

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 2

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

STP1204-2018

Radicación 96356

(Aprobado Acta No. 27)

Bogotá D.C., primero (1°) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala la impugnación presentada por JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA, contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que negó el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Al trámite fue vinculada la Oficina de Medicina Laboral de la entidad mencionada.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

El 25 de agosto de 2008, el soldado profesional JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA en cumplimiento de una orden de operación resultó herido tras la activación accidental de un artefacto explosivo. Como consecuencia de ello, sufrió trauma en miembros inferiores y superiores con fractura en varios fragmentos del calcáneo derecho.

Denunció el peticionario que fue separado del servicio activo, a través de la Orden Administrativa de Personal 1468 del 22 de agosto de 2008, comunicada solamente hasta el 19 de septiembre siguiente, sin que se le hubieran realizado los exámenes médicos de retiro ni la valoración por la Junta Médico Laboral.

Así mismo, dio a conocer que el 21 de septiembre de 2017, solicitó al Director de Sanidad del Ejército Nacional la activación de los servicios médicos con la finalidad de concluir sus análisis y convocatoria de la Junta Médico Laboral Militar o de Policía.

Sin embargo, por oficio del 9 de octubre siguiente el Teniente Coronel Carlos Javier Monsalve Duarte, Oficial de Gestión Jurídica de Sanidad Militar, rechazó tal petición por extemporánea. Argumentó que el Decreto 1796 de 2000 dispone que dicha junta debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la expedición del acto administrativo de retiro, que para el caso concreto, fue comunicado el 19 de septiembre de 2008.

Por tanto, ahora acude ante la jurisdicción constitucional en busca del amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y salud. Consecuente con ello, solicitó que le efectúen los exámenes médicos de retiro y se convoque la respectiva Junta Médico Laboral Militar o de Policía.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA:

Por auto del 8 de noviembre de 2017, el Tribunal admitió la demanda y corrió el traslado correspondiente a las autoridades aludidas.

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional se opuso a la prosperidad de la tutela, pues en su criterio no reúne los requisitos generales de procedencia.

Agregó que existe una imposibilidad jurídica para acceder a las pretensiones del accionante, toda vez que al personal retirado le asiste la obligación de observar los términos que

enmarca el Decreto 1796 de 2000 en sus artículos 8 y 47 literal b para definir su situación. Estimó que en el caso bajo estudio se estructuró la prescripción del proceso de definición por sanidad, el cual debía realizarse dentro del año siguiente de la fecha de desvinculación.

El Tribunal negó el amparo pretendido. Encontró incumplido el presupuesto de subsidiaridad, en razón a que el oficio del 9 de octubre de 2017, a través del cual se rechazó la activación de los servicios médicos con la finalidad de realizar el examen de retiro y la Junta Médico Laboral es susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A la par, indicó que el accionante no precisó en qué consiste la vulneración de sus derechos fundamentales, ni acreditó qué circunstancias le impidieron reclamar dentro del término de dos meses la práctica de la junta médica que ahora pretende.

JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA impugnó el fallo. Expuso que la Dirección de Sanidad le suspendió los servicios médicos y no pudo continuar con el tratamiento durante el término previsto en la normativa que regula la materia por falta de recursos económicos.

Además, advirtió que en casos similares al suyo, no se exige el formalismo de la inmediatez y recuerda que por este medio constitucional se han amparado asuntos de contornos similares en los que ex servidores del Ejército Nacional dejaron pasar el término establecido legalmente para efectuar las diligencias concernientes a convocar la Junta Médica Laboral de retiro, dada la importancia de la evaluación médica establecida en el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, pues en ella radica la garantía que se le brinda a quien se retira del servicio, para reingresar a la vida civil en iguales condiciones de salud con las que llegó a la Institución. Por ello, afirmó, su requerimiento no es extemporáneo.

En sustento de lo anterior, adjuntó copia de la sentencia de tutela emitida el 28 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá bajo el radicado

201703035.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la segunda instancia respecto de la decisión adoptada por un tribunal superior de distrito judicial.

En primer lugar, advierte la Corte que el propósito de la presente acción constitucional es que se practiquen los exámenes médicos de retiro y se convoque a la Junta Médico Laboral con el fin de determinar la disminución de la capacidad psicofísica del ex soldado JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA. Así mismo, si las afecciones de salud fueron adquiridas o no durante la prestación del servicio y si hay lugar al pago de las prestaciones correspondientes.

Al respecto, el artículo 20 del Decreto 1793 de 2000 establece que el soldado profesional tiene la obligación de presentarse al establecimiento de sanidad respectivo para la práctica de los correspondientes exámenes físicos, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de su retiro, si no lo hace el Ministerio de Defensa Nacional queda exonerado del pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Por su parte, el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, determina que es obligación del Ejército Nacional practicar el examen de retiro dentro de los dos meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad. Igualmente establece que: «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».

De las disposiciones en cita, contrario a lo estimado por la primera instancia, no se desprende la imposibilidad de realizar el examen de retiro una vez fenecido el periodo de los dos meses al que se ha hecho referencia, por el contrario, se advierte su obligatoriedad con

independencia del tiempo en el que se practique.

No obstante, en caso de que dicho término sea superado, serán otras las consecuencias, pues, de un lado, existirá una posible exoneración del Ministerio de Defensa en el pago de las indemnizaciones a que pudiese haber lugar y de otro, en caso de que la falta de concurrencia del militar no se encuentre justificada, será éste quien debe asumir los gastos correspondientes para su realización, el cual, en cualquier caso, deberá evacuarse en los establecimientos de sanidad.

Dicha interpretación coincide con lo definido por la jurisprudencia constitucional, según la cual, el examen de retiro no es un derecho facultativo de las personas que dejen de pertenecer a la Fuerza Pública sino un imperativo ineludible, en el caso concreto, para el Ejército Nacional, el cual debe asumir las consecuencias que se derivan de no practicarlo. (Cfr. CC- T-948 de 2006 T-516 de 2009 y T-470 de 2010 y CSJ STP, 27 Feb 2014, Rad. 72087). En ese orden, no es cierto que haya caducado la oportunidad para solicitar la práctica de los exámenes de retiro ni para convocar la Junta Médico Laboral.

Como en este caso la entidad demanda no cumplió ese mandato legal, no puede ahora excusar su omisión en que el accionante no adelantó un trámite administrativo que no tenía la carga de promover. Así las cosas, resulta necesario que se realice la valoración a la que se hizo alusión, máxime cuando del material probatorio obrante en la actuación es posible establecer que las graves afecciones de salud que padece el señor ALEJO GARCÍA fueron generadas con ocasión del servicio militar.

En ese orden, es necesario revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, amparar los derechos a la salud y al debido proceso administrativo del actor.

En consecuencia, se ordenará a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que si no lo ha hecho aún, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión fije fecha y hora para la realización de los exámenes médicos de retiro de JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA,

e inicie los trámites para convocar a la Junta Médico Laboral.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. REVOCAR la sentencia del 22 de noviembre de 2017 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. En su lugar, AMPARAR los derechos a la salud y al debido proceso de JAIRO ANDRÉS ALEJO GARCÍA.
2. ORDENAR a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que si no lo ha hecho aún, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo fije fecha y hora para la realización del examen de retiro al accionante e inicie los trámites para convocar a la Junta Médico Laboral.
3. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

9