

RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-

Bogotá D.C, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACION	11001333704220190025500
DEMANDANTE:	HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA
DEMANDADO:	DIRECCIÓN SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL
ACCIÓN	TUTELA
DERECHO:	SALUD – PETICIÓN.

1 ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

2 DEMANDA Y PRETENSIONES

El accionante considera que sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al debido proceso, a la dignidad humana y a la igualdad fueron vulnerados, toda vez que la entidad accionada no ha convocado la Junta Médico Laboral que es la encargada de determinar el porcentaje de incapacidad, para de esta manera obtener la indemnización.

Solicita en consecuencia que se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL ÁREA DE MEDICINA LABORAL DEL EJÉRCITO NACIONAL realizar la Junta Médico Laboral en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta los conceptos de las especialidades de otorrino, oftalmología, ortopedia, psicología, urología, reumatología y dermatología. Los cuales, asevera, fueron ordenados al momento de la realización de la ficha médica. Se proteja su derecho fundamental de petición y en consecuencia se ordene a la accionada a contestar el derecho de petición radicado el 08 de agosto de 2019.

3 TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida con auto de 16 de septiembre de 2019, y notificada a DIRECCION SANIDAD EJERCITO NACIONAL al día siguiente.

4 CONTESTACIONES

El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL solicita que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado. Expresa que en la ficha médica del accionante se le ordenaron exámenes de diferentes especialidades y que frente a la calificación por psicología y psiquiatría el médico tratante determinó que no eran necesarias; frente al derecho de petición presentado por el accionante el día 08 de agosto de 2019, asevera que dio respuesta de fondo por medio del Rad. No.20193381660931 de 28 de agosto de 2019.

5 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al debido proceso, dignidad humana, igualdad y de petición del ciudadano HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA

Tesis del Accionante: La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional vulnera sus derechos fundamentales al no pronunciarse sobre su situación médica y no convocar la Junta Médica Laboral.

Tesis de la Accionada: Existe hecho superado, pues a la fecha la entidad ha dado respuesta de fondo a las peticiones del accionante.

Tesis del Despacho: Aunque la entidad con su contestación aportó respuesta frente a la petición, se amparará el derecho fundamental comoquiera que omitió pronunciarse frente a circunstancias específicas que ameritaban un pronunciamiento concreto.

6 ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1 El mecanismo de protección de los derechos fundamentales

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"ARTICULO 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”

6.2 Los presupuestos de la acción de tutela

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad

constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

6.3 Del derecho Fundamental de Petición

El derecho de petición previsto en el artículo 23 de la Constitución Política, es fundamental por expresa consagración del constituyente, al encontrarse dentro del inventario del capítulo primero relativo a esta clase de bienes jurídicos y por tanto, de aplicación inmediata, como reiteradamente lo ha expresado la Corte Constitucional¹.

Prevé el artículo 23 de la Carta Política:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. ”

El derecho fundamental de petición actualmente se encuentra regulado por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, norma que sustituyó el contenido del Título II, capítulos I a III, artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, señalando que el objeto y las modalidades del derecho de petición son las siguientes:

"Artículo 13. Objeto y Modalidades del Derecho de Petición ante Autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación."

¹ Sentencia T-279 de 1994, Magistrado Ponente: Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: "...El Constituyente elevó el derecho de petición al rango de derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata, susceptible de ser protegido mediante el procedimiento, breve y sumario, de la acción de tutela, cuandoquiera que resulte vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública. Y no podría ser de otra forma, si tenemos en cuenta que el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestro Estado Social de derecho, puede depender, en la práctica, del ejercicio efectivo del derecho de petición, principal medio de relacionarse los particulares con el Estado..." en ese mismo sentido pueden consultarse entre otras las sentencias T-1478 de 2000 y T-730/01.

De igual forma, frente a los términos para resolver los derechos de petición, el artículo 14 ibídem, establece como regla general el término de quince (15) días siguientes a su recepción, salvo los casos taxativos contenidos en los numerales 1 y 2 de la misma norma, donde se dispone que en caso de derechos de petición de documentos y de información el término de resolución es de 10 días, en tanto que para los derechos de petición de consulta la ley señala un término de 30 días.

Como garantía constitucional y legal, el ejercicio del derecho de petición por parte de los ciudadanos supone el movimiento del aparato estatal – o del particular- con el fin de resolver la petición elevada e impone a las autoridades una obligación de hacer que se traduce en el deber de dar pronta respuesta al peticionario, y en algunos casos, con el fin de dar respuesta de fondo a lo solicitado, implica una actuación de la autoridad requerida.

La Corte Constitucional se ha referido de manera reiterada a las reglas que enmarcan el ejercicio del derecho fundamental de petición. En la Sentencia C-007/2017, la Corte, al hacer referencia a los aspectos del derecho fundamental que deben ser regulados mediante ley estatutaria, se refirió a su núcleo esencial, retomando lo dicho en las Sentencias C-818 de 2011 y C-951 de 2014.

De conformidad con la citada sentencia, son elementos del núcleo esencial del derecho de petición los siguientes:

(i) La pronta resolución, entendida como el deber de la autoridad de responder en el menor tiempo posible, con todo, siempre dentro del término legal, que por lo general², es de 15 días hábiles, sin que ello quiera decir, por supuesto, que la petición no pueda ser resuelta antes³. Sin embargo, es claro que en tanto dicho plazo no expire, no puede considerarse que el derecho fundamental ha sido afectado y por ende tampoco podrá reclamarse aún al juez de tutela su amparo⁴.

² Como señaló la Corte, existen algunas excepciones, establecidas en razón a la materia a la cual se refiere la petición, por ejemplo, en lo que se refiere a la materia pensional: "En materia de pensiones, esta Corporación fijó plazos distintos a la regla general de respuesta de las peticiones. Ello sucedió, porque CAJANAL tenía que responder asuntos de gran complejidad y se encontraba en una crisis institucional que le imposibilitaba dar respuesta rápida a las solicitudes pensionales. En la Sentencia SU-975 de 2003, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia, señalando los términos que tiene la administración para dar respuesta a los derechos de petición sobre pensiones, así: "(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo. (ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal; (iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001. Cualquier desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, en cualquiera de las hipótesis señaladas, acarrea la vulneración del derecho fundamental de petición. Además, el incumplimiento de los plazos de 4 y 6 meses, respectivamente, amenazan la vulneración del derecho a la seguridad social". C-951 de 2014.

³ Sentencia T-814 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-101 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Sentencias T-481 de 1992, T-997 de 1999, T- 377 de 2000, T-1160A de 2001, T-220 de 1994, T-628 de 2002, T-669 de 2003, T- 467 de 1995, T-414 de 1995 y T-948 de 2003.

(ii) La respuesta de fondo, que se refiere al deber de dar respuesta *material* a la petición. Elementos de una respuesta de este tipo, en palabras de la Corte Constitucional, son los siguientes⁵:

(...) para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia** en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, *"de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente"*⁶.

Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado, en tanto, **existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido**. En efecto, la **sentencia C-510 de 2004**⁷ indicó que *"el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración"*. Así, **el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma**, en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal.

(iii) La notificación de la decisión, pues no basta que aquel ante quien se hizo uso del derecho responda, si guarda para sí la decisión. El solicitante debe conocer lo decidido, lo contrario afecta el contenido del derecho e implica su quebrantamiento⁸, además porque la notificación permite ejercer los recursos respectivos contra la decisión. Adujo la Corte: *"Frente a este elemento del núcleo esencial de la petición, esta Corte ha explicado que es la administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues el conocimiento de ésta hace parte del intangible de ese derecho que no puede ser afectado"*⁹.

También se refirió la Corte Constitucional a los elementos estructurales del derecho de petición, que gravitan en torno al contenido del artículo 23 de la Constitución. Aquí retoma lo dicho en la Sentencia C-818 de 2011, para señalar que dichos elementos son los siguientes:

⁵ Sentencias T-610 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-814 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶ Sentencia T-610 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Sentencia C-510 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Ver las sentencias T-259 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-814 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentanía, entre otras.

⁹ Sentencia T-149 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

(i) El derecho de toda persona, natural o jurídica, de presentar peticiones a las autoridades por motivos de interés general o particular¹⁰.

(ii) En cuanto a la forma, el ordenamiento otorga igual protección a las peticiones verbales o escritas¹¹. En efecto, el artículo 15¹² del CPACA (sustituido en esta materia por la Ley 1755 de 2015) consagra que las peticiones se pueden presentar *verbalmente*, también *por escrito*, y a través de *cualquier medio idóneo* para la comunicación o transferencia de datos. La ley faculta a las autoridades para que en casos excepcionales puedan exigir que algunos tipos de peticiones se hagan solamente por escrito, pero en este evento deben tener a disposición de los ciudadanos, sin costo, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitarles la presentación de peticiones. Sólo pueden exigir erogaciones económicas a los solicitantes si una ley expresamente lo autoriza.

(iii) Las peticiones deben ser formuladas de manera respetuosa, pues este es un requisito que se desprende del texto constitucional. Dijo al respecto la Corte:

“... según se deduce de tal exigencia, el ejercicio del derecho de petición sólo genera obligaciones y merece protección constitucional si se formuló en esos términos. La **sentencia C-951 de 2014**¹³, indicó explícitamente que: “las peticiones deben ser formuladas de manera respetuosa. Así lo exige el precepto constitucional, de modo que su ejercicio solo es válido y merece protección constitucional si el derecho de petición se formuló en esos términos (...)”.

No obstante, el rechazo de peticiones por considerarlas irrespetuosas debe ser excepcional y de carácter restringido, pues se quebrantaría el derecho fundamental si

¹⁰ Sentencia T-415 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez. “Cuando el artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, no está excluyendo a las personas jurídicas, pues el precepto no introduce distinción alguna, sino por el contrario, las supone cobijadas por el enunciado derecho cuando de modo genérico contempla la posibilidad de solicitar el amparo por conducto de otro, sin que nada obste dentro del sistema jurídico colombiano para que una de las especies de ese género esté conformada precisamente por las personas jurídicas.”

¹¹ Sentencias T-098 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-510 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹² **Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones.** Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este código.

Cuando una petición no se acompañe de los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten.

Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes. Si quien presenta una petición verbal pide constancia de haberla presentado, el funcionario la expedirá en forma sucinta.

Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito, y pondrán a disposición de los interesados, sin costo, a menos que una ley expresamente señale lo contrario, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitar su diligenciamiento. En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios.

A la petición escrita se podrá acompañar una copia que, recibida por el funcionario respectivo con anotación de la fecha y hora de su presentación, y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Esta autenticación no causará costo alguno al peticionario.

Parágrafo 1º. En caso de que la petición sea enviada a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos, esta tendrá como datos de fecha y hora de radicación, así como el número y clase de documentos recibidos, los registrados en el medio por el cual se han recibido los documentos.

Parágrafo 2º. Ninguna autoridad podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas.

Parágrafo 3º. Cuando la petición se presente verbalmente ella deberá efectuarse en la oficina o dependencia que cada entidad defina para ese efecto. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en un plazo no mayor a noventa (90) días, a partir de la promulgación de la presente ley.

¹³ Que reitera la Sentencia C-818 de 2011 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de manera ligera se califica la petición como tal, usando este argumento para sustraerse a la obligación de contestarla.

(iv). La informalidad en la petición. De allí se desprenden varias características del derecho: **1) No requiere que se invoque expresamente el artículo 23 de la Constitución o el derecho**, pues ha señalado la Corte que su ejercicio "*no exige formalidades más allá de las que establecen la Constitución Política y la Ley (...) Así las cosas, si la autoridad exige que en el escrito de solicitud se especifique que se eleva petición de conformidad con este derecho, se le está imponiendo al ciudadano peticionario una carga adicional, que no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico, y que haría su situación más gravosa frente a una autoridad que ya se encuentra en un grado de superioridad frente a un ciudadano común*"¹⁴. Por ello el artículo 15 del CPACA desarrolla la norma constitucional al indicar que no es necesaria la expresa citación del artículo 23 o una fórmula que lo mencione para solicitar por este medio: a) el reconocimiento de un derecho, b) la intervención de una entidad o funcionario, c) la resolución de una situación jurídica, d) la prestación de un servicio, e) información, f) consulta, examen y copias de documentos, g) consultas, quejas, denuncias y reclamos, e h) interposición de recursos, entre otras actuaciones. **2) Por regla general el ejercicio del derecho de petición es gratuito, no requiere la representación de un abogado.** Tampoco los menores de edad requieren estar representados por un adulto.

(v) Prontitud en la resolución de la petición. El plazo para la resolución de las peticiones no puede quedar al arbitrio de quien debe contestarlas, pues una respuesta tardía niega el elemento de "pronta resolución" del derecho del que habla la disposición constitucional, por ello el legislador señaló en el artículo 14 del CPACA los términos para resolver las diferentes modalidades de peticiones.

(vi) El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Pues así lo consagra el inciso segundo del artículo 23 de la constitución. La Corte, en su jurisprudencia, ha identificado algunos eventos en los cuales el derecho debe ser garantizado frente a un particular: a) cuando presta un servicio público o ejerce funciones de autoridad "*evento en el cual se equipara al particular con la administración pública*", b) cuando mediante el derecho de petición se busca la protección de un derecho fundamental, y c) conforme a la reglamentación que expida el Legislador.

7 EL CASO EN CONCRETO

El accionante HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA identificado con C.C. No. 80.439.072 instauró acción de tutela en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL por considerar que la entidad violó sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al debido proceso, dignidad humana, igualdad y de petición.

Sea lo primero manifestar que aunque la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la presentación de reclamaciones cuando ha transcurrido un plazo considerable desde el retiro "rompe el principio de inmediatez que rige la acción de tutela,

¹⁴ Sentencia T-166 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-047 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

instrumento de reacción judicial eficaz frente a la violación o amenaza grave, actual y vigente de los derechos fundamentales¹⁵, por lo que no es razonable que sin existir un motivo válido y encontrándose enfermo de manera permanente, deje transcurrir ese lapso de tiempo sin buscar la protección de su derecho a la salud y seguridad social; tal omisión, en criterio de la corte desvirtúa la gravedad y urgencia que amerita el amparo.

Sin embargo, es deber del Juez de tutela, estudiar la situación fáctica en cada caso y considera necesario abordar pues análisis de fondo, pues el grado de disminución de la capacidad laboral y sus causas no se ha establecido, comoquiera que la Junta Medica no ha convocado. De manera que ante la posibilidad de vulneración a los derechos fundamentales que se ha mantenido en el tiempo, por causas que no pueden ser atribuidas únicamente a la pasividad del interesado, por lo que corresponde estudiar el caso en sede de tutela.

Sin pretender realizar un análisis de legalidad, - *pues es improcedente en acciones de tutela, y la especialidad del tema pues las normas que rigen la prestación del servicio en las Fuerzas Militares son específicas para las diferentes especialidades, grados y momento de vinculación* -, se presentan los siguientes estudios que servirán de contexto al fallo.

7.1 El examen de retiro

El Decreto 1796 de 2000, señala:

El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, **debe practicarse dentro de los dos (2) meses** siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.

Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.

La H. Corte Constitucional en la Sentencia T-737/13, se refirió a la obligación de realizar el examen de retiro en los siguientes términos.

“ Es la omisión de realizar un examen médico detallado y minucioso al momento del retiro del actor- Decreto 1796 de 2000-, la que configura la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y, por consiguiente, la que impidió que se le restableciera totalmente su salud, imperativo que, reiteramos, es responsabilidad de las Fuerzas Militares al momento del retiro de quienes se

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-332 de junio 1º de 2015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

encuentran prestando el servicio militar cuando al ingresar a la vida castrense se encontraban en perfectas condiciones pero resulta que a su retiro, éstos sufren grave detrimento debido a las enfermedades originadas durante la prestación del servicio obligatorio, las cuales, como en el presente caso, aún persisten e incluso podrían agravarse por lo que, de no ser atendido de manera oportuna, su salud y demás derechos fundamentales correrían mayores riesgos.”

Según lo anterior, la responsabilidad de realizar el **examen de retiro** recae en las Fuerzas Militares; debe realizarse dentro de un término razonable (dos meses) con posterioridad al retiro y constituye una herramienta que permite establecer el estado de salud del militar o policial al momento de finalizar su servicio.

En el presente asunto aunque el accionante presenta argumentaciones en relación a la omisión de realizar el examen de retiro, con las respuestas allegadas al expediente de tutela se logra establecer que al señor CASTILLO VIGOYA le fue realizado el examen de retiro. (Se allegó la *"ficha médica unificada de retiro"* ver folios 25 a 29).

7.2 Frente a la pretensión que se le presten los servicios médicos con posterioridad al retiro.

El Decreto 1795 de 2000, regula el Sistema de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en su artículo 6º señala que dicho sistema se rige por los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad, autonomía, descentralización, desconcentración, integración funcional, independencia de recursos, atención equitativa y preferencial, racionalidad y unidad. Conforme a los citados principios, las Fuerzas Militares y de Policía deben vincular al sistema de seguridad social a quienes prestan el servicio a la institución.

Por regla general la prestación de los servicios médicos culmina con el retiro. No obstante, en aplicación de los principios de equidad y solidaridad la Corte Constitucional¹⁶, en algunas ocasiones ha tutelado los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, seguridad social, y al mínimo vital, prorrogando la atención médica con posterioridad al retiro bajo las siguientes condiciones:

(...) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen la obligación de continuar prestando el servicio médico, a la persona que estando en retiro lo necesite, cuando i) el afectado estaba vinculado a la institución en el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, **cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio** y ii) siempre que **el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección**, la cual reaparece después. Dicho servicio debe incluir asistencia hospitalaria y farmacéutica completa pues de negarse a ello se vulneraría el derecho de los afectados al restablecimiento de su salud y a la dignidad humana” (Sub rayado fuera del texto original)

¹⁶ Sentencia T-601 de 2005 Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

En pronunciamiento más reciente la misma Corporación frente a la vulneración del derecho a la salud y la seguridad social de los soldados retirados y la negativa por parte de la Dirección de Sanidad en practicar los exámenes ha manifestado¹⁷:

“El Ejército Nacional tiene la obligación de practicar una nueva valoración médica a los soldados retirados que no acrediten el porcentaje requerido para acceder al derecho a la pensión de invalidez, siempre que (i) exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) se trate de una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) se refiera a un desarrollo nuevo, que no haya sido previsto en el momento del retiro.”

“(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho a la salud puede ser eventualmente vulnerado, cuando a consecuencia del retiro del servicio de un soldado profesional que padece una enfermedad originada durante el servicio, se suspende el tratamiento médico, siempre que (i) las lesiones hayan ocurrido durante el servicio y (ii) el tratamiento ofrecido no haya sido suficiente para lograr su recuperación.” (Se subraya)

De acuerdo con esta jurisprudencia, el Ejército Nacional debe garantizar la continuidad del servicio de salud, solamente cuando se establezca que “exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) se trate de una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) se refiera a un desarrollo nuevo, que no haya sido previsto en el momento del retiro.” Lo cual solamente puede ser definido con fundamento en conceptos otorgados por profesionales en medicina, de allí, la incidencia que tiene que a la fecha no se haya definido el asunto por la Junta médica.

Ahora bien, dada la obligación que le asiste al juez de decidir, se encuentra en el expediente el “Informe Administrativo por lesión” donde señala que **el Soldado fue herido en operaciones de registro y control (Ver folio 30)**, lo cual constituye un indicio serio respecto a la posibilidad que exista una condición patológica atribuible al servicio que requiera tratamiento con posterioridad al servicio.

Adicionalmente, los extractos de la historia clínica aportadas al expediente de tutela, permiten establecer que con posterioridad al retiró se le han continuado prestado los servicios médicos para efectos de realizar los exámenes que se requieren para la realización de la Junta Médica. El material probatorio no permite establecer con certeza si la atención médica que recibe el accionante se realiza como consecuencia de la herida que recibió en la operación militar, o simplemente tienen como finalidad cumplir con los requisitos para convocar la junta médica.

Por ello, se otorgará el amparo provisional, y se ordenará que se preste el servicio de Salud al accionante hasta tanto la Junta Médica o la autoridad competente defina la causa de las afectaciones a la salud del accionante y si hay lugar a un tratamiento posterior a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-507 de agosto 10 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

7.3 El procedimiento para la realización de la Junta Médica laboral.

Según lo manifestado en la contestación de la tutela el soldado fue **retirado el 15 de enero de 2014** ⁽¹⁸⁾ y se inició el procedimiento para realizar la junta médica, lo cual fue expresado en los siguientes términos:

“Así las cosas, se verificó en el Sistema Integrado de Talento Humano con la Dirección de Personal de Ejército, encontrando que el señor Soldado Profesional ® **HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA, fue retirado de la Fuerza con al orden administrativa de personal No. 2083 de fecha 15 de enero de 2014** Por otro lado, revisado en el Sistema Integrado de Medicina Laboral, se encuentra que aquel radico ficha médica, en donde se ordenaron los conceptos médicos de Endoscopia, Dermatología, Audiometría Tonal, Oftalmología, Medicina Interna y Endoscopia.”

El Decreto 1796 de 2000 regula la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública, definiendo en su artículo 2º la capacidad psicofísica como el “conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones”.

El artículo 15 *Ibídem*, dispone que cuando un miembro de la Fuerza Pública sufre una lesión o es diagnosticado con una afección, la competencia para determinar la capacidad psicofísica de un soldado está a cargo de las juntas médico laborales militares y de policía a quienes corresponde, en primera instancia, realizar la valoración de las secuelas, clasificar el tipo de incapacidad que se presente y calificar la aptitud para el servicio.

Las reclamaciones que surjan de las decisiones adoptadas por la junta médico laboral, serán conocidas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, quien podrá ratificar, modificar o revocar tales determinaciones (artículo 29 del Decreto 94 de 1989). El artículo 22 de la citada norma dispone que las decisiones que este adopte son irrevocables y obligatorias y contra ellas solo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.

7.4 Sobre la vulneración al debido proceso por el retardo realizar la junta médica.

Del estudio de la situación fáctica descrita por el accionante se logra establecer que la falta de continuidad en el trámite de la Junta Médica, está vulnerando los derechos fundamentales del militar retirado.

Aunque se manifiesta que se ordenaron los conceptos médicos de Endoscopia, Dermatología, Audiometría Tonal, Oftalmología, Medicina Interna y Endoscopia, lo cierto es, que a la fecha no se ha culminado el trámite administrativo. No desconoce

¹⁸ Se allegó al expediente la Orden Administrativa de Personal 2683, con la que se demuestra que el retiro del accionante se produjo el 3 de enero de 2014. (Ver folio 31).

el Despacho que la entidad manifestó en su contestación que corresponde al interesado la obligación de agilizar la realización de los conceptos médicos, sin embargo tal circunstancia fáctica, no la exonera de su obligación de culminar los procedimientos administrativos.

De manera que se amparará el derecho al DEBIDO PROCESO vulnerado por parte de la entidad accionada, por el notorio retraso en convocar la junta médica para definir la pérdida de capacidad laboral del accionante, pues a la fecha han transcurrido más de cinco años y seis meses sin realizarla.

El artículo 17 del CPACA, consagra la figura del desistimiento tácito, de manera que la entidad contaba con herramientas procesales para culminar el procedimiento, ante la inactividad del interesado como lo aduce en la contestación de la tutela, lo cierto es que a la fecha la entidad no realizó ningún tipo de requerimiento, o declaratoria de desistimiento tácito. De manera que se declarará la vulneración al derecho al debido proceso, por la excesiva demora de la entidad en concluir el procedimiento administrativo.

Despacho exhortará al accionante para que de manera diligente solicite las correspondientes citas y acuda puntualmente a las dependencias donde la entidad le indique, para lo cual el interesado deberá informar a los funcionarios encargados de la asignación de las citas, y demás tramites la existencia de este fallo de tutela.

Igualmente se solicita la colaboración de las personas que tengan a su cargo la asignación de citas, y demás gestiones que se agilice el procedimiento, en consideración del prolongado tiempo que ha transcurrido.

7.5 En relación con la petición cuyo amparo se pretende.

Como tema final, consta en el plenario que la entidad ha proferido respuesta específica respecto al derecho de petición que motivó la presente acción de tutela objeto, con el el oficio 2019 3381660931 MND COGFM COEJC SECEJ JEMGF COPER DISAN 1-10, mediante el cual se informa:

"... nos permitimos informarle que revisado su expediente médico laboral reposa concepto de MEDICINA INTERNA No 134128 del 21 de marzo de 2018, que en el ítem numero 9 referente con conducta a seguir registra: *"continuar controles y tratamientos por reumatología"* es decir, el especialista no requirió concepto de reumatología, por tal motivo no es procedente por parte de la autoridad médica ordenar concepto de REUMATOLOGIA.

Frente a la solicitud del concepto de OPTOMETRIA se le da a conocer que revisado la ficha médica unificada de retiro, la valoración de optometría consigna: *"visión ojo derecho 20/20 (...) visión ojo izquierdo 20/20"*, razón por la cual la cual no es viable ordenar el concepto de la mencionada especialidad.

Con el estudio de dicha respuesta obrante a folio 39, el Despacho logra establecer que se configura el hecho superado pues contiene la respuesta a la petición radicada el 8 de agosto de 2019, que motivó la presente acción de tutela.

En dicha respuesta la entidad expresa las razones por las cuales considera que no es procedente ordenar los conceptos médicos de REUMATOLOGIA y OPTOMETRIA, valga precisar que el amparo constitucional frente al Derecho de petición, se concreta en que la entidad que se pronuncie de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, esto independientemente de que la respuesta sea favorable o no a lo solicitado.

No sobra señalar que en opinión de este Despacho, las reiteradas solicitudes ante las autoridades administrativas para que se ordenen nuevos exámenes o conceptos médicos dilata el trámite para la asignación de una junta médica. En su lugar, actuar con diligencia permitirá que le sean practicados los exámenes que le fueron ordenados, y en su momento expresar ante dicho organismo sus requerimientos, pues solamente la junta médica cuenta con la autoridad para definir si es necesario o no autorizar exámenes adicionales.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR EL HECHO SUPERADO en relación con el derecho de petición radicado el 8 de agosto de 2019 ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, según lo considerado.

SEGUNDO.- AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO, el cual fue vulnerado por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, al prolongarse de manera injustificada la realización de la junta médica al militar retirado HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA por más de 5 años y 6 meses desde el momento del retiro, según lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia se ordena al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL que se otorgue o se mantenga la prestación del servicio médico al señor HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA identificado con la C.C. 80.439.072 hasta tanto la Junta Médico Laboral o autoridad competente asuma una decisión definitiva. Adicionalmente, la entidad deberá proferir respuesta en el término de 48 horas con respecto a cuales exámenes o procedimientos están pendientes.

De contarse con la totalidad de exámenes y conceptos médicos deberá fijarse fecha para la realización de la junta médica de manera priorizada.

CUARTO: EXHORTAR al accionante HENRY OSCAR CASTILLO VIGOYA para que actué con diligencia en la solicitud de las citas y acuda puntualmente a fin que le sean practicados los exámenes y conceptos médicos que se encuentren pendientes.

QUINTO: NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO AREVALO

JUEZ

Preparó: Y/JCGM