REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE No.	**110013342-046-2020-00013-00**
ACCIONANTE:	**MARCIAL VALENCIA MENDOZA- APODERADO JUDICIAL DE JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA**
ACCIONADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL.**
ACCION:	**TUTELA**

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la presente acción de tutela, conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, interpuesta por el señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA, actuando por intermedio de apoderado judicial, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y al debido proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

El actor alude que JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA prestó su servicio militar como soldado profesional en el Batallón de Entrenamiento y Reentrenamiento No.15, con sede en el municipio de Unión Panamericana de Chocó. De igual forma, puso de presente que al momento del retiro de aquel, los especialistas de medicina laboral de la Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional calificaron en la ficha médica sólo el concepto por la especialidad de Urología, a pesar de que también se relacionó las especialidades de urología, audiometría tonal seriada y de dermatología en atención a las patológicas que aquejaban en su momento al soldado (problemas auditivos y hongos en pies).

En virtud de lo anterior, el 16 de octubre de 2019, elevó petición ante la entidad por medio de la cual solicitó la activación de los servicios médicos en favor de su poderdante para continuar con el trámite ante la Junta Médico Laboral; no obstante, en respuesta otorgada por el Ejército el siguiente 23 de octubre, se le indicó que se registraba ficha médica unificada calificada del 27 de junio de 2018, en la cual se requirió concepto por la especialidad de urología, sin que JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA se hubiese acercado a practicar el mismo.

Así las cosas, se despacharon desfavorablemente sus pretensiones al no evidenciarse continuidad en el proceso de Junta Médica Laboral por parte del interesado, esto bajo el fundamento de que se superó el término de los 2 meses para realizarse el examen de retiro establecidos en el Decreto 1796 de 2000, vulnerando, en su sentir, las accionadas el debido proceso administrativo por no haberse surtido la notificación con la debida activación de los servicios requeridos, desconociendo el Ejército la dificultades económicas en las que se ve inmerso el afectado para desplazarse desde el departamento del Chocó hasta Bogotá para la práctica de los exámenes.

1.2. Petición

Conforme a lo puesto de presente, el apoderado judicial del señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA solicita se le ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional la activación de los servicios en salud que requiere su mandante, el suministro de medicamentos, se le permita continuar con el trámite de retiro ante la Junta Médica y se le brinde asesoría para el proceso tendiente a determinar la disminución de capacidad laboral. De igual forma, como consecuencia de lo expuesto, se expidan conceptos por la especialidad de audiometría, tonal seriada y dermatología, con el debido cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y comida por parte de la entidad accionada en los que se puedan incurrir para acudir a las valoraciones en mención (fl.4).

2. TRÁMITE

2.1 Admitida la solicitud de tutela, se ordenó la notificación al Ministerio de Defensa y al Director de Sanidad del Ejército Nacional, para que en el término de dos (02) días se pronunciaran sobre los hechos materia de la presente acción (fls. 47-48).

2.2. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Las entidades a pesar de ser debidamente notificadas por vía correo electrónico, guardaron silencio al traslado de tutela efectuado por este Despacho.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con el Decreto 1983 de 2017[1], que modifica las reglas para el reparto de la acción de tutela, este Despacho tiene competencia para conocer y tramitar la presente acción.

3.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa por activa radica en una persona natural mayor de edad que, como tal, tiene aptitud para ser parte y comparecer al proceso; por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de autoridades públicas (artículo 13 del Decreto 2591/91).

---

[1] *"**Articulo 1. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.** Modificase el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, el cual quedara así:*

***Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela.** Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeron sus efectos, conforme a las siguientes reglas:*
(...)

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría. (...)" (subrayado fuera de texto).

4.3. Problema jurídico

El Despacho debe determinar si se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al debido proceso de JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA, como consecuencia de la negativa del Ejército Nacional de (i) proceder con la activación de los servicios médicos, a pesar de su solicitud en dicho sentido, para de tal forma poder (ii) continuar con los exámenes ante la Junta Médico Laboral Militar, con miras a determinar la pérdida de su capacidad labora sufrida luego de su retiro.

4.4. Hechos probados

- A folio 9 del expediente reposa petición del 17 de octubre de 2019, elevada al Brigadier General- Director de Sanidad del Ejército Nacional a través de la cual se requiere la activación de los servicios médicos en favor de JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA, atendiendo que se están *"adelantando los tramites de la Junta médica de retiro."*

- A folio 10, se observa respuesta emitida por el Jefe de Medicina Laboral-DISAN-Ejército, en la que se le precisa al actor que JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA fue retirado de la fuerza militar por orden administrativa de personal No. 2658 del 5 de enero de 2018. De igual forma, se anotó que no era factible la activación de los servicios médicos solicitados, toda vez que el exsoldado registra en el expediente médico laboral ficha unificada del 27 de junio de esa anualidad, *"en la que solicitaron concepto UROLOGÍA"*, orden que fue generada el 10 de septiembre de 2018, sin que aquel se acercara practicara el concepto ordenado.

- A folio 13, relativa con la historia clínica de JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA, se evidencia valoración por dermatología prioritaria del 17 de septiembre de 2017.

- A folios 14 a 16, se plasmó los padecimientos auditivos del afectado por *"exposición a explosión"*.

- A folio 12 declaración extra juicio de Héctor Marine Mosquera Mosquera y Jhon Vicente Castillo Copete en la que afirman que JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA "*no ha podido seguir asistiendo constantemente al proceso de junta médica debido a su situación económica*".

4.5. Argumentos y sub argumentos a fin de resolver el problema jurídico planteado

4.5.1. Del derecho al debido proceso administrativo.

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo *"a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, "*con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción*".

En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de

cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

La Corte ha precisado que con dicha garantía se busca **(i)** asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, **(ii)** la validez de sus propias actuaciones y, **(iii)** resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

4.5.2 Del derecho a la salud de quienes prestan servicio militar

La Corte Constitucional ha reconocido que la prestación del servicio militar obligatorio es un deber de origen constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 95 numeral 3 y en el artículo 216 del Texto Superior[2]. Este deber que tienen los colombianos exige como contraprestación por parte del Estado, una obligación especial de protección y cuidado para con quienes están protegiendo los intereses de la Nación, obligación que cobra especial relevancia por las características propias de la actividad militar, que además de implicar una actividad física de esfuerzo, también somete a quienes la realizan a una serie de riesgos que, de concretarse, podrían afectar su vida e integridad física.

La Corte ha considerado que esa relación que surge entre el Estado y quienes prestan el servicio militar, se enmarca dentro de aquellas denominadas *relaciones de especial sujeción*, pues si bien los conscriptos son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, son sujetos al mismo tiempo de limitaciones razonables en su ejercicio, a partir de las condiciones propias que impone el servicio militar, entre ellas, la obediencia y la disciplina[3].

La posibilidad de imponer esas condiciones especiales que sujetan el ejercicio de los derechos fundamentales de quienes prestan el servicio militar, son las que

---

[2] Sobre la materia se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-824 de 2002 y T-470 de 2010. Las normas en cita disponen que: *"Artículo 95. (...) Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales (...)" "Artículo 216. (...) Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo".*

[3] Sentencia T-350 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

–a su vez– justifican la obligación de cuidado y protección que le asiste al Estado y, en concreto, a la Fuerza Pública.

En materia de salud, como lo ha señalado la Corte Constitucional, la regla general consiste en que se impone su protección al Estado con carácter imperativo, mientras la persona se encuentra vinculada a la Fuerza Pública, en desarrollo del deber de prestar el servicio militar obligatorio, como lo disponen el numeral 2º del artículo 19 de la Ley 352 de 1997 y el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000[4]. De suerte que, tal obligación cesa cuando se produce su retiro o desacuartelamiento, en desarrollo de las causales previstas en la ley.

Sin embargo, como consecuencia del deber especial de protección y cuidado, por una parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las autoridades militares también están obligadas a prestar atención médica después del desacuartelamiento, **cuando el retiro se produce por una lesión o enfermedad que se adquirió con ocasión del servicio.** Para la Corte Constitucional, en estos casos, la persona que prestó el servicio militar obligatorio tiene derecho a *"ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho"*[5]

Y, por la otra, la jurisprudencia también ha considerado que las autoridades militares están obligadas a prestar los servicios médicos necesarios para la recuperación en salud de aquellos soldados que sean víctimas de enfermedades o dolencias adquiridas con anterioridad a su incorporación, cuando se cumplan las siguientes condiciones: "*(1) que al momento de la evaluación médica para ingreso a la institución militar o de policía, el sujeto hubiere suministrado a la autoridad de sanidad encargada de realizar el examen información veraz, clara y completa sobre su estado de salud; y, (2) que la lesión preexistente se hubiere agravado en razón del entrenamiento militar y de las deficiencias de los servicios*

---

[4] Las normas en cita disponen que: "**Ley 352 de 1997. *Artículo 19. Afiliados.*** *Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP: b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización: (...) 2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio."* "***Decreto 1795 de 2000. Artículo 23. afiliados.*** *Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP: (...) b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización: (...) 2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio."*

[5] Sentencia T-376 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara

médicos de la unidad militar en la que se encontraba incorporado.[6]"[7]

En criterio de la Alta Corporación Constitucional, es contrario a los principios de solidaridad y de dignidad humana, que el Estado a través de las Direcciones de Sanidad de las Fuerzas Militares y de Policía, se nieguen a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quienes al ingresar a prestar sus servicios ostentaban unas óptimas condiciones de salud y al momento de su retiro resultan con lesiones ocasionadas por causa y razón de la prestación de dicho servicio, o que también han visto agravada una lesión preexistente como consecuencia del ejercicio militar.

En efecto, no cabe duda de que los riesgos del servicio y la particular finalidad de beneficio colectivo que inspira el trabajo de quienes integran la Fuerza Pública, incluso mediante la prestación del servicio militar obligatorio, demandan una especial consideración a su favor, la cual, en respuesta al principio de solidaridad y con miras a realizar la dignidad humana, los pone en la situación particular y concreta de poder demandar del Estado, el derecho a recibir una atención médica oportuna y adecuada.

En conclusión, no cabe duda de que el Ejército Nacional debe asumir la atención en salud que requiera una persona frente a determinada patología que, aun siendo preexistente, no se diagnosticó en el examen de ingreso (sin que exista mala fe del examinado al momento de suministrar la información sobre su estado de salud) y que se agravó o empeoró con ocasión del ingreso a la institución castrense. Lo anterior, por cuanto en dicho momento se debe realizar un examen científicamente serio y exhaustivo para evitar que se reclute a una persona con problemas de salud, evitando que la actividad militar pueda implicar un riesgo para su vida o integridad física, más allá de que también se asegure la correcta prestación del servicio. Por lo demás, no es posible invocar argumentos formalistas por parte del Ejército para negarse a prestar el servicio de salud, ya que desde el momento mismo en que el soldado es reclutado, el Estado debe asumir su protección.

---

[6] Sentencia T-534/92 (MP. Ciro Angarita Barón). En sentido similar, *véase* la sentencia T-762/98 (MP. Alejandro Martínez Caballero).
[7] Sentencia T-393 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4.5.3. El deber de la fuerza pública de practicar el examen de retiro al personal que desvincula de la institución

El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fue creado en desarrollo del artículo 217[8] de la Carta Política, regulado por el Decreto 1795 de 2000[9] como un subsistema autónomo de prestaciones médicas y asistenciales (artículo 279 de la Ley 100 de 1993[10]) que está legitimado por las condiciones especiales de los miembros de la fuerza pública en el desempeño de sus labores, debido a la constante exposición de su integridad física como elemento inherente al servicio que prestan.

A través de la sentencia T-135 de 2006, la Corte Constitucional precisó que la sanidad es un "*...servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios*", y que según el artículo 5º del Decreto 1795 de 2000, el objeto del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consiste en "*Prestar el Servicio de sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios...*", obligación que debe ser cumplida a través de los establecimientos de sanidad, "*...con plena observancia de los principios, de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, obligatoriedad, equidad y racionalidad, entre otros, que orientan la prestación del servicio de salud*".

Por tal motivo, la Corte en la providencia aludida explica que las Fuerzas Militares tienen la obligación de brindar la atención médica y la asistencia necesaria a las

---

[8] "La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.
Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio".

[9] "Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

[10] "Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas".

personas que sufran afecciones de salud y que se encuentren como afiliados o beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En sentencias T-393 de 1999, T-107 y T-1177 de 2000, T-824 de 2002 y T-810 de 2004, la Corte Constitucional ha señalado que es obligación del Estado garantizar la vida, la integridad física y la salud de los uniformados, y en esa medida, en los eventos en que la salud de esos servidores se vea afectada por lesiones o **daños sufridos durante la prestación del servicio, tiene la administración el deber de suministrarles la atención médica necesaria incluso con posterioridad a su desincorporación**, por lo que resulta constitucionalmente inadmisible condicionar la atención médica al personal que se encuentre activo en el servicio o retirado que tenga la calidad de pensionado o goce de asignación de retiro.

El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, de manera independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene la obligación de atender a los uniformados desacuartelados que padezcan una enfermedad o dolencia adquirida durante la prestación del servicio que ponga en riesgo su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, por tanto, cuando un miembro de la fuerza Pública es retirado del servicio tiene derecho a que se le practiquen los exámenes médicos de retiro, con el fin de que se establezcan las posibles lesiones sufridas en el servicio y que mediante Junta Médico Laboral se le determine la eventual pérdida de la capacidad laboral con ocasión del mismo, para efectos de establecer si es procedente o no el reconocimiento de alguna prestación[11].

Así mismo, es preciso destacar que a través de la Ley 48 de 1993[12] y el Decreto 2048 del mismo año[13], dispuso que el Ejército Nacional tiene la obligación de someter a las personas que van a ser reclutadas, a evaluaciones médicas que permitan determinar con claridad si son aptas o no para el ingreso y permanencia en el servicio y para desarrollar de manera normal y eficiente la actividad militar.

---

[11] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018), Referencia: ACCIÓN DE TUTELA, Radicación: 25000-23-41-000-2017-01883-01, Demandante: ARIEL TÉLLEZ GARZÓN.

[12] "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".

[13] "Por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización".

El artículo 4° del Decreto 1796 de 2000[14] dispone las situaciones para efectuar los exámenes sicofísicos así:

> "*...EXAMENES DE CAPACIDAD SICOFISICA. Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos:*
>
> (...)
>
> *10.* ***Retiro****..."*

De igual manera, el artículo 8 de dicha normatividad determinó:

> "*EXAMENES PARA RETIRO. 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*"

En relación con la Junta Médico Laboral Militar o de Policía el Decreto 1796 de 2000 prevé:

> "*Artículo 19. Causales de convocatoria de junta médico-laboral.* ***Se practicará Junta Médico-Laboral en los siguientes casos****:*

[14] "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 100 de 1993".

1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.

***2.** Cuando exista un informe administrativo por lesiones.*

3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total.

4. Cuando existan patologías que así lo ameriten.

***5. Por solicitud del afectado**.*

Parágrafo. Si después de una Junta Médico-Laboral definitiva la persona continúa al servicio de la Institución y presenta más adelante lesiones o afecciones diferentes, éstas serán precisadas y evaluadas mediante nueva Junta Médico-Laboral" (negrillas fuera de texto).

4.5.4. De la evaluación por la Junta Médico Laboral Militar

La obligación especial de cuidado y protección que le asiste al Estado respecto de quienes prestan el servicio militar, no sólo se predica frente a la atención en salud sino también frente a otros riesgos que se generan con ocasión de la prestación del servicio, los cuales deberán ser asumidos por el Ejército Nacional, desde el momento mismo en que el soldado es acuartelado.

Precisamente, el Estado deberá responder en los casos en que el reclutado vea disminuida su capacidad psicofísica, **como consecuencia de la prestación del servicio militar.** En este sentido, el Decreto Ley 1796 de 2000 dispone que al momento del retiro se deberá realizar un examen médico laboral[15], para

[15] ***"Articulo 8o. exámenes para retiro.** 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,*

determinar si existen lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad psicofísica y que deban ser puestas en conocimiento de la Junta Médico Laboral Militar.

En este orden de ideas, el citado Decreto señala que las instancias pertinentes para debatir la procedencia de incapacidades o la disminución de la capacidad laboral causadas con ocasión de la prestación del servicio militar: son las autoridades médico laborales militares, quienes están encargadas de diagnosticar y calificar el tipo de lesión o enfermedad sufrida por el soldado, y de determinar –si llegase a presentarse– el grado de incapacidad. De suerte que, cuando una persona ingresa a las filas para prestar servicio militar y luego es dado de baja, y en el examen de retiro se determina que existe una afectación física o psicológica, **o cuando el retirado así lo solicita, deberá convocarse a una Junta Médico Laboral para determinar el grado de disminución de la capacidad psicofísica, según las reglas que tenga dicha junta para el efecto**[16], cuya valoración resulta indispensable con miras a determinar si al interesado le asiste o no derecho a alguna prestación económica.

Precisamente, en la Sentencia T-393 de 1999, además de abordarse el tema relacionado con el derecho a la atención en salud del soldado que fue desacuartelado en la realización del tercer examen, también se examinó el alcance del derecho al debido proceso del accionante, en tanto se consideró que el mismo fue desconocido cuando el Ejército Nacional, siendo su deber, omitió convocar una Junta Médico Laboral Militar que clasificara las lesiones y sus secuelas, y valorara la disminución de su capacidad psicofísica, a pesar de que en el caso concreto era evidente que la lesión que afectaba al actor evolucionó durante la prestación del servicio, de un estado que no constituía una causal de ineptitud física a un estado que, dos meses después, le impedía permanecer en las filas.

---

así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación."

[16] Al respecto, el artículo 19 del decreto en cita dispone que las siguientes son las causales de convocatoria de la Junta Médico Laboral: "*1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.// 2. Cuando exista un informe administrativo por lesiones. // 3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total. // 4. Cuando existan patologías que así lo ameriten. // 5.Por solicitud del afectado.*"

Por esta razón, la Corte Constitucional ordenó la realización de una Junta Médico Laboral que permitiera, entre otras, determinar hasta qué punto las actividades militares agravaron su lesión y qué tipo de incapacidad se derivaba de la misma.

En conclusión, es claro que el Ejército Nacional está en la obligación de realizar la Junta Médico Laboral en los casos en que, al realizarse el examen de retiro, se determine que el soldado presenta una disminución psicofísica o cuando éste así lo solicite, a fin de que sea esta autoridad quien defina –de conformidad con el marco normativo que la rige– cuál es el grado o nivel de disminución de la capacidad psicofísica que se presenta, atendiendo a la gravedad y al origen de la lesión o enfermedad, con miras a determinar si al interesado le asiste o no derecho a alguna prestación económica[17].

4.5.5. Presunción de veracidad y carga de la prueba.

La presunción de veracidad se encuentra regulada en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, "*por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*". Según esta figura jurídica se presumen como "*ciertos los hechos*" de la demanda cuando el juez requiera informes a las entidades o personas contra quienes se hubiere presentado y, sin embargo, estos no atienden oportunamente el llamado. La presunción opera en dos escenarios, el primero, "*cuando la autoridad o particular accionado omite completamente dar respuesta a la solicitud elevada por el juez constitucional*"; y, el segundo, "*cuando la autoridad o particular da respuesta a la solicitud, pero esta se hace meramente formal, pues en el fondo no responde al interrogante planteado por el funcionario judicial*". Adicionalmente, la omisión o negligencia al contestar la demanda puede

[17] Al respecto, el artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000 dispone que: "***Artículo 15. Junta Médico-Laboral Militar o de Policía.*** *Sus funciones son en primera instancia: 1 valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas. // 2 clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite. // 3 determinar la disminución de la capacidad psicofísica. // 4 calificar la enfermedad según sea profesional o común. // 5 registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el informe administrativo por lesiones. // 6 fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello. // 7. las demás que le sean asignadas por ley o reglamento.*" Es preciso resaltar que el Decreto 1796 de 2000 regula aspectos concernientes a la evaluación de la aptitud psicofísica y a la disminución de la capacidad laboral, así como temas relativos a incapacidades, indemnizaciones 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; mientras que para el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y para el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiendo el Decreto 094 de 1989.

ser total o parcial, esto último cuando se guarda silencio respecto a ciertos cuestionamientos.

La aplicación de esta figura jurídica es más rigurosa cuando se comprometen sujetos de especial protección constitucional o en condición de vulnerabilidad, debido a que para ellos la tutela puede ser la única alternativa que permita la oportuna y eficiente protección de sus derechos fundamentales ante la presunta vulneración en que incurran los sujetos demandados. Por consiguiente, el descuido o la falta de importancia que las personas accionadas le den a la demanda, no puede constituir una carga que deba soportar la parte débil de la relación, mucho menos si se tiene en consideración el carácter informal y sumario que debe caracterizar a la acción de amparo, características que deben facilitar para estos sectores poblacionales el acceso a la administración de justicia.

Caso concreto

El señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA, por intermedio de apoderado, acude a la acción de tutela con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales, los cuales estima vulnerados por las entidades accionadas ante la negativa de activarle los servicios médicos con el fin de que se le practique *"Junta Médico Laboral de retiro".*

Es pertinente recalcar desde ya que, tratándose de una persona que estuvo vincula con las Fuerzas Militares hasta el 5 de enero de 2018 (desconociéndose las causas que derivaron a ello) está la obligación por parte del Ejército Nacional en practicar el examen de retiro, considerado el mismo, a su vez, como un derecho que le asiste al personal que es desvinculado de las fuerzas militares a exigir su práctica, sin que sea objeto de prescripción alguna. Al respecto, en reciente sentencia -T-287 de 2019- la Corte Construccional precisó que:

> "***el examen de retiro no está sujeto a un término de prescripción como se deriva de una interpretación del artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, lo que implica que el mismo podría ser solicitado en cualquier tiempo*** *y, en consecuencia, si del resultado que arroje su realización "se colige que el exmilitar [o ex policía] desarrolló una enfermedad durante o con ocasión del servicio prestado, se les debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio médico, así como remitirlos a la Junta Médica Laboral correspondiente para que establezca su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, de manera que se determine si tienen derecho al*

reconocimiento de la pensión por invalidez"[18]. **Resaltado fuera de texto por el Juzgado.**

Acorde con las presiones puestas de presente, es imperioso resaltar, entonces, que no puede ser de acogida por parte de este Despacho que la entidad castrense se niegue a practicar el examen de retiro a JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA al pretender asimilar el mismo como una prestación económica y fundamentar con base en tal argumento una prescripción para negar su realización.[19]

Así, se precisa que, si bien JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA en su momento no acudió a la especialidad de urología el 10 de septiembre de 2018, cita que por cierto se dio por reclamación propia de aquel, ello no implica que, como consecuencia de tal omisión por parte del actor, esté en la imposibilidad de exigir la materialización del examen con posterioridad. La última situación en mención se constata al existir petición del 17 de octubre de 2019, en la cual se pone de presente el interés del accionante en adelantar los trámites ante *"la Junta Médica de retiro".*

En ese orden de ideas, recuérdese que la consecuencia que puedo acarrear para quien es desvinculado y no se presentó a las valoraciones por especialistas dentro del término y parámetros dispuestos en el Decreto 1796 de 2002, es el

---

[18] Sentencia T-875 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Esta regla de decisión ya había sido establecida con anterioridad, por ejemplo, en la Sentencia T-585 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub así: "En conclusión, a los soldados profesionales que salen del servicio se les debe hacer un examen de retiro, y si del mismo se concluye que presentan afecciones provenientes del servicio, se les debe garantizar el acceso a la salud y determinar si tienen derecho a la pensión de invalidez". Posteriormente fue reproducida en la Sentencia T-710 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en los siguientes términos: "De suerte que, cuando una persona ingresa a las filas para prestar servicio militar y luego es dado de baja, y en el examen de retiro se determina que existe una afectación física o psicológica, o cuando el retirado así lo solicita, deberá convocarse a una Junta Médico Laboral para determinar el grado de disminución de la capacidad psicofísica [atendiendo a la gravedad y al origen de la lesión o enfermedad y], según las reglas que tenga dicha junta para el efecto, cuya valoración resulta indispensable con miras a determinar si al interesado le asiste o no derecho a alguna prestación económica". Al respecto, el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000 dispone que son causales de convocatoria de la Junta Médico Laboral: "1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad sicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.// 2. Cuando exista un informe administrativo por lesiones. // 3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total. // 4. Cuando existan patologías que así lo ameriten. // 5.Por solicitud del afectado. PARAGRAFO. Si después de una Junta Médico-Laboral definitiva la persona continúa al servicio de la Institución y presenta más adelante lesiones o afecciones diferentes, éstas serán precisadas y evaluadas mediante nueva Junta Médico-Laboral".

[19] Consejo de Estado, CSP Milton Chaves García, radicado No. 11001-03-15-000-2019-04636-00 (AC): "***En este caso no se trata del reconocimiento de una prestación sino de la realización de un examen médico de retiro,*** *que conforme a la norma citada anteriormente, es imprescriptible y obligatorio en todos los casos, que no depende exclusivamente del funcionario y que puede conllevar a que se configure una de las causales para la realización de la junta médica laboral. (...)*

Se reitera, dicha solicitud no está relacionada con el pago y reconocimiento de una prestación económica, sino con la obligación de la Dirección de Sanidad de convocar dicha junta en los eventos consagrados en la norma, por lo que no es de recibo el argumento según el cual se configuró abandono del tratamiento. **Resaltado fuera de texto por el Juzgado***".*

tener que asumir la persona por su cuenta el tan mencionado examen de retiro, el cual se practicara en el establecimiento de Sanidad Militar, además, podrá implicar, de otra parte, la exoneración de la institución al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que se deriven al determinarse la afectación que aquejan al retirado y su origen, más no, se insiste, en el derecho a la valoración que acá se reclama. En ese sentido los artículos 8 y 35, señalan:

> *Artículo 8: EXAMENES PARA RETIRO. 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.***
>
> *Artículo 35: ABANDONO DEL TRATAMIENTO. Cuando el personal de que trata el presente decreto se haya desvinculado sin derecho a la asignación de retiro, pensión de jubilación o pensión de invalidez y abandone o rehúse sin justa causa, por un término de dos (2) meses, o durante el mismo período no cumpla con el tratamiento prescrito por la Sanidad o con las indicaciones que le han sido hechas al respecto,* ***la institución quedará exonerada del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que de ello se deriven****.*

Además, el caso puesto a consideración, reviste de mayor importancia el hecho de que se está ante una persona que, acorde con la historia clínica aportada, sufrió, entre otras lesiones, pérdida auditiva en grado moderado a severo en el oído derecho y severo a profundo en el izquierdo por trauma acústico- visto a folios 14 y 16 del expediente- lo que ocasionalmente daría lugar a la continuidad de los servicios médicos si la afectación sufrida de quien es desvinculado se ocasionó en desarrollo del servicio militar.

Bajo dichas condiciones, el Ejercito no puede, por ende, ser ajeno el deber que le asiste en velar en que su personal se reintegre en adecuadas condiciones de salud a la vida civil o, en su defecto, brindarle la atención médica que llegue a necesitar para su recuperación tal como se profundizó en los acápites previos.

Finalmente, aun cuando se allegó una declaración extrajuicio en la cual se alude las dificultades del afectado para acudir a sus valoraciones, la fecha de ese documento es del pasado 23 de diciembre de 2019, sin que se haya allegado al expediente soporte previo y directamente dirigido al Ejército con el que sustente el exsoldado los motivos por los que no asistió a la consulta con el especialista el 10 de septiembre de 2018, lo que acarreará las respectivas consecuencias al momento del reconocimiento de las prestaciones económicas a las que haya lugar, dependiendo a que parte es atribuible la negligencia para efectuar el examen de retiro.

Así las cosas, en punto a la pretensión encaminada a que el Ejercito asuma los gastos que se desprendan al tener que acudir el actor a los servicios médicos, se tiene que, además de ser una acreencia económica futura que no puede ser objeto de discusión por vía tutela, se evidencia, en principio, una causa que se derivó por omisión de la parte interesada, por lo que es éste el que tiene que asumir las expensas que se originen para la práctica del examen.

Dejado ello advertido, acorde con las consideraciones expuestas, considera el Despacho, que la omisión en efectuar el aludido examen vulnera las garantías constitucionales del peticionario, máxime cuando está de por medio su salud, impidiéndole, eventualmente, permitirle adelantar los trámites administrativos relacionados con las prestaciones económicas y la continuidad en la prestación de los servicios médicos a las que podría tener derecho, en el evento en que se determine que las lesiones o patologías fueron adquiridas durante la prestación del servicio en la institución y que hayan afectado su capacidad laboral.

Por lo anterior, se amparará el derecho fundamental a la seguridad social invocado por el tutelante en contra de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y, en consecuencia, se le ordenará para que en un término no mayor a cinco (5) días siguientes contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reactivar los servicios médicos del actor, si aún no lo han hecho y dentro de los veinte (20) días contados al vencimiento del término inicial, continúe

con la práctica de los exámenes médicos de retiro al señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA.

De igual forma, se prevendrá al accionante para que asista a los exámenes y citas médicas programadas por la entidad, ello con el fin de dar continuidad desde su comienzo hasta su terminación, so pena, de configurarse el abandono del tratamiento.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – AMPARAR los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al debido proceso del señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.420.524 de Rio Iro, vulnerado por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

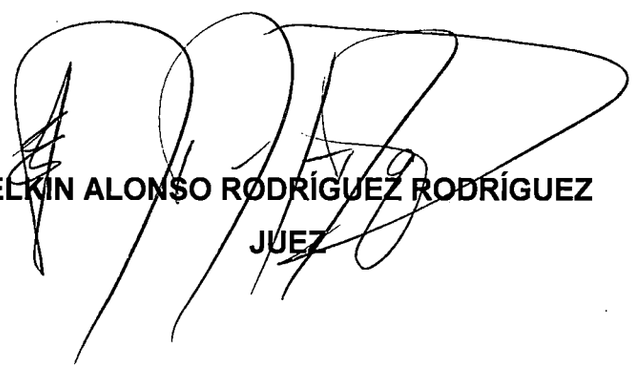
SEGUNDO. – ORDENAR al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD**, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en un término no mayor a cinco (5) días siguientes contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reactivar los servicios médicos del actor, si aún no lo han hecho y dentro de los veinte (20) días contados al vencimiento del término inicial, continúe con la práctica de los exámenes médicos de retiro al señor JOSÉ OCTUAR MOSQUERA PEREA.

TERCERO:- INFORMAR a las partes que la decisión podrán impugnarla dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este proveído

CUARTO.- Para los efectos de notificación de las partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. ORDENAR que, en el evento de no ser impugnada la presente decisión, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ