

**ACCION DE TUTELA – Legitimación en la causa por activa / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA – Acción de tutela / ACCION DE TUTELA – Agencia oficiosa / AGENTE OFICIOSO EN TUTELA – Procedencia ante impedimento de salud mental del titular del derecho**

Antes de abordar el examen de fondo de la sentencia impugnada, debe la Sala referirse a un tema esencial, relativo a la legitimación en la causa para actuar de la actora en su condición de agente oficioso de su hijo LJOO. Este amparo constitucional tal como está reglado se caracteriza por la subsidiariedad, la inmediatez, la brevedad y la informalidad, esta última, presupone que la persona que se sienta lesionada en sus derechos pueda acudir directamente a interponer la solicitud o que ésta se presente por un persona diferente invocando la condición de agente oficioso, cuanto el titular de los derechos se encuentre en imposibilidad de promover su propia defensa. Así lo prevé el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. La importancia de la figura de la agencia cobra relevancia en esta acción en tanto permite que las personas que por alguna razón no pueden ejercer por sí mismas la defensa de sus derechos, bien sea porque tienen algún impedimento jurídico, físico o mental, gocen de la defensa efectiva de sus garantías fundamentales. Así las cosas, en el presente asunto de acuerdo con lo manifestado por la accionante y lo probado en el expediente, el joven LJOO, titular de los derechos fundamentales sobre los que se exige el amparo tutelar, no se encuentra en un estado de salud mental que le permite ejercer por sí mismo su defensa, razón por la cual, la actora -en su condición de madre - se encuentra legitimada para acudir en calidad de agente oficioso y solicitar el amparo tutelar de los derechos fundamentales de su hijo.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 10

**DERECHO A LA SALUD – Carácter fundamental. Procedencia de la tutela / ATENCION EN SALUD – Soldado retirado / ATENCION EN SALUD A SOLDADO – Debe brindarse hasta tanto no esté en firme el retiro del servicio**

El derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, cuando su falta o la deficiente prestación pone en peligro la vida o la integridad de la persona (art. 11 y 12 de la Carta). Su amparo no se limita sólo a aquellos casos en los cuales las personas están en peligro de muerte y la acción de tutela también procede cuando las afectaciones a la salud de las personas pongan en riesgo su subsistencia en condiciones dignas y les impidan obtener su reestablecimiento orgánico y funcional. En el caso específico de aquellas personas que han prestado servicios al Estado a través de sus fuerzas armadas, la Corte Constitucional ha precisado que tienen derecho a la asistencia en salud por parte de la Institución en la cual prestaron su servicio militar. Así lo señaló la Corte en la sentencia T- 376 de 1997. Si bien el precedente jurisprudencial en cita tiene que ver con soldados que se encuentran en servicio activo porque resultan afectados en su salud, quienes están facultados para obtener la atención médica integral obligatoria hasta la fecha de su licenciamiento, mientras que en el caso en estudio el señor LJOO ya no está en servicio activo en el Ejército, en este caso particular también procede que se le otorgue tal garantía en tanto su situación de desvinculación no se encuentra aún establecida por acto administrativo que disponga el retiro del servicio. Además, porque es posible que en ejercicio de sus funciones como soldado profesional haya adquirido patologías que no padecía cuando ingresó, situaciones presuntamente sobrevinientes que por ello deben ser valoradas por la Junta Médica a fin de determinar ésto, así como el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y mental que padece. Entre tanto se produzca esta valoración

también le deben ser prestados, como ya se dijo, todos los servicios médico - asistenciales, integralmente entendidos, que su situación actual de salud amerite.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 11 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 12

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la atención en salud a soldados: Corte Constitucional, sentencia T - 376 de 1997.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00117-01(AC)**

**Actor: ODILIA OCHOA OCHOA**

**Demandado: DIRECCION DE SANIDAD, EJERCITO NACIONAL**

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de Colombia contra la sentencia del 12 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante en representación de su hijo Luis José Ochoa Ochoa.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La solicitud**

La señora Odilia Ochoa de Ochoa invocando su condición de agente oficioso de su hijo Luis José Ochoa Ochoa presenta solicitud de tutela contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en la que planteó las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA:** Solicito a Usted, Señor juez Constitucional se le ordene dentro de un término perentorio y prudencial al señor Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, vincule al señor **LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA**, al servicio de Sanidad Militar, para que le sea tratado a fondo las enfermedades que padece y así asegurar la continuidad del

tratamiento médico que le venían suministrando en Sanidad Militar, y la que se requiera para la recuperación de la salud del accionante, hasta su recuperación total.

**SEGUNDO:** Misma forma (sic) solicito se le ordene al señor Director de la Junta Médico Laboral Militar y de policía de esa guarnición Militar, para que se convoque al señor LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA, a (sic) Junta Medico Laboral, con el fin de que se le realicen las valoraciones del caso, y se le otorguen las prestaciones sociales a que haya lugar.

**TERCERO:** Misma forma (sic) se le ordene al Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional, para que le sea notificado el acto administrativo por el cual se retira al SP. LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA de la institución castrense.

**CUARTO:** En pro de garantizar el mínimo vital del SP. LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA, quien se encuentra incapacitado por los médicos tratantes de Sanidad Militar, solicito de manera respetuosa al honorable Juez, se ordene el pago de las mesadas correspondientes a los períodos de enero y febrero de 2010, y subsiguientes, hasta cuando se le defina la situación Médico Laboral. Toda vez que supuestamente fue retirado sin definirle dicha situación y no se encuentra en condiciones dignas de conseguir su propio sustento.”

## 2. De los hechos

La peticionaria sustentó el amparo de tutela en los siguientes hechos, que a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia.

En primer lugar explica que la solicitud de amparo la impetra en nombre de su hijo LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA, de 27 años de edad, por padecer en la actualidad una enfermedad mental adquirida en la prestación de sus servicios como Soldado Profesional del Ejército Nacional de Colombia y no encontrarse en condiciones de promover su propia defensa.

Refiere que su hijo ingresó como soldado profesional al Ejército Nacional hace más de siete (7) años y con tal propósito le realizaron los respectivos exámenes médicos que dieron cuenta de su óptima condición de salud tanto física como mental.

Que en el transcurso de los años 2008 y 2009 su hijo presentó trastornos en su salud relacionados básicamente con dificultad para respirar, motivo por el cual, fue sometido a dos cirugías que le dejaron una desviación en el tabique, una disminución auditiva del 90% en el oído izquierdo y mengua en su capacidad

visual. Como secuela de esta enfermedad le está impedido realizar marchas y/o caminatas largas.

Paralelamente a estas afecciones de índole física el soldado profesional es tratado por psiquiatría. Para el 9 de mayo de 2009, Sanidad Militar lo remite al Hospital Mental "Rudesindo Soto" en el que profesional que lo atendió recomendó: "Paciente incapacidad para cumplir con actividad de presión, no armamento - no área - no lado - cuadro psiquiátrico"

Que desde esa fecha su hijo se encontraba incapacitado y con reubicación laboral en la Trigésima Brigada del Ejército Nacional donde le asignaron funciones administrativas.

El 1° de septiembre de 2009 le fue diagnosticado en examen médico: "sospecha lesión ligamento cruzado rodilla izquierda" y el 10 de noviembre de ese año el especialista que lo atendió dictamina "inestabilidad rodilla izquierda".

Refiere que como producto de tales dolencias físicas y mentales su hijo fue objeto de discriminación por parte de sus superiores, el Mayor Moscoso Patiblanco Eddy, Comandante del Batallón de Contraguerrilla N° 46 "Héroes de Saraguro" y el Sargento Primero Carlos Mario Ruiz Gutiérrez, Jefe de Personal de dicho Batallón.

Explica que al Soldado Profesional le comunicaron que salía de vacaciones el 26 de diciembre de 2009, al igual que el resto de los miembros de su pelotón, pero al regresar el 12 de enero de 2010 el Jefe de Personal del Batallón al que se encuentra adscrito, le informó "que ya no pertenecía al Ejército Nacional".

Que por tal decisión su hijo permaneció acantonado (sic) en las instalaciones de la Trigésima Brigada donde le fue negado el alojamiento, la alimentación y el servicio médico, idéntica situación ocurrió en la Segunda División del Ejército Nacional donde le reiteraron que no tenía derecho al servicio de sanidad por encontrarse desvinculado de la Institución.

Asegura que este episodio tiene consternado a su hijo, enfermo física y psicológicamente y, que desde el 12 de enero de 2010, fecha en que se terminaron sus vacaciones no se le han cancelado sus sueldos, pese a

encontrarse incapacitado y sin la posibilidad de acceder a cubrir los gastos para costear el tratamiento para su recuperación.

Por lo expuesto, solicita se le amparen a su hijo Luis José Ochoa Ochoa (SP) los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al goce de una vida digna, vulnerados presuntamente por el Ejército Nacional de Colombia.

### **3. Trámite de la solicitud**

La tutela se presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander, Corporación que, mediante auto del 2 de marzo de 2010, avocó conocimiento de la acción de tutela y ordenó notificar a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Junta Médico Laboral Militar, a los Comandantes de la Segunda División del Ejército y del Batallón Contraguerrilla N° 46 para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por la accionante en representación de su hijo Luis José Ochoa Ochoa.

### **4. Argumentos de defensa en primera instancia**

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de Colombia dio respuesta a la solicitud de tutela precisando que: “teniendo en cuenta la calidad que ostenta el señor Soldado Profesional Luis José Ochoa Ochoa es claro el derecho que le asiste para continuar con la atención médico asistencial que viene recibiendo para controlar las patologías hasta la fecha adquiridas en servicio”.

Que el proceso de exámenes psicofísicos de retiro comienzan con la presentación del interesado en la Sección de Medicina Laboral con el fin de radicar la ficha médica o pliego de antecedentes de retiro; por tal motivo, la Dirección no tiene la obligación de llamar o conminar a los interesados del Ejército Nacional a realizar tales exámenes, en tanto es un derecho que se encuentra plasmado en el Decreto 1793 de 2000.

Solicita en consideración a las razones expuestas en su escrito de contestación y en orden a la inexistencia de violación que se rechace por improcedente la acción de tutela.

El Comandante del Batallón de Contraguerrillas N° 46 "Héroes de Saraguro" informó lo siguiente:

"[...] al señor Soldado Profesional Luis José Ochoa Ochoa, actualmente **se le está solicitando el retiro de las fuerzas militares por haber cometido la INASISTENCIA AL SERVICIO POR MAS DE DIEZ (10) (sic) SIN CAUSA JUSTIFICADA**, toda vez que este soldado se ausento (sic) de la base militar de Tibú el pasado 26 de diciembre de 2009, lo anterior siguiendo lo normado en el Decreto 1793 de 2000 (Régimen de Carrera y estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares) [...] Este hecho dio origen a los informes presentados por los señores C3 GARZÓN ACOSTA HERNAN Y SP RUÍZ GUTIERREZ CARLOS, (anexos) quienes me indican la novedad con este soldado, con fundamento en esto se dio trámite al retiro del soldado de las filas del Ejército Nacional, de igual manera en el Acta N° 0043 registrada al folio 4-5 (anexo) se demuestra la inasistencia del PF OCHOA por diez días consecutivos, así mismo en el acta N° 0044 registrada al Folio 4 - 5 se indica que al PF OCHOA no se le pudo realizar el examen médico de evacuación toda vez que se encuentra ausente.

De igual manera revisado el libro de turno de salida a vacaciones o permisos del Batallón de Contraguerrillas N° 46 en los folios 49 a 53 aparecen relacionado (sic) y firmando el personal que salió a vacaciones desde el 25 de diciembre de 2009 hasta el 19 de enero del Hogaño, este personal era el perteneciente a la Compañía A de la cual del PF OCHOA hacía parte, pero como se observa en estos folios no aparece el nombre ni la firma de OCHOA, toda vez que este soldado se encontraba en la Base Militar de Tibú y no con su compañía patrullando y fue desde este sitio del que salió sin autorización alguna, también en la acción de tutela se relaciona que el término de las vacaciones fue el 12 de enero de 2010 y en los folios anexos se observa que la llegada de este personal fue el 19 de enero de 2010.

Con respecto a que el soldado en mención se le negó los servicios médicos en las instalaciones de la Trigésima Brigada me permito manifestar que con oficio N° 267 (anexo) el señor Mayor Director del Establecimiento de Sanidad Militar 2015 ubicado en las instalaciones de la Trigésima Brigada, informo que **el soldado no ha asistido a ningún tipo de control, ni ha solicitado ningún servicio médico en lo que va transcurrido del año** (Enero, Febrero y Marzo de 2010).

Así mismo con lo que respecta a la Junta Médico Laboral que están solicitando se indica que después de notificado el acto administrativo con el cual el soldado es retirado de las Fuerzas Militares y que a la fecha se encuentra en trámite, tiene este sesenta (60) días para presentarse y solicitar que se realice su junta médica en vista de los problemas de salud que hoy lo aquejan, en donde se determinará si éstos fueron en el servicio por causa y razón del mismo o no y de igual manera las indemnizaciones que tuviere derecho si así es considerado.

Finalmente con lo que tiene que ver con los salarios de los meses de Enero y Febrero (sic) de 2010 informó que éstos han sido deducidos según consta en las actas de revisión a la nómina de los soldados profesional del BCG 46 correspondiente a los meses de Enero y Febrero (sic) (anexos) toda vez

que el Soldado OCHOA no ha laborado en la Institución castrense desde el día 26 de diciembre de 2009.”

El Comandante de la Segunda División del Ejército refiere en su contestación que el Segundo Comandante y Jefe del Estado Mayor de la Trigésima Brigada solicitó al comando continuar con el trámite de retiro del servicio activo (artículo 12 del Decreto 1793) por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada del soldado Luis José Ochoa Ochoa. (fls. 48-49)

## **5. La sentencia impugnada**

La sentencia de primera instancia, como ya se dijo, amparó en sus derechos fundamentales al señor Luís José Ochoa Ochoa. Se basó en los siguientes argumentos:

- ♦ Que la salud es presupuesto para el cabal disfrute del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, motivo por el cual la protección a la salud representa siempre protección a la vida.
- ♦ Que en este orden de ideas, este derecho puede ser protegido de manera inmediata a través del ejercicio de la acción de tutela, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.
- ♦ Que de la información suministrada por la entidad a la solicitud de tutela se aprecia que al señor Ochoa Ochoa se le adelanta el trámite de retiro de la institución en razón a que se ausentó de su lugar de trabajo por más de diez (10) días sin justificación alguna y de otra parte, que los dineros de los salarios de los meses de enero y febrero de 2010 fueron puestos a disposición del competente en la medida en que el actor no laboró dichos meses en el Ejército.
- ♦ Que está probado dentro del plenario el estado de salud del actor, que se corrobora con la historia clínica del Hospital Militar.

- ♦ Considera que pese a que la entidad se encuentra adelantando el trámite de retiro de la entidad, ello no es obstáculo para que Sanidad Militar le preste los servicios de salud que requiere, en razón a que aún no se encuentra definida su situación laboral y porque al momento de su ingreso al Ejército se encontraba en óptimas condiciones de salud.
- ♦ Que está probado que la atención médica le ha sido negada pese a no habersele notificado acto administrativo que lo retire del servicio, circunstancia que el a quo califica de atentatoria contra los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y moral, a la salud y a la debilidad manifiesta.
- ♦ Por tal motivo, ordena que en el término de 48 horas restablezca la prestación de los servicios médicos al señor LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA, para ello se le debe realizar la respectiva valoración de las enfermedades que actualmente padece y darle continuidad al tratamiento que se le seguía por los médicos tratantes de manera integral. Igualmente dispone que al soldado se le valore por la Junta Médico Laboral con el fin de establecer el estado de su capacidad laboral y de su salud para el momento de su retiro
- ♦ En cuanto a las demás pretensiones negó su amparo.

## **6. El recurso de impugnación**

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional impugnó el fallo de tutela del 12 de marzo de 2010.

Como razones de inconformidad solicita que se vincule al Comandante del Batallón de Contraguerrilla N° 46, al Director de Personal del Ejército y al Director de Prestaciones Sociales, en razón a la competencia que les asiste para dirimir las pretensiones 3 y 4, comoquiera que su competencia sólo radica en el tema médico laboral y de salud.

Reitera las razones de defensa que expresó en la contestación de la demanda y señala que en este caso por parte de la entidad no existe vulneración alguna que afecte al señor Luis José Ochoa Ochoa, por tal motivo lo procedente es que se niegue la tutela.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Constitución Política en su artículo 86 consagró una acción judicial especial para facilitar la garantía inmediata de los derechos fundamentales, dotada de un procedimiento breve y sumario que tiene como rasgos esenciales, la subsidiariedad y la residualidad, porque sólo procede si no existe otro mecanismo judicial ordinario de defensa de los derechos que se consideran amenazados o conculcados.

No obstante, esta causal de improcedencia se excepciona, a las voces del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando el reclamo de protección se propone como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, que será valorado por el juez constitucional según las circunstancias en las que se encuentra el actor, a fin de establecer que el medio judicial ordinario no resulta idóneo para evitarlo o remediarlo.

### 1. Cuestión Previa

#### a. De la legitimación de la accionante.

Antes de abordar el examen de fondo de la sentencia impugnada, debe la Sala referirse a un tema esencial, relativo a la legitimación en la causa para actuar de la señora Odilia Ochoa de Ochoa en su condición de agente oficioso de su hijo Luis José Ochoa Ochoa.

Este amparo constitucional tal como está reglado se caracteriza por la subsidiariedad, la inmediatez, la brevedad y la informalidad, esta última, presupone que la persona que se sienta lesionada en sus derechos pueda acudir directamente a interponer la solicitud o que ésta se presente por un persona diferente invocando la condición de agente oficioso, cuanto el titular de los derechos se encuentre en imposibilidad de promover su propia defensa. Así lo prevé el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, que dice:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

**TAMBIÉN SE PUEDEN AGENCIAR DERECHOS AJENOS CUANDO EL TITULAR DE LOS MISMOS NO ESTÉ EN CONDICIONES DE**

**PROMOVER SU PROPIA DEFENSA. CUANDO TAL CIRCUNSTANCIA OCURRA, DEBERÁ MANIFESTARSE EN LA SOLICITUD.**

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Resaltas y subrayas fuera del texto)

La importancia de la figura de la agencia cobra relevancia en esta acción en tanto permite que las personas que por alguna razón no pueden ejercer por sí mismas la defensa de sus derechos, bien sea porque tienen algún impedimento jurídico, físico o mental, gocen de la defensa efectiva de sus garantías fundamentales.

Así las cosas, en el presente asunto de acuerdo con lo manifestado por la accionante y lo probado en el expediente, el joven Luis José Ochoa Ochoa, titular de los derechos fundamentales sobre los que se exige el amparo tutelar, no se encuentra en un estado de salud mental que le permite ejercer por sí mismo su defensa, razón por la cual, la señora Odilia Ochoa -en su condición de madre - se encuentra legitimada para acudir en calidad de agente oficioso y solicitar el amparo tutelar de los derechos fundamentales de su hijo.

Lo anterior por cuanto los dictámenes médicos dan cuenta que el soldado profesional fue atendido en el Hospital Mental “Rudesindo Soto” en el que se diagnosticó para el 09-05-09: “paciente incapacidad para cumplir activid. (sic) de presión. No armamento - No área. No camuflado. Cuadro psiquiátrico”. Esta condición, da claridad sobre la imposibilidad de ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, luego es procedente que actúen en su representación.

**b. De la vinculación de otras entidades a la acción de tutela**

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional solicita en la impugnación se vincule formalmente al Batallón de Contraguerrillas N° 46, al Director de Personal y al Director de Prestaciones Sociales por considerar que a éstos les asiste legitimación para acudir en calidad de demandados a fin de que se pronuncien sobre las pretensiones que plantea la accionante.

Sobre el particular, vale aclarar que no procede tal solicitud comoquiera que el juez de primera instancia ordenó la notificación a los Comandantes del Batallón de Contraguerrilla N° 46 - Héroe de Saraguro y de la Segunda División del Ejército Nacional (fls. 32 y 34), quienes en oportunidad, contestaron la solicitud de tutela

sin alegar ninguna clase de incompetencia o de carencia de legitimación por pasiva.

Además, en este caso tales autoridades militares a quienes se notificó la admisión de la presente acción de tutela se asumen como las que representan al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - para los efectos de las imputaciones que en su contra efectúa la actora, autoridades que para dar respuesta a la solicitud de tutela contaron con la posibilidad de obtener los correspondientes informes de las diferentes dependencias militares competentes en el asunto, tal como se advierte a los folios 46 a 49 del expediente.

## 2. Cuestión de fondo

Con las anteriores precisiones procede la Sala a analizar de fondo la decisión objeto de impugnación por parte de la Dirección de Sanidad Militar, consiste en que se revoque el amparo concedido al soldado profesional Luis José Ochoa Ochoa, que dispuso ordenar restablecerle la prestación de los servicios médicos y la valoración de las enfermedades que padece, con el propósito de darle continuidad al tratamiento indicado por los médicos tratantes, así como la evaluación por parte de la Junta Médica Laboral a fin de establecer el estado de su capacidad laboral y de salud al momento de su retiro.

En el presente asunto está probado de acuerdo con las respuestas que dieron las dependencias del Ejército Nacional que el soldado profesional Luis José Ochoa Ochoa actualmente tiene en trámite la oficialización por acto administrativo de retiro del servicio activo por inasistir por más de 10 días sin causa justificada a laborar.

Obran al respecto cruce de oficios en la Trigésima Brigada del Ejército Nacional con tal requerimiento, como se aprecia de los documentos que obran a los folios 50 - 60 del expediente. No obstante, el Comandante de la Segunda División refiere que no hay decisión al respecto<sup>1</sup>, de la que asegura, una vez se produzca, será notificada personalmente o por el edicto al interesado. Esta manifestación la corrobora el Comandante del Batallón de Contraguerrillas N° 46 al señalar que: “[...] el acto administrativo con el cual el soldado es retirado de las Fuerzas Militares y **que a la fecha se encuentra en trámite** [...]”

---

<sup>1</sup> - Para la fecha de la respuesta a la tutela -

Por tal razón está claro, de una parte, que efectivamente el soldado profesional en este momento no se encuentra en ejercicio de sus funciones por no permitírsele continuar desempeñándolas y que se halla en trámite la formalización del “retiro del servicio activo”, que al parecer obedece a que se ausentó por más de (10) diez días de la institución sin justificación alguna.

Ahora bien, también está demostrado en el proceso que el soldado profesional fue atendido su el Hospital Mental “Rudesindo Soto” en el que se dictaminó incapacidad para asumir actividad de presión, indicando como tratamiento de tal padecimiento: “no armamento - no área - no camuflado. Cuadro Psiquiátrico”, al igual que existe prueba respecto de la atención médica para procurar otras dolencias físicas relacionadas con la lesión de ligamentos de una de sus rodillas.

Esta condición de afectación en la salud mental y física del soldado profesional tal como lo consideró el a quo requiere de especial protección por parte del juez de tutela más aún si se tiene en cuenta que es la propia señora madre del ex - uniformado quien acude en procura de atención médica para su hijo, porque en la actualidad no cuenta con dicho servicio, que sí se procuraba cuando pertenecía a la Institución Militar.

En el presente asunto y pese a que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional alega que no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental en tanto asegura que el soldado profesional cuenta con el derecho de continuar con la atención médico asistencial para el control de sus patologías, lo cierto es que ante la falta de claridad frente a la situación laboral, en tanto no se le ha notificado decisión al respecto ello induce a que su sra. Madre estime que no tiene acceso a la atención médica por sanidad del Ejército.

Además, para la realización del examen de retiro debe existir la definición sobre su vínculo con la Institución, definición que se desconoce por encontrarse actual, como lo informaron las dependencias del Ejército Nacional en las contestaciones a la tutela, **en proceso o en trámite de retiro**. El Decreto 1793 de 2000, señala lo siguiente:

**ARTÍCULO 7. RETIRO.** Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

**ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN.** El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

**a. Retiro temporal con pase a la reserva**

1. Por solicitud propia.
2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

**b. Retiro absoluto**

**1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.**

2. [...]"

[...]

**ARTÍCULO 12. RETIRO POR INASISTENCIA AL SERVICIO.** El soldado profesional que incurra en inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada, será retirado del servicio, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente.

**ARTÍCULO 20. EXAMENES DE RETIRO.** El soldado profesional tiene la obligación de presentarse a la Sanidad respectiva para la práctica de los correspondientes exámenes físicos, **DENTRO DE LOS SESENTA (60) DÍAS CALENDARIO SIGUIENTES A LA FECHA DE SU RETIRO**; si no lo hiciere, el Ministerio de Defensa Nacional quedará exonerado del pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar"

Bajo esta consideración la atención en salud del soldado profesional impone que sea asumida por parte del Ejército Nacional tal y como lo ordenó el a quo en tanto que de manera prioritaria debe recibir la atención médica que requiere ante sus dolencias. En este sentido la orden de amparar al soldado Luis José Ochoa Ochoa se confirmará.

El derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, cuando su falta o la deficiente prestación pone en peligro la vida o la integridad de la persona (art. 11 y 12 de la Carta). Su amparo no se limita sólo a aquellos casos en los cuales las personas están en peligro de muerte y la acción de tutela también procede cuando las afectaciones a la salud de las personas pongan en riesgo su subsistencia en condiciones dignas y les impidan obtener su reestablecimiento orgánico y funcional.

En el caso específico de aquellas personas que han prestado servicios al Estado a través de sus fuerzas armadas, la Corte Constitucional ha precisado que tienen

derecho a la asistencia en salud por parte de la Institución en la cual prestaron su servicio militar. Así lo señaló la Corte en la sentencia T - 376 de 1997:

“[...] goza de razonabilidad y proporcionalidad suficientes para los fines que se persiguen, que el Estado se responsabilice de sus jóvenes reclutados proporcionándoles atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas de salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar, entre otros, desde el día de su incorporación, durante el servicio y hasta la fecha del licenciamiento (Ley 48 de 1993, arts. 13 y 39).

En virtud de la naturaleza humana de quienes prestan el servicio militar y por la dinámica misma de tal actividad, **eventualmente, pueden resultar comprometidos algunos de sus derechos como sucede, por ejemplo, con la salud, teniendo en cuenta que las labores que allí se realizan demandan grandes esfuerzos para obtener y mantener un buen rendimiento físico y en virtud del hecho de que dichas actividades entrañan algunos riesgos tanto físicos como síquicos en su desarrollo.**”

Si bien el precedente jurisprudencial en cita tiene que ver con soldados que se encuentran en servicio activo porque resultan afectados en su salud, quienes están facultados para obtener la atención médica integral obligatoria hasta la fecha de su licenciamiento, mientras que en el caso en estudio el señor Luis José Ochoa Ochoa ya no está en servicio activo en el Ejército, en este caso particular también procede que se le otorgue tal garantía en tanto su situación de desvinculación no se encuentra aún establecida por acto administrativo que disponga el retiro del servicio. Además, porque es posible que en ejercicio de sus funciones como soldado profesional haya adquirido patologías que no padecía cuando ingresó, situaciones presuntamente sobrevinientes que por ello deben ser valoradas por la Junta Médica a fin de determinar ésto, así como el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y mental que padece. Entre tanto se produzca esta valoración también le deben ser prestados, como ya se dijo, todos los servicios médico - asistenciales, integralmente entendidos, que su situación actual de salud amerite.

Finalmente, pese a que el asunto puntual no es materia de controversia en la impugnación la Sala considera necesario, de oficio, adicionar la sentencia del a quo en el sentido de exhortar al Ejército Nacional para que en garantía del derecho al debido proceso del ex-soldado se expida y se le notifique

prontamente el acto administrativo por medio del cual se defina su situación laboral a fin de que éste conozca a ciencia cierta y oficialmente cual es su estado jurídico frente a la institución militar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **F A L L A**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia del doce (12) de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Santander, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- EXHORTAR** al Ejército Nacional para que produzca y notifique a la mayor brevedad al soldado LUIS JOSÉ OCHOA OCHOA el acto administrativo por medio del cual se decida sobre su situación laboral con la Institución, referente a la determinación de si procede el retiro del servicio.

**TERCERO.-** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO.-** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de ejecutoria de esta providencia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAURICIO TORRES CUERVO**  
Presidente

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ**  
PINZÓN

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**

