

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL  
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 3**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR  
Magistrada Ponente**

**STP027-2017**

**Radicación No 89342**

(Aprobado en Acta No 01 )

Bogotá, D.C., once (11) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Sala a pronunciarse acerca de la impugnación interpuesta por la apoderada del accionante ARGEMIRO

OSPINA AGUDELO, contra el fallo de tutela emitido el 31 de octubre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, mediante el cual negó el amparo de su derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana, debido proceso y petición, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional y el comandante del Ejército Nacional.

A la actuación fueron vinculados los directores General de Sanidad Militar, Sanidad del Ejército Nacional y el de la Unidad de Atención 3005 del Batallón de Infantería No. 7 “José Hilario López” de Popayán.

### **ANTECEDENTES**

Así fueron sintetizados por la Sala Penal del Tribunal a quo:

El señor Argemiro Ospina Agudelo, a través de apoderada judicial, pretende le sean amparados sus derechos fundamentales de “Petición”, “Salud”, “Vida”, “Dignidad Humana” y “Debido Proceso”, los cuales consideró vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional, el Comandante del Ejército Nacional, el Director de Sanidad del Ejército Nacional, el Director General de Sanidad Militar y el Director de la Unidad de Atención 3005 del Batallón de Infantería No. 7 “José Hilario López” de Popayán.

Como sustento de lo anterior, manifestó que fue incorporado el 11 de septiembre del año 2013, en el Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular, en perfectas condiciones de salud, razón por la cual aprobó los exámenes y pruebas psicofísicas practicadas para su admisión, tal como obra

en los archivos respectivos que reposan en la Institución Castrense.

Que el día 22 de febrero de 2014, siendo aproximadamente las 13:00 horas, en la vereda “La Cumbre Alta” del corregimiento del Mango, municipio de Argelia, Cauca, cuando el personal militar se aprestaba a realizar labores propias del servicio sufrió un accidente lesionándose su tobillo izquierdo, que le impidió su movilidad, tal como consta en el Informe Administrativo.

Posteriormente, de acuerdo con lo señalado en la historia clínica No. 11162668263, el 21 de marzo de 2014, en el Hospital Universitario “San José” de Popayán, se le tomó un TAC de tobillo izquierdo con reconstrucción 3D, y cuyo diagnóstico fue: *“... se observa una fractura oblicua no desplazada supra-maleolar externo con pequeño fragmento desplazado hacia el espacio tibio-peroneo.- se observa fractura de pequeño fragmento en el borde posterior de metafisis distal de la tibia”*.

En el mes de marzo del año 2015, se le suspendieron los servicios médicos asistenciales por parte de la entidad accionada.

El 24 de agosto de 2016, se radicó derecho de petición ante el Director de Sanidad del Ejército Nacional con sede en Bogotá D.C., solicitando se le activaran los servicios médicos, pero se dio respuesta negativa mediante oficio No. 20168451311551/MDN-CGFM-COEJC.SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1-10 adiado 30 de septiembre del año en curso.

En consecuencia, solicitó se ordene a las accionadas activarle los servicios médicos de los cuales era beneficiario y se le practique la junta medico laboral en aras de determinar su actual estado de salud y las indemnizaciones pecuniarias a que haya lugar.

## **TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA**

Avocado el conocimiento de la acción el Tribunal *A quo* ordenó correr traslado a las accionadas y vinculadas para que ejercieran el derecho de contradicción, quienes guardaron silencio sobre el particular dentro del traslado concedido para el efecto.

Sin embargo, luego de emitido el fallo de tutela, el Director General del Ejército destacó que no es posible gestionar la junta medico laboral, calificación de ficha médica y emisión de órdenes de concepto médico como quiera que el accionante dejó vencer los términos establecidos en el Decreto 1796 de 2000, en la medida que la fecha de su retiro se presentó en el año 2015, circunstancia que adicionalmente desconocería el principio de inmediatez.

Por lo anterior, dijo que la acción de tutela no puede ser utilizada para revivir términos prescritos por la inactividad del accionante, misma que en ningún momento fue justificada, además de existir otros recursos judiciales como podía ser la acción contenciosa administrativa.

## **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el 31 de octubre de 2016 la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, negando el amparo reclamado al haberse desconocido el principio de inmediatez, pues desde la desvinculación del actor ha transcurrido más de 1 año,

tiempo durante el cual no desplegó ninguna actividad para demostrar la afectación de sus derechos y reclamar por ello ante el Ejército Nacional, circunstancia que desconoce además los presupuestos establecidos en el Decreto 1796 de 2000.

### **LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada del accionante la impugnó, señalando que el tiempo transcurrido entre la época de la lesión sufrida y la presentación de la tutela ha sido más que justificada, máxime cuando durante dicho lapso ha adelantado diversos trámites administrativos ante la accionada para que sus derechos y garantías fundamentales le sean protegidos, no obstante, todo ha sido en vano, razón por la que se debió acudir a la acción constitucional.

Insiste nuevamente en la transgresión de los derechos fundamentales invocados, reiterando la obligación del Estado y de las Fuerzas Militares de prestar los servicios de salud y determinar el tratamiento que debe seguir el soldado retirado hasta tanto se establezca o estabilice su salud, máxime cuando las lesiones y enfermedades se adquirieron con ocasión del servicio.

En ese orden, y luego de referirse al derecho a la salud de los integrantes de las Fuerzas Militares, solicitó revocar la sentencia impugnada para que en su lugar se amparen los derechos invocados y se accedan a sus pretensiones.

## **CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1°, numeral 2° del Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, de la cual es su superior funcional.

El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

Ahora bien, la solicitud de amparo constitucional, presentada por la apoderada del ciudadano ARGEMIRO OSPINA AGUDELO, está orientada, en esencia, a que se ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional disponer la reactivación de los servicios médicos, así como que se practique el examen de retiro y la consecuente citación a la Junta Médica Laboral, para determinar su estado de salud físico y mental, de cara a establecer si le asisten otros derechos, pues afirma que la entidad demandada se ha sustraído de dicha obligación, a

pesar de presentar algunas patologías como consecuencia de las afecciones que adquirió mientras estuvo activo.

Por su parte, la Dirección General del Ejército Nacional, refirió no haber vulnerado derecho fundamental, pues el demandante no hizo uso de sus derechos dentro de los términos establecidos en el Decreto 1796 de 2000, en tanto que la novedad de retiro se produjo el 1° de junio de 2015, contando con el término de 2 meses para iniciar el trámite de allegar ficha médica unificada para la respectiva calificación, sin que exista prueba de que ello haya sucedido.

Sobre el particular, esta Sala tendrá que señalar que la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 del mismo año, reglamenta 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.

El Decreto 1796 de 2000<sup>1</sup> define como capacidad psicofísica el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas para ingresar y permanecer en el servicio activo de Fuerza Pública y de la Policía Nacional, en consideración a

---

<sup>1</sup> "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica 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"

su cargo, empleo o funciones. Esta capacidad psicofísica será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para desarrollar de forma normal y eficientemente la actividad militar y policial correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Así mismo, el artículo 8 del referido decreto, establece la obligación de realizar exámenes médicos y paraclínicos de capacidad psicofísica al momento del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y/o de la Policía Nacional. El examen de 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. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad psicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación<sup>2</sup>.

Respecto a la obligatoriedad de la realización del examen de retiro y la no prescripción del derecho a su práctica ha indicado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-948 de 2006, lo siguiente:

El examen cuando se produce el retiro es de obligatorio cumplimiento como lo dice expresamente la norma citada. Las

---

<sup>2</sup> C.C. ST-411 de 2006, ST 737 de 2013, entre otras.

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 la 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 solicité 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”. (Negrilla fuera de texto).

Y últimamente estableció<sup>3</sup>:

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que, entre tanto no se realice el examen de retiro, los derechos de las personas que pertenecieron a la fuerza pública no prescriben, y si del resultado del mismo se colige que el exmilitar 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 Militar para que establezca su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, de manera que se determine si tienen derecho al reconocimiento a la pensión por invalidez.

Lo anterior pone en evidencia no solo la obligatoriedad de las Fuerzas Armadas en adelantar el examen de retiro, sino los derechos que de allí se derivan para el servidor público.

---

<sup>3</sup> C.C. ST 875-2012

En el caso objeto de análisis, se estableció que ARGEMIRO OSPINA AGUDELO prestó el servicio militar obligatorio como soldado regular, adscrito al Batallón de Infantería No. 56 “Gr Francisco Javier González”, desde el 11 de septiembre de 2013.

Que el día 22 de febrero de 2014, en desarrollo de la operación Felino No. 006, siendo aproximadamente las 13:00 horas, en la vereda “La Cumbre Alta” del corregimiento del Mango, municipio de Argelia, Cauca, cuando el personal militar se aprestaba a realizar labores propias del servicio sufrió un accidente lesionándose su tobillo izquierdo, que le impidió su movilidad, tal como consta en el Informe Administrativo por lesiones suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería No. 56 “Gr Francisco Javier González” y en donde se consignó como circunstancia de la novedad «enfermedad profesional y/o accidente de trabajo»<sup>4</sup>

Luego, de acuerdo con lo señalado en la historia clínica No. 11162668263, el 21 de marzo de 2014, en el Hospital Universitario “San José” de Popayán, se le tomó un TAC de tobillo izquierdo con reconstrucción 3D, y cuyo diagnóstico fue: «... se observa una fractura oblicua no desplazada supra-maleolar externo con pequeño fragmento desplazado hacia el espacio tibio-peroneo.- se observa fractura de pequeño fragmento en el borde posterior de metafisis distal de la tibia».

---

<sup>4</sup> Fl. 56 C.O. 1

Al culminar sus servicios fue dado de baja por parte del Ejército Nacional con la Orden Administrativa de Personal No. 1607 del 1° de junio de 2015, sin que se le hubiese practicado el examen obligatorio de retiro, lo que conllevó además a que no se realizara la junta médico laboral, circunstancia que incluso reconoce la accionada, solo que ésta se escuda en el hecho de que el demandante incumplió con el proceso establecido para el efecto, al no haber allegado dentro de los dos meses siguientes los documentos necesarios para ello.

Además, el 24 de agosto de 2016, el demandante pidió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional la realización de los respectivos exámenes médicos ante la suspensión de su servicio de salud, petición resuelta en forma negativa el 21 de julio de la presente anualidad, reiterando el incumplimiento en el proceso de exámenes y pruebas - artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, por lo que los términos se encontraban prescritos y no se podía acceder a su solicitud<sup>5</sup>.

Así las cosas, si se confrontan los hechos probados con la jurisprudencia mencionada, resulta evidente que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, ha vulnerado los derechos fundamentales del señor ARGEMIRO OSPINA AGUDELO a la salud y al debido proceso administrativo, pues pese a tratarse de una obligación a cargo del Ejército Nacional, finalmente no se realizaron los exámenes médicos al momento de su desvinculación, de manera que en este caso no opera la prescripción que alega la entidad demandada y por ende, ésta

---

<sup>5</sup> Fl. 62 C.O. 1

debe asumir las consecuencias de su negligencia, máxime cuando no probó que hubiere requerido al actor para tal fin o adelantado las diligencias necesarias para llevar a cabo la junta médico laboral.

Como se indicara, el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000, consagra la obligación de practicar un examen médico de retiro, con la misma rigurosidad prevista para el examen de ingreso, a todas aquellas personas que van a ser dadas de baja del servicio militar activo, con miras a asegurar que quienes cumplieron con la labor castrense, se reintegren a la vida civil en las óptimas condiciones de salud con las que ingresaron, o en caso contrario, para determinar el tipo de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica que requieran mientras se logra su recuperación; obligación que para el caso es cuestión revestía suma importancia ya que el accionante había desarrollado ciertas enfermedades durante el tiempo de servicio y con ocasión del mismo. Razón por la que requería la práctica de un examen clínico que determinara la procedencia de un procedimiento quirúrgico, con el fin de contrarrestar las secuelas que se han generado a raíz de sus quebrantos de salud, máxime que cuando ingresó a prestar el servicio militar obligatorio se encontraba en perfecto estado de salud física y mental.

Ahora, no se desconoce que la atención en salud para los miembros de las Fuerzas Militares, cesa en el momento en que ocurre la baja o la desvinculación del individuo, sin embargo, no hay que perder de vista que de acuerdo con la

jurisprudencia constitucional, la prestación debe continuar hasta que su situación sea resuelta, cuando la lesión o enfermedad haya sido adquirida con ocasión del servicio<sup>6</sup>,

Por tanto, como los padecimientos del accionante se produjeron durante el servicio, en razón y con ocasión del mismo, resulta inaceptable que la entidad accionada interrumpa intempestivamente la atención médica que venía recibiendo, con fundamento en la terminación de su vinculación con la institución.

Sobre el particular, en sentencia del 13 de mayo de 2015, esta Corporación precisó:

(...) Ahora, cuando quien demanda la atención pertenece a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, es evidente que el servicio será prestado por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a través de los establecimientos de sanidad. Por manera que el retiro o el desacuartelamiento de la institución conlleva, en principio, que esa obligación de atención médica y asistencial cese, pues es lógico que el sistema opere para quienes se encuentren vinculados, no de otra manera podría sostenerse.

Sin embargo, esa regla admite excepciones, pues si se demuestra que las afecciones padecidas por el ex uniformado son producto de la prestación del servicio, es decir, se adquirieron por causa o razón del mismo, o que siendo anteriores a éste se han agravado durante la actividad militar o policial, la institución tiene el deber de continuar prestando la atención médica, ya que no puede abandonar y desproteger a una persona que ingresó en buenas

---

<sup>6</sup> Sentencia T-396 de 2013

condiciones de salud y que por haber prestado el servicio a la patria resultó disminuida en su capacidad psicofísica.

En efecto, cuando un individuo ingresa al Ejército Nacional, o a la Policía Nacional, se le hacen los exámenes de rigor, tras lo cual se le considera «apto para el servicio», lo que supone que su alistamiento fue en condiciones óptimas; luego si durante la prestación del mismo sufre un accidente, una lesión o adquiere una enfermedad que le deja como consecuencia una afección física o psíquica, los establecimientos de sanidad, con independencia de su vinculación, deben continuar prestando la atención médica que sea necesaria, siempre que de no hacerlo oportunamente pueda ponerse en riesgo la salud, la vida o la integridad de la persona<sup>7</sup>.

Finalmente, precítese que, contrario a lo manifestado por el juez a quo, el tiempo transcurrido entre el retiro de actor del Ejército Nacional y la formulación de la presente tutela, no inhibe el amparo deprecado, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional en un caso similar al presente, del cual se transcriben los apartes más relevantes:

(...) el requisito de la inmediatez es un aspecto esencial del mecanismo de tutela que está estrechamente relacionado con su interposición en un plazo prudencial. Tal razonabilidad temporal para presentarla se encuentra determinada por la finalidad misma de la tutela, la cual deberá ser ponderada en cada caso concreto.

Como lo ha señalado esta Corporación, la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello

---

<sup>7</sup> CSJ, STP, 13 de mayo de 2015, Rad. 79338

hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado ciertas condiciones, no taxativas, por las cuales resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela. La primera de ellas es que se produzca una vulneración que resulte permanente en el tiempo. Así, a pesar de que el hecho que originó la vulneración sea lejano en el tiempo, la situación desfavorable del tutelante continúa y se verifica actualmente. La segunda condición es la especial situación de la persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales. Su particular situación debe hacer desproporcionado “el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

Con base en los precedentes jurisprudenciales referidos, la Sala estima que, en el caso sub iudice, la acción de tutela resulta procedente, no obstante el transcurso del tiempo alegado por la Dirección de Sanidad del Ejército. Tal como aparece manifiesto en la tutela interpuesta en el 2011, al señor José de los Santos Meléndez Villadiego se le practicó Junta Médico Laboral No. 2374 de fecha 28 de agosto de 2001, siendo declarado no apto para la actividad militar determinándole disminución de la capacidad laboral del 21,7 %. Producto de esta decisión, el tratamiento médico le fue suspendido y fue dado de baja del servicio activo. Es ante estas circunstancias, junto con el deterioro progresivo de su salud, que el tutelante, interpuso la demanda de tutela que se falló en el 2011.

Así las cosas, se revocará en su integridad la decisión impugnada, para en su lugar, conceder el amparo reclamado a favor de ARGEMIRO OSPINA AGUDELO de sus derechos fundamentales a la salud y al debido proceso administrativo, ordenando para el efecto a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que dentro del término perentorio de quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, practique los exámenes de retiro al accionante, convoque nueva junta médica y preste los servicios médicos que éstos determinen respecto de las patologías adquiridas o derivadas del servicio militar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Acciones de Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**1. REVOCAR** el fallo impugnado y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo a los derechos fundamentales a la salud y debido proceso administrativo de los que es titular ARGEMIRO OSPINA AGUDELO, por las razones consignadas en la anterior motivación.

**2. ORDENAR** a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** que dentro del término perentorio de quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo,

practique los exámenes de retiro al accionante, convoque nueva junta médica y preste los servicios médicos que éstos determinen respecto de las patologías adquiridas o derivadas del servicio militar.

**3.** Notificar a las partes de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**4.** Enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de esta decisión.

Cúmplase

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria