



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

Bogotá D.C, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA**
Radicación: 110013337042 2019 00350 00
Accionante: GILBERTO TABARES PÉREZ.
Accionado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

1 ASUNTO POR RESOLVER

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

2 DEMANDA Y PRETENSIONES

El señor GILBERTO TABARES PÉREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.353.814., por medio de apoderado judicial, instaura acción de tutela al considerar que el MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la salud como elemento integrante del mínimo vital, al no permitirle continuar con el trámite administrativo que conlleve a la realización de la Junta Médico Laboral y en consecuencia, al no concederle reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tenga derecho.

En consecuencia, solicitó que se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, se le autorice la práctica de los exámenes psicofísicos de RETIRO, para que posteriormente y a través de una Junta Médico Laboral, le evalúen y valoren todas y cada una de las lesiones y afecciones que Soldado Profesional (R) accionante adquirió durante la prestación del servicio por causa y razón de mismo.

Igualmente solicitó que, una vez efectuada dicha valoración médico- laboral, se le ordene al Ejército Nacional efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que haya lugar a favor del accionante.

Con el escrito de tutela aportó¹: i) poder especial; ii) copia de las hojas 23, 26 y 27 de la orden administrativa de personal No. 2196 de 20 de noviembre de 2018; iii)

Leishmaniosis cutánea, consentimiento informado de procedimiento quirúrgico de Resección de cicatriz, notas de enfermería de tratamiento de heridas, y Epicrisis por herida por arma de fuego en escapula izquierda y muñeca izquierda; iv) copia de carné de servicios de salud de la Dirección General de Sanidad Militar; y, finalmente v) copia de cédula de ciudadanía.

3 TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida con auto de 11 de diciembre de 2019, y notificada a las partes el día siguiente². Mediante esta misma providencia se vinculó directamente a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

4 CONTESTACIONES

El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL, decidió guardar silencio.

5 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la salud como elemento integrante del mínimo vital por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al no dar trámite administrativo tendiente a la realización de la Junta Médico Laboral de retiro.

Tesis del Accionante: La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional vulnera sus derechos fundamentales al no autorizar la realización de los exámenes psicofísicos requeridos tramitar la realización de Junta Médico Laboral de retiro al accionante.

Tesis del Despacho: La falta de trámite para realizar la junta médica, y la omisión de la entidad para definir mediante acto administrativo la eventual prescripción del derecho o declaratoria de abandono del tratamiento, vulnera los derechos fundamentales del accionante.

6 ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1 El mecanismo de protección de los derechos fundamentales

² Folios 18-20.

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.

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.

7 EL CASO EN CONCRETO

El soldado profesional retirado GILBERTO TABARES PÉREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.353.814 instauró acción de tutela contra el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD 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.

Expresa que fue retirado de la institución el 30 de noviembre del año 2018, por tener derecho a la asignación de retiro por parte de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares y de conformidad con lo señalado en el Decreto N. 1794 de 2000.

Que tras ello, se ha presentado ante los dispensarios médicos de la Dirección de Sanidad del Ejército, para que le sean valoradas las lesiones y afecciones que le hubiesen sido ocasionadas durante el servicio por causa y razón del mismo. Igualmente, que se ha presentado en múltiples ocasiones ante los organismos de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, con el objeto de que se le adelante el trámite administrativo relativo a la realización de Junta Médico Laboral de Retiro.

Pero que no obstante, la entidad se ha negado a concederle la autorización necesaria para la práctica de los exámenes psicofísicos requeridos para que se realice Junta Médico Laboral de Retiro, necesaria para la definición de su situación médico laboral.

Adicionalmente, señaló que la entidad tampoco ha adelantado oficiosamente actuación administrativa alguna para convocarle a que se adelanten los trámites necesarios que conduzcan a definir su situación médico laboral.

En cuanto al presupuesto de la inmediatez

La acción de amparo tiene como uno de sus fundamentos estructurales el principio de la inmediatez. Para verificar su acatamiento en el caso en concreto, se analizan las fechas en que han ocurrido los hechos o actuaciones presuntamente vulnerantes de los derechos fundamentales, de manera que se garantice que solo ha transcurrido un tiempo razonable desde la fecha de retiro del servicio, las solicitudes del accionante para que le sea definida su situación médico laboral ante la entidad competente y la presentación de la acción de tutela.

De este análisis, tenemos que ha transcurrido aproximadamente un año desde la fecha del retiro y la presentación de la acción de tutela, lo que en principio llevaría a concluir que no se cumple con el presupuesto de la inmediatez.

No obstante lo anterior, el accionante manifiesta que se ha presentado de manera física ante diferentes instancias de la autoridad competente- dispensarios médicos y organismos de Sanidad Militar del Ejército Nacional- solicitando se adelanten los trámites necesarios para que se defina su situación de sanidad militar, autorizando la realización de los exámenes psicofísicos necesarios para que posteriormente sea convocada y practicada la Junta Médico Laboral de retiro a través de la cual se defina su situación.

Aunado a lo anterior, sostuvo que las entidades se han negado a dar trámite a sus solicitudes.

Como se puede observar del relato de los hechos que soportan la pretensión de amparo, estas solicitudes han sido verbales y de ellas no consta registro escrito; no obstante, ello no es óbice para que pierdan valor, como quiera que el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 1755 de 2015 le otorga plena validez a los derechos de petición verbales siempre que hayan sido presentados ante la oficina o dependencia que la entidad defina para tal fin. Adicionalmente, téngase en cuenta que de acuerdo con el Decreto 1166 de 2016, la autoridad debía radicar una constancia de la recepción de la petición verbal.

Así las cosas, aun cuando en el expediente no obra constancia de la recepción de

guardar silencio absteniéndose de rendir los informes ordenados en el numeral quinto del auto admisorio de esta acción fechado el día 11 de diciembre del corriente. En tal sentido, habrá lugar a dar aplicación del artículo 20 del decreto 2591 de 1991:

Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

En tal medida, estima el despacho que no ha sido pasiva la conducta del accionante, como quiera que aun cuando ha transcurrido aproximadamente un año desde la fecha de su retiro de la institución, se tiene por cierto que ha presentado solicitudes verbales ante Sanidad Militar con el fin de que sea definida su situación médico laboral, mas estas no han sido atendidas.

Es justamente por ello que se advierte una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, en tanto la autoridad no ha expedido un acto administrativo mediante el cual se defina la situación de sanidad del accionante. Esta vulneración es de tal gravedad, que pone incluso en riesgo el derecho a la salud, como quiera que la no definición de la situación de sanidad, imposibilidad que se determine de manera postrera si tiene el señor Tabares Pérez derecho a recibir compensaciones económicas por una eventual disminución de la capacidad laboral.

Lo anterior, en tanto comprende el Despacho que los exámenes médicos de retiro y la consecuente realización de la junta médica laboral buscan una **valoración definitiva del estado de salud** del personal, y en consecuencia el otorgamiento de prestaciones económicas a que tenga derecho.

Exámenes médicos de retiro y Junta Médica Laboral

Si bien es cierto, como señala la entidad, que el Decreto 1796 del 2000 señala un término de prescripción de las prestaciones derivadas de la práctica de la Junta Médico Laboral, también lo es el hecho que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado jurisprudencialmente han reconocido el interés actual que tiene el ex uniformado en definir su situación médica laboral permiten el conocimiento de la acción.

En este sentido, por un lado debe tenerse en cuenta lo sostenido por la Corte Constitucional³ en cuanto al asunto que nos convoca, pues se estableció que dilatar

³ Corte Constitucional, Sentencia T- 696 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia la Corte consideró que "... la vulneración de los derechos fundamentales por la negación del derecho a la valoración no sólo ocurre cuando ésta se niega, sino cuando no se práctica a tiempo, complicando en algunos casos la situación del afectado. En ambas situaciones

en el tiempo la valoración de la pérdida de la capacidad laboral desconoce los derechos fundamentales, porque la institución castrense tiene la obligación de realizar dicha valoración en favor de los miembros y ex miembros de la fuerza pública. Con ello, que este derecho es exigible en cualquier tiempo y que, en consecuencia, se considera imprescriptible.

Tal aseveración se encuentra en correspondencia con el contenido del artículo 08 del Decreto Ley 1796 del 2000, en lo atinente a los exámenes de retiro⁴:

ARTÍCULO 8. 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.

Es decir de lo anterior que, ante el desacuartelamiento de las fuerzas, es un imperativo jurídico el que se practique un examen médico-laboral, con el fin de determinar de manera definitiva el estado de la capacidad psicológica y física del funcionario retirado y establecer, de ser el caso, la ruta y los tratamientos médicos derivados del examen en cuestión.

Ahora, de tal norma surge la claridad de que la realización del examen ha de tener lugar dentro de los dos meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad de retiro, lo cual requiere del concurso tanto del miembro retirado como de la administración militar, toda vez que aunque lo ha de practicar personal médico de la Dirección de Sanidad Militar, se requiere que el funcionario retirado se presente ante las dependencias dentro del término señalado por la norma.

De lo contrario, se comprende, prevé la norma que aún ante la omisión del funcionario retirado de su obligación de presentarse dentro del término estipulado,

la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión. Y en caso de los miembros de las fuerzas militares, según jurisprudencia reiterada se puede vulnerar también este derecho cuando no se realiza una nueva valoración con el fin de actualizar el porcentaje de disminución, en el caso de patologías de desmejora progresiva en la salud".

⁴ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley", en virtud del cual "Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes."

Sanidad Militar o de Policía, ya por cuenta del interesado.

Sin embargo, como se vio anteriormente, la práctica de los exámenes en cuestión es obligatoria, razón por la cual aún vencido el término de dos meses previsto por la norma, es obligación del miembro retirado acudir, por iniciativa propia, a las dependencias de Sanidad y, así mismo, es obligación de la entidad proceder con la práctica del examen de retiro a quienes dejen de pertenecer a las instituciones de la Fuerza Pública en cualquier tiempo, se reitera, pues es una obligación que no se encuentra sometida a un término perentorio.

De esta manera lo ha sostenido el alto tribunal en la sentencia T-948 de 2006 (reiterada en la T-020 de 2008), en la cual se analizó la situación de un soldado profesional del Ejército Nacional retirado, el cual después de 3 años solicitó ser valorado por la Junta Médico-Laboral y que se le prestara la atención médica que requería, peticiones que fueron negadas por la Dirección de Sanidad, bajo el argumento que había vencido el término legalmente establecido para definir la situación de sanidad del peticionario. Por ello, conviene atender la cita que se transcribe:

"El examen cuando se produce el retiro es obligatorio como lo dice expresamente la norma citada. Las Instituciones Militares no pueden exonerarse de esta obligación argumentando que el retiro fue voluntario. Igualmente, si no se hace el examen de retiro no es posible alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo. La omisión del deber de realizar el examen impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba servicio a las Fuerzas Militares. Por tanto, si no se le realiza el examen de retiro esta obligación subsiste por lo cual debe practicarse dicho examen cuando lo solicite el ex-integrante de las Fuerzas Militares. Por otra parte, las Fuerzas Militares deben asumir las consecuencias que se derivan de la no práctica del examen médico de retiro."

De esta manera, resulta claro a todas luces que, según la norma positiva y el precedente constitucional, los miembros de las fuerzas dentro de los que se cuentan las personas que prestan el servicio militar, tienen derecho a que se les practique el examen médico-laboral de retiro, pues de ello depende el acceso a los servicios médicos en salud, si ello surgiera como consecuencia de la realización de le examen médico.

En tal sentido, el examen médico-laboral cobra especial importancia toda vez que si se establece en aquel procedimiento que el soldado padece afecciones a su salud que se predicen como consecuencia de la prestación de su servicio, a costa de las instituciones de la Fuerza Pública se deberá ofrecer el cubrimiento de los

tratamientos y servicios médicos siempre que el caso se encuentre de acuerdo con las siguientes reglas, reiteradas y aterrizadas en la Sentencia la T-824 de 2002:

"(i) Durante todo el tiempo de prestación del servicio militar mientras se encuentre vinculado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional; (ii) Aún después de su desacuartelamiento, cuando se trate de afecciones que sean producto de la prestación del servicio o (iii) cuando el padecimiento, siendo anterior a éste, se haya agravado durante su prestación, siempre que se cumplan las dos condiciones anteriormente señaladas, esto es, que la información suministrada al momento de la evaluación médica de ingreso haya sido veraz, clara y completa respecto del estado de salud del conscripto y que la lesión preexistente se hubiere agravado de forma sustancial en razón de las actividades desarrolladas durante la prestación del servicio y debido a las deficiencias de los servicios médicos de la unidad militar en la que se encontraba."

Visto lo anterior, surge la consecuencia de que la práctica del examen médico resulta un condicionante a que se extienda la cobertura del servicio en salud a los soldados que hayan sufrido lesiones físicas o mentales durante la prestación del servicio tiempo, pues el examen en cuestión es la diligencia acertada para establecer si el estado de salud actual del agente retirado es una consecuencia de su servicios a la Institución. De manera que solo mediante la realización del examen es dable determinar si le asiste al agente retirado el derecho a la prestación de los servicios de salud por parte del Ejército Nacional o, incluso, a prestaciones económicas.

En una palabra, es requisito fundamental la realización del examen de retiro con el objeto de que se garantice el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del soldado que prestó sus servicios a la nación. Razón por la cual la negativa de la autoridad de Sanidad Militar, actuación administrativa contra derecho, puede llegar a vulnerar derechos fundamentales del soldado retirado, con lo cual se debe concluir la procedencia de la tutela cuando se persigue el fin de cercenar una amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

Así, precisamente, en cuanto a la procedencia de la acción de la tutela que nos convoca, tiene relevancia el precedente jurisprudencial que en lo tocante a si mediante la acción de tutela puede obtenerse la realización del examen de retiro del servicio, estableció que la omisión de la autoridad debió haber producido una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del actor:

"Es decir, el juez de tutela, con fundamento en las circunstancias particulares que rodean el caso puesto a su consideración, y teniendo en cuenta la finalidad del examen, esto es, el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, una indemnización, o la prestación de servicios asistenciales y de salud, deberá verificar si la omisión respecto de la realización del examen de retiro transgrede los derechos fundamentales del actor -tales como el mínimo vital, la vida digna, la salud, la

Según lo anterior, debemos concluir que 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.

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 Constitucional⁶, 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)

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 manifestado⁷:

⁵ La cita en comento procede de la ya mentada sentencia T 020 de 2008, no obstante, se deja constancia de que la Corte Constitucional, a su vez, cita las providencias T-411 de 2006, T-810 de 2004, T- 643 de 2003, T-1177 de 2000, 107 de 2000, T-393 de 1999, T-762 de 1998, T-376 de 1996 y T-534 de 1992, las cuales tratan sobre el asunto en cuestión de si la acción de tutela procede con el fin de realización del examen médico-laboral de retiro del servicio.

⁶ Sentencia T-601 de 2005 Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-507 de agosto 10 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

"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.

Atendiendo a los pormenores del caso y a los dichos del actor que son tenidos por ciertos en virtud de la aplicación del artículo 20 de decreto 2591 de 1991, con posterioridad al retiró no se le han autorizado los servicios médicos para efectos de realizar los exámenes que se requieren para la realización de la Junta Médica.

El procedimiento para la realización de la junta médica laboral

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 *Ibidem*, 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

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.

Pues bien, tal y como se planteó en el problema jurídico, la falta de realizar una valoración definitiva del estado de salud del personal que se retira, tiene directa incidencia en la afectación a derechos fundamentales, pues de tales conceptos depende el otorgamiento de prestaciones económicas a las que eventualmente puede tener derecho. Sin embargo, como **a la fecha no se ha expedido un acto administrativo** razón por la cual la autoridad obliga al solicitante a permanecer en la indefinición, lo cual vulnera directamente su derecho al debido proceso y tiene incidencia directa en una posible vulneración de su derecho fundamental a la salud.

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 no desconoce el Despacho que corresponde al interesado la obligación de agilizar la realización de los conceptos médicos y asignación de citas, sin embargo, tal circunstancia fáctica, no exonera a la autoridad de su obligación de culminar los procedimientos administrativos.

En el material probatorio allegado, se encuentra una "Epicrisis" donde se señala: (folio 14)

"Paciente quien ingresa con herida PAC de 21 horas de evolución con lesión de tejidos blandos a nivel de escapula izquierda y muñeca izquierda"

Lo anterior, constituye un indicio serio respecto a la posibilidad que exista una condición patológica atribuible al servicio que eventualmente pueda significar una disminución en la capacidad del soldado, que puede conducir a una eventual indemnización. Sin embargo, en tanto la entidad no ha dado trámite a la actuación administrativa requerida para definir la situación médico laboral del soldado, estima

el despacho que se le viola el derecho al debido proceso de una manera en que se ponen en riesgo también su derecho a la salud e incluso a la seguridad social, como quiera que la no realización de los trámites requeridos imposibilitan la definición de sus derechos e intereses como soldado retirado.

De manera que se amparará el derecho al DEBIDO PROCESO, por el notorio retraso en convocar la junta médica para definir la pérdida de capacidad laboral del accionante, pues a la fecha ha transcurrido un tiempo considerable.

Igualmente, se ampara el derecho a la SALUD, pues aunque no se acredita una violación actual y directa a la salud del actor, la no definición de la situación médico laboral del soldado retirado pone en notable riesgo el ejercicio futuro su derecho y de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales amenazados por la omisión de cualquier autoridad pública. Así las cosas, el amparo ira dirigido a que se defina su situación militar, como medida que cese el riesgo de que en un futuro pueda afectarse el derecho a la salud como consecuencia de la no definición de su situación de sanidad.

Finalmente, respecto del derecho a la igualdad, el Despacho no estima prueba ni indicio en el expediente que ofrezca la convicción de que está siendo actualmente vulnerado, razón por la cual se negará su amparo.

De manera que se ordenará a la entidad accionada para que en el plazo de 48 horas, indique al interesado el estado del trámite para la convocatoria de la junta médica, y se le informe de manera precisa que tramites faltan por cumplir, cuales conceptos están pendientes, que obligaciones están a cargo del interesado y cuales dependen de la entidad. Esta respuesta debe proferirse de la manera más detallada y comprensible posible.

También exhortará el Despacho al accionante y su apoderado para que de manera diligente y dejando registro por escrito soliciten las correspondientes citas y acudan 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.

CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y A LA SALUD del señor GILBERTO TABARES PÉREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.353.814 por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. - ORDENAR al EJÉRCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, para que, en el plazo de 48 horas, se pronuncie sobre la convocatoria de la junta médico laboral, y se le informe de manera precisa que trámites requeridos para poderla cumplir, cuales conceptos están pendientes, que obligaciones están a cargo del interesado y cuales dependen de la entidad. En igual sentido, si es necesario, otorgue las autorizaciones correspondientes para que se realicen los exámenes médicos que fueren menester para la realización de la Junta Médico Laboral.

Este pronunciamiento deberá proferirse mediante acto administrativo por escrito y de la manera más detallada y comprensible que sea posible. En todo caso debe asegurar el inicio del trámite. Una vez se cuente con la totalidad de exámenes y conceptos médicos requeridos, deberá fijarse fecha para la realización de la junta médica.

TERCERO: EXHORTAR al accionante GILBERTO TABARES PÉREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.353.814, y a su apoderado Carlos Gerardo Benavidez, identificado con CC. 79.353.814 y TP 73.169 para que actúen con diligencia en la solicitud de las citas, y se asegure que el accionante acuda puntualmente a fin que le sean practicados los exámenes y conceptos médicos que se encuentren pendientes, si es el caso.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

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

SEXTO.- Advertir a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SÉPTIMO.- 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

MCA

