE JUNTA MEDICO-LABORAL. Se practicará Junta Médico-Laboral en los siguientes casos:

1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.
2. Cuando exista un informe administrativo por lesiones.
3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total.

4. Cuando existan patologías que así lo ameriten

5. Por solicitud del afectado” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

La norma es clara en señalar que siempre que el afectado lo solicite y/o existan patologías que lo ameriten, debe ordenarse la integración de la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 13 de septiembre de 2007, proferida en el expediente N°AC-2007-00155-01.

mencionada junta medico laboral con la finalidad de que se evalúe su situación de salud y su aptitud para continuar con la prestación del servicio o acceda a las prestaciones económicas establecidas en la ley según el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral.

Ahora bien, en manera alguna el Decreto 1796 de 2000 establece un límite a la oportunidad de convocar a la Junta Médico Laboral, pues ello es procedente siempre que se presente alguna de las situaciones indicadas en el artículo 19 transcrito.

Sobre el punto la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que si un miembro de la fuerza pública ha sido valorado por la Junta Médico Laboral y se ha calificado su pérdida de la capacidad laboral, **ello no obsta para ser objeto de una nueva evaluación en el evento de que subsistan o se incrementen las razones de incapacidad, porque es posible que las mismas se agraven con el paso del tiempo de no someterse el afectado al tratamiento idóneo.**

Al respecto, la Sección Quinta ha señalado que la negativa a una nueva calificación por parte de la Junta Médica Laboral, a una persona cuya enfermedad profesional ha empeorado con el paso del tiempo, vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social en conexidad con la vida digna. A continuación se transcriben apartes pertinentes:

“Todas las circunstancias que lograron ser acreditadas ponen en evidencia que la enfermedad del actor se ha agravado con el transcurrir del tiempo en un porcentaje considerable que supera el indicado en la tabla “A” contenida en el decreto antes citado, con base en la cual se evalúa la pérdida de la capacidad laboral para los miembros de las fuerzas militares para efectos de reconocer indemnización o pensión, según el caso. Así las cosas, es indudable la situación de perjuicio irremediable por la cual actualmente atraviesa el actor con ocasión del aumento de la enfermedad psiquiátrica que padece.

En esa medida, es posible que las valoraciones médicas con base en las cuales se negó la pensión al actor pudieran haber desconocido el carácter progresivo de la patología que encontraron en el actor. Por tal razón, es menester que las autoridades médicas competentes en tratándose de miembros de las Fuerzas Militares, esto es, la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral (éste último en el evento en que sea convocado como segunda instancia), se reúnan nuevamente para evaluar el estado actual del actor. En consecuencia, la Sala concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social al actor; y por consiguiente, ordenará a la Dirección General de la Policía Nacional que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de

esta providencia, disponga la realización por parte de la Junta Médica Laboral de una nueva revisión médica al actor para efectos de determinar si la enfermedad del actor tiene un carácter progresivo, así como también el grado de incapacidad laboral que la patología que padece le proporciona para, con fundamento en ése dictamen, o en el de el Tribunal Médico Laboral en el evento en que sea convocado como segunda instancia, se pronuncie sobre el reconocimiento y pago a favor del señor Bernardo Castillo Ayala de la pensión por invalidez, pronunciamiento que deberá hacer en un término no mayor a 2 meses, que se contarán a partir de la ejecutoria de la evaluación por parte de la Junta Médica Laboral”⁵. (Negrillas y subrayas fuera de texto.)

El problema jurídico en particular se centra en dilucidar si por causa de la omisión de la entidad demanda de efectuar los exámenes de retiro a los que tiene derecho el actor se vulnera efectivamente el derecho a la salud.

El actor solicitó que se le practicaran los exámenes de retiro necesarios para que le atendieran las dolencias que hoy en día sufre por causa de la herida que recibió en actividad del servicio, causada por arma de fuego, en el hombro izquierdo, tal y como consta en el expediente en la copia de la Excusa del Servicio, visible a folio 13 del expediente.

La Entidad demandada afirma en la contestación que han pasado catorce (14) años después de terminada su vinculación con la entidad demandada y que es necesario llevar a cabo los exámenes de retiro pasados dos meses después, por lo tanto no tiene derecho a que se los realicen.

Consta a folio 13 del expediente copia de la excusa de servicio con fecha del 19/05/94 en la que se constata que el actor presenta una herida con arma de fuego recibido tal y como lo afirma en los hechos, en actividad del servicio, así mismo lo prueban las notas de enfermería visibles a folio 16 a 18, parte de la historia clínica número 85463289 del actor.

Por lo anterior y de acuerdo con la teoría de la sala al respecto de que la práctica de los exámenes de retiro para los miembros de la fuerza pública no tiene un tiempo límite, esta sala considera que si hay una vulneración al derecho a la salud del actor, por lo que ordenará a la Dirección de Sanidad Policía Nacional para que de manera inmediata le dé una nueva fecha al actor para que se lleven a cabo sus

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. M.P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN Expediente: 0540-01(AC).

exámenes de retiro y que a su vez le garantice al actor la realización de los mismos.

Para dar cumplimiento a lo anterior la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional deberá comunicar la fecha de los exámenes con suficiente antelación al demandante y al Director de la Cárcel de Picalaña (Ibagué) para que gestione los permisos y traslados a la sede de sanidad correspondiente.

Respecto del derecho a la Igualdad.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la violación del derecho a la igualdad, se reitera que el mismo se vulnera cuando las personas que se encuentran en idénticas circunstancias de orden fáctico y jurídico, reciben un trato diferente e injustificado, lo cual no se presenta en el caso de la referencia, habida cuenta que el actor no indica que a otros exfuncionarios de la policía que ostenten similares circunstancias que las suyas, hayan sido atendidos en la forma por él pretendida, lo cual es razón adicional para negar el amparo deprecado y confirmar la sentencia impugnada.

Respecto de los demás derechos invocados como vulnerados.

Finalmente, respecto de la violación de los derechos fundamentales a la integridad física, el derecho a no ser torturado y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de los hechos de la demanda no se infiere que éstos hayan sido vulnerados de ninguna manera así como de las pruebas allegadas al proceso no se encuentran indicios de que dicha afectación se esté presentando, por lo tanto, la solicitud de tutela de dichos derechos será denegada.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

V- FALLA

Primero: REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia del 26 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, **únicamente** en el sentido de declarar la vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Elkin Enrique Niño Álvarez.

Segundo: TUTÉLASE el derecho a la salud del señor Elkin Enrique Niño Álvarez.

Tercero: ORDÉNASE la Dirección de Sanidad Policía Nacional para que de manera inmediata garantice el servicio de salud permanente y continuo al actor y le suministre la atención médica que requiera de acuerdo a su condición.

Cuarto: ORDÉNASE a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que de manera inmediata le dé una nueva fecha al señor Elkin Enrique Niño Álvarez para que se lleven a cabo sus exámenes de retiro y que a su vez le garantice al actor la efectiva realización de los mismos.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la orden anterior, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional deberá comunicar la fecha de los exámenes con suficiente antelación al demandante, por intermedio del Director de la Cárcel de Picalaña (Ibagué) para que éste gestione los permisos y traslados a la sede de sanidad correspondiente.

Quinto: CONFÍRMASE la sentencia impugnada en todo lo demás.

Sexto: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en sesión de la fecha.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA