

Sentencia T-068/18

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO PROFESIONAL EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Procedencia de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas en las que se retira del servicio a un miembro de las fuerzas militares pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. No obstante, se ha advertido que si bien el análisis sobre la procedencia formal de la acción de tutela debe tener en cuenta los mecanismos creados por el legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que ofrece la acción constitucional, por un lado, y las medidas cautelares del cpaca, por otro, para la protección invocada en estos eventos.

DERECHO A LA REUBICACION DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL-Reglas jurisprudenciales

Para determinar la procedencia de la reubicación laboral existen algunos elementos que deben tenerse en cuenta. Resulta preciso que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la Institución, para lo cual deben evaluarse objetivamente las diversas aptitudes ocupacionales, habilidades, destrezas y la formación académica del ciudadano. Esto debe ser constatado por las Juntas Médico Laborales y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a quienes les corresponde apreciar “con criterios técnicos, objetivos y especializados” las competencias psicofísicas de los integrantes de las Fuerzas Militares, indicando específicamente qué tipo de actividades podrían desarrollar. Efectuado lo anterior, debe definirse la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación o capacitación del

sujeto; función que está a cargo de las jefaturas o direcciones de personal de la Institución a partir del concepto antes mencionado y en atención a su conocimiento de la estructura del personal interno.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Vulneración por Ejército Nacional, al disponer retiro de la Institución sin valorar objetivamente la posibilidad de reubicar laboralmente a soldado profesional en condición de discapacidad física

La acción de tutela es procedente para proteger transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada de un soldado profesional desvinculado del servicio activo por la disminución de la capacidad laboral cuando demuestra que se encuentra en unas condiciones económicas precarias que afectan gravemente su mínimo vital y el de su familia, integrada por sujetos de derechos prevalentes. En estos casos, el juez constitucional debe intervenir, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad natural, en el marco de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, adopta una decisión de fondo en la materia.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a Ejército realizar una nueva valoración integral, con el fin de establecer si el accionante es apto para continuar prestando sus servicios a la Institución, bajo qué condiciones y en que funciones podría desempeñarse

Referencia: Expediente T-6425881

Acción de tutela presentada por Óscar Hernán Madrigal Bocanegra, por conducto de apoderado judicial, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Comando General de las Fuerzas Militares – Dirección de Sanidad y Dirección de Personal del Ejército Nacional.

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados, en primera instancia, por la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1 de junio de 2017 y, en segunda instancia, por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2017, dentro de la acción de tutela promovida por Óscar Hernán Madrigal Bocanegra, por conducto de apoderado judicial, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Comando General de las Fuerzas Militares – Dirección de Sanidad y Dirección de Personal del Ejército Nacional.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio de auto del 27 de octubre de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Diez.

I. ANTECEDENTES

El 22 de mayo de 2017, el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra presentó acción de tutela, para reclamar la defensa de los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital, la salud, la estabilidad laboral reforzada y el debido proceso. Considera que las autoridades accionadas violaron estos bienes constitucionales al desvincularlo del Ejército Nacional argumentando su inaptitud para desempeñar labores propias del servicio activo, en razón a la disminución de la capacidad psicofísica que adquirió en ejercicio de sus funciones. Aduce que tal determinación se adoptó desconociendo que la enfermedad adquirida nunca fue un impedimento para desempeñar de manera óptima las tareas asignadas, inclusive, hasta el día de su retiro, y desconociendo, en consecuencia, su competencia profesional para desarrollar otro tipo de oficios de naturaleza administrativa o equivalente al interior de la Institución. Por ello solicita, en síntesis, la reincorporación al ente castrense y la posterior reubicación laboral.

Los hechos expuestos por el accionante en su escrito de tutela, son los siguientes:

1. Hechos

1.1. El señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra es una persona de 33 años de edad[1] y se ha desempeñado como soldado profesional del Ejército Nacional durante más de 12 años, cumpliendo con mérito las funciones propias del servicio que le han sido asignadas. Asegura que tal circunstancia lo ha hecho acreedor de diversos reconocimientos dentro de la Institución.

1.2. Explica que en ejercicio de las actividades militares, concretamente en el año 2013, comenzó a padecer fuertes dolores en su columna vertebral debido al hecho de tener que cargar constantemente “peso excesivo en equipo de campaña, munición”[2], por virtud de sus oficios como fusilero y relevante de guardia[3] que desempeñaba en el Batallón “General Domingo Caicedo”, así como por el hecho de someterse con frecuencia a largos recorridos y caminatas, propios de la profesión[4].

1.3. Señala que en razón de ello fue diagnosticado con “Lumbociática M -544 – Sacroilitis M461 – Discopatía L5S1” y, por consiguiente, sometido a terapia física y de rehabilitación para mitigar la dolencia advertida, situación que, afirma, no obstaculizó que continuara desarrollando las labores operativas y de custodia que regularmente venía realizando en el servicio[5].

1.4. Manifiesta que pese a su competencia para ejercer labores como soldado, el 11 de abril de 2016, la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional emitió un dictamen médico de aptitud psicofísica indicando que presentaba una incapacidad permanente parcial de origen profesional denominada “Lumbalgia crónica [asociada] con discopatía con limitación funcional” y le asignó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 12%[6].

1.5. Asevera que tal condición, según las autoridades médicas, evidenciaba su inaptitud para continuar en la actividad militar, por lo que no se recomendó su reubicación dentro de la Institución, ya que a juicio de la Dirección de Sanidad “el soldado cursa con una patología osteomuscular crónica degenerativa que le impide patrullar y portar equipo, [de ahí que] su permanencia en la fuerza empeoraría su afección y pondría en riesgo su salud y los intereses de la [entidad, además] no [se aportan] certificaciones académicas o de otras

competencias que [permitan] reubicarlo”[7].

1.6. Indica que ante este panorama, el 1 de agosto de 2016, solicitó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para que se revaluara la decisión adoptada y se dispusiera su reubicación inmediata en un cargo de naturaleza administrativa o equivalente, teniendo en cuenta que no se probó la existencia de una causal objetiva que demostrara su inaptitud profesional para desempeñar otros oficios al interior del ente castrense y pese a ello fue desvinculado del servicio. Para sustentar lo anterior, aportó, en esa instancia, certificaciones académicas en diversas áreas[8].

1.7. Advierte que, el 1 de febrero de 2017, el Tribunal Médico profirió dictamen definitivo preceptuando que presentaba “Discopatía lumbar L5 – S1 que deja como secuela lumbalgia crónica sin radiculopatía”[9]. En criterio del órgano referido y siguiendo lo dicho por la Junta Médico Laboral se trataba de una incapacidad permanente parcial de origen profesional causante de una disminución física del 12%[10].

1.8. Asegura que atendiendo a este concepto, los galenos integrantes de la autoridad laboral reiteraron su inhabilidad para seguir ejerciendo la actividad militar y estimaron improcedente la reubicación laboral. Ello sin considerar, al parecer, su cualificación en otros oficios y sobre la base única de un concepto de idoneidad emitido el 31 de enero de 2017, a través del cual se dispuso que “el calificado demuestra falta de profesionalismo, abuso” pero en el que al mismo tiempo se habla de “sentido de responsabilidad, lealtad para con sus superiores y la institución”[11].

1.9. Señala el tutelante que tal concepto de idoneidad no consultó su realidad laboral ni su efectivo desempeño en la carrera militar, incluso, después del diagnóstico médico emitido. En efecto, en los registros del folio de vida que reposan en el Batallón donde prestó sus servicios, se observan anotaciones positivas de sus superiores en relación con la labor ejecutada durante el año 2016 en las que se exaltan su: (i) dinamismo, obediencia y disciplina, (ii) grado de cultura significativa, consagración al trabajo y profesionalismo, (iii) alto grado de compromiso institucional y excelente labor en el desarrollo de las funciones asignadas “de manera oportuna y veraz”[12].

1.10. A pesar de lo anterior, aduce, que mediante orden administrativa No. 1308 del 10 de marzo de 2017, suscrita por el Comandante de Personal[13] y el Director de Personal del

Ejército Nacional[14], se produjo su desvinculación de las Fuerzas Militares en “forma temporal con pase a la reserva”, en razón a la disminución de su capacidad psicofísica producto de las dolencias diagnosticadas[15]. Lo anterior con fundamento en lo prescrito en el artículo 8, literal A, numeral 2 y el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000.

1.10. A juicio del peticionario, su retiro de la Fuerza Castrense (i) se produjo sin considerarse que la enfermedad adquirida nunca afectó el ejercicio efectivo de sus funciones pues, inclusive, desde el momento en que fue diagnosticado con la patología y hasta su retiro de la Institución se desempeñó sin contratiempo alguno “en el área operativa en el batallón y también [ejerció] actividades como relevante de guardia, custodiando las instalaciones del batallón donde era orgánico”[16]; (ii) la decisión de la reubicación dependió de “un concepto o una apreciación subjetiva”[17], sin examinar objetivamente su capacidad productiva remanente para continuar en la entidad, ejerciendo “distintos cargos de carácter administrativo como de instrucción, logística o docencia [considerando que] puede ser útil en la formación de reclutas que llegan a los batallones, tiene idoneidad para trabajar con la comunidad en actividades sociales, tiene capacidad para manejo de archivo y logística [y] de computación”[18]; y (iii) se omitió que se encontraba en tratamiento médico para mitigar las dolencias que se originaron en el servicio activo.

1.11. Con fundamento en estos hechos, el actor acude al mecanismo constitucional invocando el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital, la salud, la estabilidad laboral reforzada y el debido proceso. En el escrito de tutela informó que su situación económica actual es precaria en razón a las múltiples obligaciones a su cargo, entre ellas, el pago de un crédito bancario por el que debe cancelar \$413,516 mensuales[19], el arriendo del inmueble donde reside[20] y la asunción de las necesidades primarias de su núcleo familiar, integrado por su esposa, dos hijos menores de edad y su madre, quienes dependen económicamente de él[21].

2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. Una vez se avocó el conocimiento de la presente acción de tutela por parte de la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de mayo de 2017, el Despacho ordenó notificar a las entidades accionadas para que ejercieran el

derecho de defensa y contradicción[22].

2.2. Vencido el término correspondiente, la Dirección de Personal del Ejército Nacional dio contestación al requerimiento judicial solicitando declarar la improcedencia del amparo, por la inexistencia de vulneración por parte de la entidad de los derechos fundamentales invocados[23]. Para sustentar esta postura señaló que, de conformidad con el Sistema de Información y Administración de Talento Humano, el soldado profesional Oscar Hernán Madrigal Bocanegra fue retirado del servicio activo mediante orden administrativa No. 1308 del 10 de marzo de 2017 con fundamento en la causal de disminución de la capacidad psicofísica, que da lugar a la separación temporal de la fuerza con pase a la reserva según lo establecido en el artículo 8, literal A, numeral 2[24] y el artículo 10[25] del Decreto Ley 1793 de 2000, “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

Resaltó que dicho acto administrativo goza de presunción de legalidad, la cual debe ser desvirtuada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de ahí que sea improcedente, en sede de tutela, acceder a la pretensión de reintegro del accionante especialmente considerando que “la planta orgánica del Ejército Nacional está limitada por las órdenes presupuestales del orden nacional, así como [por] las necesidades de personal necesarias para cumplir la misión constitucional que le compete a las Fuerzas Armadas, razón está suficiente para estar imposibilitado el Ejército Nacional, en ampliar su planta de personal sin contar con los recursos suficientes para el desarrollo de su misión”[26]. Advirtió que, en el caso concreto, siguiendo “las directrices establecidas por la Junta Médica, [se atendieron] las particulares condiciones médicas del señor Madrigal Bocanegra, a fin de evitarle un perjuicio mayor en su salud, por lo que [se recomendó] no ubicarlo laboralmente para el desarrollo de ninguna actividad militar”[27].

2.3. La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional guardó silencio, pese a la solicitud judicial.

3. Decisiones que se revisan

3.1. Decisión del juez de tutela de primera instancia

La Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante

providencia del 1 de junio de 2017, concedió el amparo del derecho fundamental a la salud del accionante y, en consecuencia, le ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional suministrarle la atención médica requerida para tratar las afecciones por él adquiridas en su oficio como soldado profesional. Para el Despacho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “las fuerzas militares tienen la obligación de prestar los servicios de salud a quienes han sido retirados del servicio por lesiones o afecciones adquiridas durante o con ocasión de la prestación del mismo, máxime cuando iniciaron un tratamiento médico para su enfermedad, estando activos en el servicio”[28]. Tal mandato de continuidad en la prestación de salud fue inobservado en el caso concreto, lo que generó la necesidad de adoptar medidas de protección tendientes a lograr la recuperación física del tutelante.

Agregó la autoridad judicial que, aunque el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye el mecanismo idóneo y eficaz para controvertir la legalidad del acto administrativo que dispuso la desvinculación del peticionario de la Institución oficial, resulta preciso, sin que ello suponga amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada del soldado, ordenarle a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que evalúe, en el marco de su autonomía y conocimiento, la posibilidad de reintegrarlo a la Fuerza Castrense en actividades de naturaleza administrativa, en un plazo máximo de 30 días. Lo anterior, considerando la existencia de algunos certificados académicos aportados al proceso de tutela por el ciudadano que evidencian su competencia para desempeñar otro tipo de labores, distintas a las operativas, dentro de la entidad.

En relación con las demás pretensiones invocadas (reintegro, reubicación, nueva calificación médica y pago de salarios y prestaciones sociales) se declaró improcedente el amparo.

3.2. Impugnación presentada por el apoderado judicial del accionante

La anterior determinación fue impugnada por el apoderado del actor, mediante escrito del 12 de junio de 2017, pidiendo revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados en la solicitud de tutela[29]. Reiteró que su representado tiene derecho a ser reintegrado a las filas del Ejército Nacional y posteriormente reubicado en un cargo de naturaleza administrativa o similar, en tanto es titular de la garantía de estabilidad laboral reforzada por haber adquirido afecciones en

actos propios del servicio. En su criterio, la acción de tutela es el mecanismo principal para lograr la protección inmediata que se requiere en orden a asegurarle al señor Oscar Hernán y a su familia, integrada por sujetos de posiciones de derecho prevalentes, unas condiciones materiales de existencia dignas, actualmente bajo amenaza.

3.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

Luego de impugnarse este fallo, conoció de la tutela en segunda instancia la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que mediante providencia del 6 de septiembre de 2017 confirmó la decisión del a quo. Para la Sala como quiera que las órdenes proferidas en primera instancia “no fueron objeto de impugnación”[30], la autoridad demandada debía cumplirlas. Advirtió que, en todo caso, “la pretensión de reintegro al Ejército Nacional no puede examinarse en sede de tutela, pues el demandante debió interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el mecanismo judicial para cuestionar la legalidad del acto que lo retiró del servicio y obtener el restablecimiento del derecho subjetivo afectado o la reparación del daño causado”[31]. En dicho escenario puede, incluso, solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva.

Aclaró que la solicitud de amparo no procede, ni siquiera, transitoriamente, pues “los problemas económicos que debe enfrentar el demandante a raíz del retiro no constituyen una especie de perjuicio irremediable”[32].

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente de tutela

Registro de actuaciones y del desempeño significativo del soldado profesional Oscar Hernán Madrigal Bocanegra durante el año 2016, suscrita por el Enlace de las Compañías del Batallón “General Domingo Caicedo”, Harold Arboleda Jiménez, del que se desprende lo siguiente:

“Concepto positivo competencia administrativa: Determinación de objetivos y fijación de procedimientos y medios para alcanzarlos: En la fecha se le efectúa el presente concepto por la forma como determinó los objetivos por alcanzar, fijar los procedimientos y normas para alcanzar los objetivos propuestos según lo ordenado por el Comando del Batallón.

Concepto positivo condiciones profesionales: Mejoramiento de la disciplina e imagen institucional: En la fecha se le efectúa el presente concepto positivo por el interés puesto de manifiesto en el mejoramiento de la disciplina logrando resaltar una imagen institucional enaltecida ante las demás unidades mostrando el interés de mantener las metas fijadas, cuerpo de espíritu, ganas de acertar en todo momento, en cada una de las órdenes emitidas por el comando de la unidad.

Concepto positivo condiciones personales: Cultura general: En la fecha se le efectúa el presente concepto por grado de cultura que posee, ha demostrado interés en el conocimiento de todas y cada una de las disposiciones y reglamentos que regulan en el ejercicio de sus actividades, el cual las cumple a cabalidad con obediencia y profesionalismo oportuno en beneficio propio y la (sic) de sus compañeros de trabajo se le exhorta para que continúe de igual manera.

Concepto positivo desempeño en el cargo: Consagración al trabajo: En la fecha se le efectúa el presente concepto a la excelente labor que ha venido desarrollando en sus funciones varias destacándose por cumplir de una manera oportuna y veraz las órdenes que se le encomiendan en cuanto a su alto grado de compromiso institucional y profesionalismo para cumplir los objetivos trazados por el Comando de la Compañía"[33].

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. La Sala de Revisión, a efectos de adoptar una decisión integral en el asunto de la referencia, requirió al señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra, para que suministrara información, por auto del 19 de enero de 2018. Mediante oficio del 25 de enero siguiente, el citado ciudadano dio contestación a cada uno de los interrogantes planteados[34].

En relación con la primer pregunta realizada: "Indicar en detalle quiénes conforman su núcleo familiar y la edad de cada uno de los integrantes, aportando la documentación necesaria que pruebe tal circunstancia. En este punto deberá precisar si los miembros de su familia dependen de él económicamente, explicando en forma concreta las razones de tal dependencia, esto es, si alguno de ellos presenta una limitación relevante u otra condición que les impida satisfacer autónomamente sus necesidades básicas", señaló que su núcleo familiar se encuentra integrado por su compañera permanente, quien cuenta con 27 años y se encuentra desempleada, sus dos hijos menores de edad (Kevin de 5 meses y Valery de 6

años) y su madre, de 54 años, que padece quebrantos de salud y no tiene un empleo. Todos ellos, dependían económicamente de los ingresos percibidos por su labor en el Ejército Nacional por lo que, a la fecha, presenta serias dificultades para asumir, bajo condiciones de dignidad, su manutención diaria.

En lo que corresponde al segundo interrogante: “Señalar si, a la fecha, se encuentra laborando, indicando el monto de los ingresos mensuales percibidos en caso de estar vinculado al mercado laboral y de dónde provienen. Además, cómo distribuye tales entradas monetarias para atender las necesidades básicas u obligaciones existentes, en concreto, el préstamo bancario que adquirió con la entidad financiera Colpatria y si recibe apoyo económico de algún tercero para sufragarlas. En caso afirmativo, deberá describir en qué consiste el apoyo, la regularidad y el monto del mismo”, indicó que, en la actualidad, se encuentra desempleado, no percibe ninguna entrada monetaria desde su retiro de la Institución Castrense ni recibe apoyo económico de “ninguna persona para sufragar los gastos mínimos de manutención mía y de mis hijos”[35]. Agregó que tiene una deuda con el Banco Colpatria que asciende a los \$24,000,000, ya que le están cobrando intereses corrientes y moratorios.

Acerca de la pregunta: “Establecer si, a la fecha, ha hecho uso de otros mecanismos de defensa distintos a la acción de tutela tendiente a lograr la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados en el escrito de amparo. En caso afirmativo, indicar el estado actual del proceso o la decisión adoptada, en el evento de existir”, contestó que, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional invocando su reintegro a la Institución. La demanda fue radicada el 22 de septiembre de 2017 y admitida formalmente, en el circuito judicial de Ibagué, el 30 de noviembre siguiente, encontrándose a la espera de ser citado a las respectivas audiencias de trámite[36].

Frente al interrogante formulado sobre: “Si al momento de la desvinculación del Ejército Nacional se encontraba en tratamiento médico y, en caso afirmativo, si con posterioridad al retiro de la institución se continuó garantizando el acceso a los servicios en salud requeridos para tratar las dolencias padecidas. En este punto deberá aportar copia de la historia médica que se encuentre en su poder e indicar si su núcleo familiar goza

igualmente de la prestación de los servicios de salud”, manifestó que al momento de su retiro se encontraba en tratamiento médico y que, a la fecha, se le está prestando la atención médica requerida por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército. Preciso que no cuenta con historia clínica en su poder en la medida en que ha sido atendido en diferentes establecimientos de salud de la ciudad de Bogotá, donde no le han hecho entrega de documentación alguna. Preciso que su hijo se encuentra afiliado a la EPS del Ejército desde su nacimiento y su hija está vinculada a la EPS Mediar.

Finalmente, comoquiera que la Sala le solicitó: “remitir la documentación necesaria que acredite su capacitación y desempeño efectivo en labores administrativas, docentes o de instrucción pedagógica a lo largo de su trayectoria profesional”, aquella fue allegada al proceso, advirtiéndose, de su contenido, que el actor es técnico en Asistencia en Administración Documental; realizó dos cursos de formación en el SENA sobre Sistemas de Inyección electrónica diesel aplicados en motores de maquinaria pesada y Mantenimiento correctivo eléctrico y electrónico de motocicletas y aprobó dos cursos en el Centro de Educación Militar -Escuela de Comunicaciones del Ejército Nacional relativos a Informática Básica y Radioperadores para Soldados Profesionales.

5.2. La Sala igualmente requirió a la Dirección de Personal del Ejército Nacional para que enviara con destino al proceso de la referencia la siguiente información: “(i) informar las razones precisas, de hecho y de derecho, que condujeron a la desvinculación del servicio del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra y por qué no se reubicó laboralmente dentro de la institución castrense en otro empleo”; “(ii) Aportar al proceso de tutela el folio de vida del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra en el que consten las funciones, actuaciones, calificaciones, condecoraciones, llamados de atención y, en general, el conjunto de conductas que han rodeado su prestación del servicio”; e “(iii) Indicar el trámite que se adelantó para proceder con la desvinculación laboral del soldado Óscar Hernán Madrigal Bocanegra de la institución castrense mediante orden administrativa 1308 del 10 de marzo de 2017”. Pese al requerimiento efectuado no se recibió respuesta alguna.

5.3. Así mismo, se le solicitó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que allegara al expediente de tutela: “copia de la historia clínica del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra”. A través de escrito del 30 de enero de 2018, la citada entidad señaló

que corrió traslado de la petición al Establecimiento de Sanidad Militar 5175 de Ibagué, por cuanto su función como dependencia es dirigir y coordinar la prestación de la atención en salud dentro de las Fuerzas Militares, mas no la de realizar actividades asistenciales como si lo efectúan los prestadores directos del servicio quienes cuentan con el historial médico de sus pacientes. Con base en lo dicho, pidió su desvinculación del trámite[37].

Como consecuencia de la actuación anterior, mediante oficio del 21 de febrero de 2018, el Director del Establecimiento de Sanidad Militar 5175 de Ibagué aportó al proceso de tutela copia de la historia clínica del accionante[38]. De ella se desprende que ante el diagnóstico “M513 otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral”[39] se recomendó la realización de una resonancia magnética de columna lumbosacra simple en tanto se evidenció “disminución del espacio intervertebral L5-S1, sin espondilolistesis, sin espondilólisis”[40].

ii. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y de los problemas jurídicos

2.1. En esta oportunidad, existe una decisión administrativa que dispuso la desvinculación del Ejército Nacional de una persona en condición de discapacidad. Se trata del caso del señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra quien se ha desempeñado como soldado profesional durante más de 12 años. En ejercicio de sus funciones como fusilero y relevante de guardia fue diagnosticado con “Discopatía lumbar L5 – S1 que deja como secuela lumbalgia crónica sin radiculopatía”[43] y pérdida de la capacidad laboral del 12%. En un primer momento, la Junta Médico Laboral estimó que tal condición clínica determinaba su inaptitud para la actividad militar sin posibilidad de reubicación laboral, pues “su permanencia en la fuerza empeoraría su afección y pondría en riesgo su salud y los intereses de la [entidad, además] no [se aportan] certificaciones académicas o de otras

competencias que [permitan] reubicarlo”[44]. En desacuerdo con dicha determinación, el actor acudió al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía; escenario en el que aportó los documentos que acreditaban su cualificación profesional en otras áreas.

En esta instancia, la autoridad especializada esgrimió nuevas razones para no recomendar la reubicación en la fuerza sobre la base de un concepto de idoneidad proveniente del Batallón donde el ciudadano prestaba servicios, y en el cual se cuestionó su profesionalismo para permanecer en la Institución Castrense. Frente a esta situación, el peticionario adujo que la recomendación de reubicación no podía obedecer a percepciones subjetivas sino a cuestiones objetivas relacionadas con su efectiva capacidad productiva, la cual se encontraba plenamente demostrada. En efecto, indicó que la enfermedad adquirida nunca fue un impedimento para desempeñarse con mérito pues, incluso, desde que fue diagnosticado con la patología y hasta el día de su retiro cumplió funciones en el área operativa y de custodia sin representar ningún peligro para sus compañeros ni para la Institución[45]. Además, contaba con una experiencia académica relevante para servirle al ente oficial en otros oficios distintos al militar; razones suficientes para descartar su inhabilidad profesional.

Sobre estas premisas, señaló que debía ordenarse su reintegro y reubicación laboral en el Ejército Nacional máxime cuando de tal determinación dependía la garantía efectiva de su derecho fundamental al mínimo vital y el de su familia, integrada por sujetos de derechos prevalentes y bajo amenaza desde su retiro del cuerpo oficial, ya que no ha logrado vincularse en el mercado laboral. Por estos hechos, acude al mecanismo constitucional, advirtiendo que a la fecha se encuentra en trámite una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Administrativa “siendo más demorado este proceso para que [se amparen sus derechos]”[46].

2.2. Con base en la situación fáctica esbozada y, a partir de los elementos de juicio que obran en el proceso, corresponde a la Sala determinar: ¿Si la acción de tutela es procedente, y con qué efectos, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre el mínimo vital del actor y de su familia, hasta tanto la Jurisdicción Administrativa tome una decisión de fondo en la materia?

De encontrar una respuesta positiva al anterior interrogante, deberá establecerse: ¿Si la

Dirección de Personal del Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada del soldado profesional, al desvincularlo de la fuerza castrense y no considerar la posibilidad de reubicarlo laboralmente dentro de la institución con fundamento en un concepto de idoneidad que cuestiona su profesionalismo para el ejercicio del cargo, aun cuando el ciudadano acredita aptitudes académicas relevantes para desempeñarse con mérito en otros oficios y ha demostrado competencia superior para el desempeño de las funciones asignadas?

2.3. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala Segunda de Revisión analizará (i) la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto; (ii) abordará la jurisprudencia de esta Corporación en materia de reubicación laboral de soldados profesionales que son retirados del servicio activo por presentar una pérdida de la capacidad laboral y, finalmente (iii) resolverá el asunto objeto de estudio, adoptando el remedio constitucional que resulte adecuado.

3. La acción de tutela presentada por Óscar Hernán Madrigal Bocanegra es procedente para buscar la protección transitoria de sus derechos fundamentales

En esta oportunidad se cumplen a cabalidad los requisitos de procedencia de la acción de tutela, esto es, la legitimación por activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. A continuación, se analizarán en detalle cada uno de los presupuestos mencionados, que sustentan dicha conclusión.

3.1. Legitimación para actuar

3.1.1. Legitimación por activa. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre[47]. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[48] establece que la referida acción constitucional “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”. En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor Pedro Antonio Palomino Anturi, en su condición de apoderado judicial de Óscar Hernán Madrigal Bocanegra, tal como se deriva del poder aportado al proceso[49]. Esta condición lo legitima para actuar y buscar la

protección inmediata de los derechos fundamentales del ciudadano en cuestión.

3.1.2. Legitimación por pasiva. De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[50], “[l]a 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 2 de esta ley”. En este orden de ideas, por un lado, la Dirección de Personal del Ejército Nacional -DIPER- se encuentra legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela, al atribuírsele, la presunta vulneración de los derechos fundamentales, en su condición de dependencia encargada de ejecutar las políticas, planes y programas relacionados con la administración, gestión y manejo del talento humano al interior de la Fuerza Castrense.

En relación con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional -DISAN- también se encuentra acreditada la legitimación por pasiva, por cuanto le corresponde garantizar la prestación de servicios integrales de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal del Ejército y de sus beneficiarios.

3.2. En el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela

3.2.1. Inmediatez. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Este exige que el amparo sea interpuesto de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho a presentar una acción constitucional “en todo momento” y el deber de respetar su configuración como un medio de protección “inmediata” de las garantías básicas. Es decir que, pese a no contar con un término preestablecido para efectuar la presentación, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición del amparo es razonable. De no serlo, debe analizar si existe una razón válida que justifique la inactividad del accionante, pues es inconstitucional pretender darle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo[51].

En el caso concreto, la acción de tutela que se revisa se radicó el 22 de mayo de 2017 y la demanda fue admitida esa misma fecha por la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El último acto -antes de la presentación de esta acción- que el peticionario considera compone el conjunto de hechos que ponen en riesgo sus garantías constitucionales y prevalentes, es la decisión administrativa proferida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 10 de marzo de 2017, por medio de la cual se ordenó su desvinculación de las Fuerzas Militares en “forma temporal con pase a la reserva”, advirtiéndose como motivo principal de tal determinación la disminución de su capacidad psicofísica producto de las dolencias diagnosticadas.

Dicho acto administrativo le fue notificado al actor el 24 de marzo de 2017. Esto quiere decir que desde el momento en que el tutelante tuvo conocimiento de la determinación de retiro y la interposición de la acción de amparo, transcurrieron casi 2 meses, término que se predica razonable.

3.2.2. Subsidiariedad. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un instrumento judicial de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario y se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o (ii) de existir, no resulta eficaz o idóneo en virtud de las circunstancias del caso concreto, como las condiciones personales de vulnerabilidad del afectado, o (iii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En este último caso, el juez debe valorar el perjuicio teniendo en cuenta que sea (a) cierto e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos que están ocurriendo o están próximos a ocurrir; (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que se lesionaría material o moralmente en un grado relevante, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado; y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable[52].

3.2.2.1. Sobre el asunto que ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas en las que se retira del servicio a un miembro de las Fuerzas Militares pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia[53]. No obstante, se ha advertido que si bien el análisis sobre la procedencia formal de la acción de tutela debe tener en cuenta los mecanismos creados por el Legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que ofrece la acción constitucional, por un lado, y las medidas cautelares del CPACA, por otro, para la protección invocada en estos eventos[54].

Diferentes Salas de Revisión de esta Corporación, al conocer casos similares al presente, han determinado la ineficacia, en concreto, de los medios judiciales ordinarios y destacado el carácter preferente de la tutela frente a este tipo de situaciones fácticas. Desde su óptica, “es cierto que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser apto para controvertir el acto administrativo que [retiró del servicio a un miembro de las Fuerzas Militares], y en su trámite, el accionante puede solicitar la suspensión provisional como medida provisional. Sin embargo, si bien la figura de la suspensión está siendo implementada de manera más activa por los jueces administrativos, ello no asegura que lo hagan en todos los casos, pues se trata de una medida facultativa, que de todas maneras, está sometida al análisis de validez del acto administrativo. Entonces, es posible que una decisión administrativa sea legal porque se ajusta a los estrictos y precisos términos de la ley, pero viole derechos fundamentales, con lo cual bien podría pensarse que no procede la medida cautelar de una decisión apoyada en la ley, pero sí la acción de tutela para proteger derechos fundamentales gravemente afectados, por lo que sería urgente la intervención del juez constitucional”[55].

Con base en estos planteamientos, la jurisprudencia ha estimado que la vía judicial de lo contencioso administrativo no es siempre idónea y eficaz para reponer la vulneración alegada pues, en ese caso, las medidas cautelares contempladas pueden no conceder una

protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales en tensión a la luz de las circunstancias concretas de vulnerabilidad de quienes resultaron afectados con la determinación de retiro. Sobre esta premisa se han construido un conjunto de criterios de decisión que pueden conducir al amparo cuando se verifica que el sujeto es titular de una protección constitucional por (i) haber sufrido una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor como soldado; (ii) presentar dificultad para vincularse al mercado laboral ya que su formación se ha enmarcado en el campo especializado de la vida militar; (iii) carecer de otros ingresos económicos distintos a los percibidos en su oficio en el Ejército para lograr su manutención y la de su núcleo familiar, integrado en la cotidianidad por sujetos de derechos prevalentes -como menores de edad-; (iv) situación que se agrava cuando la disminución física es inferior al 50%, pues imposibilita, en los términos de ley, la titularidad sobre la pensión de invalidez y (v) encontrarse privado del acceso a los servicios médicos requeridos para tratar las dolencias padecidas debido al retiro de la Institución.

Estas circunstancias, en su conjunto, conducen a que la acción de tutela se constituya en la herramienta idónea y eficaz, con la que cuentan los integrantes de la Institución Castrense para buscar la salvaguarda de sus garantías iusfundamentales bien sea en forma definitiva o transitoria, según el caso[56]. En relación con el carácter transitorio del amparo y atendiendo a la situación fáctica del asunto objeto de estudio, la sentencia T-413 de 2014[57] constituye un precedente relevante.

En aquella ocasión, la Sala Sexta de Revisión analizó cinco acciones de tutela presentadas por soldados profesionales del Ejército Nacional que fueron desvinculados de la actividad militar por presentar una disminución de la capacidad psicofísica, inferior al 50%[58], como consecuencia de accidentes sufridos en el desempeño de sus funciones. Las autoridades médicas especializadas consideraron que la pérdida de capacidad laboral diagnosticada sugería su inaptitud para continuar en la Institución y bajo esa misma lógica para ser reubicados laboralmente. Al examinar la procedencia de las solicitudes de amparo se advirtió que “la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor para cada caso concreto y partiendo de que en realidad se esté en presencia de una minusvalía demostrada y merecedora de estabilidad laboral reforzada”. En tal virtud, recordó que “una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre [la] viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y

otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales”.

Dentro de este análisis, se encontró que en dos de los casos estudiados, los accionantes habían acudido al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sin que se tuviera certeza del estado actual de tales procesos. Este hecho imponía una protección transitoria a los derechos fundamentales en tensión hasta tanto la Jurisdicción Administrativa resolviera lo de su competencia “teniendo en cuenta que [los actores] se [encontraban] en situaciones que [ameritaban] ser resueltas por vía de tutela”. En particular, permanecían bajo graves circunstancias de vulnerabilidad por estar desempleados, sin entradas monetarias o apoyo económico alguno y con obligaciones financieras por atender pues, incluso, en uno de los expedientes el ciudadano adeudaba cuotas de un crédito que en razón a su retiro no pudo seguir pagando oportunamente[59].

3.2.2.2. En el presente asunto, de acuerdo con la información allegada en sede de revisión, se tiene que el accionante, por conducto de su apoderado judicial, acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la decisión administrativa que dispuso su retiro del Ejército Nacional, sin haber solicitado el decreto y práctica de ninguna medida cautelar, particularmente, la suspensión provisional de los efectos de la orden de personal que dispuso su retiro de la Institución[60]. Tomando en consideración la argumentación esbozada con anterioridad, la Sala estima que el debate advertido en este caso encuentra en la acción de tutela un escenario de discusión adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sobre el mínimo vital del actor y de su familia, hasta tanto el juez natural adopte, en el marco de su autonomía judicial y de sus competencias, una decisión de fondo en la materia.

Como se sabe, el accionante es una persona en estado de debilidad manifiesta ya que fue diagnosticado con una incapacidad permanente parcial de origen profesional denominada “Discopatía lumbar L5 - S1 que deja como secuela lumbalgia crónica sin radiculopatía”[61] y calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 12%[62]. Desde su salida de la Institución Castrense ha tenido dificultades para interactuar y competir en el mercado laboral. Primero, por razón de su condición médica, la cual es vista como un impedimento para desenvolverse a plenitud en el campo profesional y segundo, porque en su calidad de

soldado ha cursado por espacio de 12 años una trayectoria de aprendizaje y formación que se enmarca en el campo especializado de la actividad militar, lo que ha determinado su supuesta inaptitud para desempeñarse en labores fuera de esa área y, en esa medida, acceder a una vinculación con cierta vocación de permanencia. En razón de ello, 11 meses después de su retiro no ha podido conseguir un trabajo estable y no cuenta con entradas monetarias para asumir su sustento diario, ya que el salario devengado en el Ejército Nacional equivalente a \$1'332,684.26[63] constituía su única fuente de ingresos a lo que se le suma que es el proveedor principal de su familia[64].

Estas circunstancias han afectado gravemente su mínimo vital y el de su núcleo familiar, integrado por sujetos de derechos prevalentes. En efecto, en la actualidad, tiene serias dificultades para asumir la manutención de su hijo Kevin Julián Madrigal Gaviria de 5 meses[65] y de su compañera permanente, Edna Rocio Gaviria Marroquín, quien cuenta con 27 años de edad y a pesar de no padecer ningún tipo de limitación física o mental carece de un empleo formal que le permita contribuir a sufragar las necesidades primarias del hogar[66], incluido el pago de arrendamiento de vivienda que corresponde a \$400,000 mensuales[67]. La precariedad advertida ha afectado también a su otra hija, Valery Michell Madrigal Riaño de 6 años de edad[68], con quien no vive pero respecto de quien tiene la obligación legal de proporcionarle una cuota mensual de alimentación de \$200,000[69], además de contribuir a los gastos de salud, educación y vestuario. Desde su desvinculación no ha podido cancelar integralmente tal monto y únicamente le ha podido brindar \$30,000 o \$40,000 mensuales por tal concepto[70].

Igualmente, de la información obrante en el expediente, se desprende que la situación de vulnerabilidad del tutelante ha generado efectos adversos sobre las condiciones de vida de su madre, Carmenza Madrigal Bocanegra; una mujer de 54 años de edad, con constantes quebrantos de salud, desempleada y carente de rentas, bienes o pensión alguna a quien su hijo, durante el tiempo que permaneció vinculado laboralmente, le brindó apoyo económico permanente al punto de depender integralmente de sus ingresos[71]. De los elementos de juicio que reposan en el proceso, se advierte de igual forma que la insuficiencia económica probada del peticionario le ha generado inconvenientes para atender obligaciones financieras contraídas con el Banco Colpatria; entidad con quien adquirió un préstamo bancario por valor de \$20'100,000 y que acostumbraba a cancelar mediante cuotas mensuales de \$413,516[72]. Durante el periodo de revisión, el actor informó que “para el

mes de abril del año 2017 debía la suma de \$18.034.111 y actualmente me dicen que debo la suma de más de \$24.000.000 cobrándome interés moratorio y corriente [por lo que] no he podido pagar las cuotas de préstamo del Banco Colpatria"[73].

Las circunstancias referidas, en su conjunto, reflejan que la situación económica actual del señor Madrigal Bocanegra y de su familia es bastante difícil, en la medida en que carecen de los ingresos necesarios para cubrir las necesidades propias de una vida digna. No puede perderse de vista que el actor sufrió una pérdida de la capacidad laboral que, siendo menor al 50%, no le permite adquirir, en los términos de ley[74], una pensión de invalidez que coadyuve, en parte, a su sostenimiento, pero sí determina su retiro del escenario laboral del cual provenían justamente las entradas monetarias para su congrua subsistencia[75]. Por estas razones, resulta imperativo adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar con suficiencia, dignidad y urgencia su mínimo vital, pues mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adopta una decisión definitiva en sede de control de nulidad y restablecimiento del derecho se podría ocasionar un perjuicio irremediable.

3.3. En suma, en el presente proceso hay un ciudadano que fue desvinculado del Ejército Nacional con fundamento en la disminución de su capacidad laboral. Tal determinación generó efectos adversos sobre su mínimo vital y el de su familia, integrada por sujetos de derechos prevalentes, ya que el salario percibido en la Institución constituía su única fuente de ingresos para garantizar una subsistencia digna. Con miras a mitigar esta situación de vulnerabilidad, y en su concepción de tener que agotar los recursos judiciales a su alcance para lograr una protección de sus derechos, acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. La acción presentada está siguiendo su trayectoria natural conforme al trámite legal dispuesto, y mientras se adopta una decisión definitiva en la Jurisdicción Administrativa resulta imperioso analizar la procedencia material del amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Superado el análisis de procedibilidad, la Sala pasa a analizar la reiterada jurisprudencia en la materia objeto de debate.

4. El derecho a la reubicación laboral de los soldados que han sido retirados del servicio activo por presentar una pérdida de la capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

4.1. Esta Corporación ha sostenido pacíficamente que los derechos de las personas en condición de discapacidad deben ser asegurados de manera preferente según los principios específicos de la Carta Superior que otorgan una protección constitucional reforzada en su beneficio, y están contenidos en los artículos 2, 13, 47 y 54. La salvaguarda constitucional antes descrita está acorde con los instrumentos internacionales que se han suscrito con el fin de garantizar a estas personas el goce pleno en condiciones de dignidad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales[76] y en armonía directa con las diferentes regulaciones legislativas proferidas a nivel interno que han definido mecanismos de atención y apoyo para los individuos en situación de discapacidad[77].

Los mandatos de protección a favor de las personas en condición de discapacidad contienen obligaciones de aplicación inmediata a cargo del Estado, que suponen la adopción de las medidas que resulten necesarias para lograr la inclusión social de este grupo de la población y garantizar la igualdad real y material de oportunidades, así como el trato más favorable respecto de quienes han pertenecido a una minoría oculta, históricamente invisibilizada, y han tenido obstáculos para ejercer a plenitud sus garantías básicas. El deber estatal e incluso de los particulares de propiciar la plena integración a la vida en comunidad de este sector vulnerable, se materializa en todas las esferas de interacción humana y en los diferentes ámbitos primordiales de actuación, incluido el laboral por constituir este el espacio adecuado para potenciar las capacidades productivas individuales y forjar la realización de un plan de vida autónomo, acorde a las particularidades propias.

4.2. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que existe una protección especial en materia laboral para los sujetos en circunstancias de discapacidad, que se concreta en la necesidad de reconocer que, con independencia del vínculo laboral y del régimen al cual pertenezcan, las condiciones físicas, mentales o sensoriales no son motivo razonable para obstaculizar el surgimiento de una relación laboral, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable con el cargo que van a desempeñar, ni tal hecho puede determinar en forma exclusiva la eventual desvinculación del lugar donde se encuentran trabajando. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran y garantizarles a este grupo de individuos la posibilidad de ejecutar un trabajo acorde con su estado de salud, esto es, las condiciones necesarias para la materialización de un proyecto de vida[78].

Esta consideración especial que debe ofrecerse a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta se ha extendido a los miembros de la Fuerza Pública respecto de quienes resulta predicable la garantía de la estabilidad laboral reforzada cuando quiera que ven menguada su capacidad productiva por haber sufrido diversas afecciones en ejercicio propio de sus funciones. Tal mandato de protección no debe ser considerado como una exigencia de la caridad sino que debe ser entendido en virtud de los principios de dignidad humana y de solidaridad imperantes en un Estado social y democrático de derecho, en virtud de los cuales es preciso advertir que la sola disminución de las competencias psicofísicas de un miembro de la Policía o de las Fuerzas Militares en servicio no deviene en su necesaria desvinculación, sino que lo constitucionalmente admisible es su reubicación y rehabilitación en una actividad que se ajuste a las competencias físicas y mentales del servidor.

Resulta reprochable que quien ha dedicado su vida a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional así como al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas vea en el Estado una respuesta negativa de abandono y exclusión ante el advenimiento de circunstancias que lo ubican en una posición desventajosa respecto de la generalidad de personas. El inmenso compromiso que asume la Fuerza Pública en el cumplimiento de estos fines esenciales supone, inclusive, que los miembros de los entes militares y de policía se expongan a grandes riesgos comprometiendo hasta su vida misma y por tanto es al Estado, a través de todas sus instituciones y funcionarios, a quien le asiste el deber de protegerlos integralmente, brindándoles nuevas herramientas de adecuación social[79].

4.3. En tratándose de los integrantes de las Fuerzas Militares, concretamente de los miembros del Ejército Nacional, se ha indicado que aun cuando los artículos 8[80] y 10[81] del Decreto 1793 de 2000[82] prevén la disminución de la capacidad psicofísica como causal de retiro, tales disposiciones deben interpretarse y aplicarse de conformidad con la protección laboral reforzada que merecen las personas afectadas en su salud[83]. Esto implica que, previo a la desvinculación, es necesario que se realice una valoración objetiva de las condiciones de salud y competencias del sujeto, a fin de establecer si es posible disponer su reubicación en otro cargo. La finalidad de esta regla es reconocer que, con fundamento en el deber de reintegración social a cargo del Estado, las fuerzas productivas

de los soldados trascienden el ámbito del combate y, en esa medida, “el respeto por la autoridad, el mando y la obediencia”[84], como principios orientadores de su profesión, pueden manifestarse en el ejercicio de otros oficios, así ello implique una capacitación adicional para encontrar alternativas laborales compatibles con su situación.

Para determinar la procedencia de la reubicación laboral existen algunos elementos que deben tenerse en cuenta. Resulta preciso que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la Institución, para lo cual deben evaluarse objetivamente las diversas aptitudes ocupacionales, habilidades, destrezas y la formación académica del ciudadano. Esto debe ser constatado por las Juntas Médico Laborales y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a quienes les corresponde apreciar “con criterios técnicos, objetivos y especializados”[85] las competencias psicofísicas de los integrantes de las Fuerzas Militares, indicando específicamente qué tipo de actividades podrían desarrollar[86]. Efectuado lo anterior, debe definirse la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación o capacitación del sujeto; función que está a cargo de las jefaturas o direcciones de personal de la Institución a partir del concepto antes mencionado y en atención a su conocimiento de la estructura del personal interno.

De lo anterior se sigue que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que hacen las autoridades médicas especializadas debe ser congruente con la recomendación de reubicación, pues si se califica a una persona con una disminución productiva inferior al 50% pero se afirma que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar ninguna actividad, “la decisión es incoherente y con ella se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado y que acceda a una pensión de invalidez”[87]. En estos eventos, se entiende que la persona cuenta con un amplio porcentaje de capacidad laboral residual para desempeñarse en otro tipo de labores, diferentes a aquellas que ocasionaron su condición de discapacidad pues, incluso, tal porcentaje no alcanza a superar el establecido legalmente para acceder a la prestación económica de invalidez[88], lo que fortalece el argumento de proceder a la reubicación a efectos de contribuir, a la satisfacción de unas condiciones materiales de existencia dignas.

Acreditados estos supuestos surge, además, la obligación a cargo del Ejército Nacional de

ofrecer la atención continua en salud que resulte necesaria para lograr la recuperación integral del sujeto afectado, lo cual comprende la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación, readaptación y la rehabilitación adecuadas[89]. El fundamento constitucional de este deber deriva en el hecho de reconocer que quienes ingresan a prestar sus servicios en óptimas condiciones a la Fuerza Pública pero en el desarrollo de su actividad sufren un accidente, se lesionan, adquieren una enfermedad o ella se agrava y esto trae como consecuencia que se produzca una secuela física o psíquica, tienen derecho a que los establecimientos de sanidad les presten el servicio médico que sea necesario, pues de no hacerlo puede ponerse en riesgo su salud, vida o integridad que resultó afectada por el ejercicio propio de la actividad militar[90].

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que una vez el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares constate que hubo una afectación del derecho a la salud de sus miembros, con ocasión del servicio prestado “tiene el deber de brindar la atención a la salud del servidor cuando así lo requiera, debido a que las enfermedades progresan, la salud se deteriora y la obligación de brindar atención médica persiste, incluso cuando se efectuó el retiro de la institución de quien se vio afectado por causa del servicio. Por otra parte, se debe tener en cuenta que esos riesgos los debe asumir en la medida en que el régimen jurídico en materia de salud de los militares y policías es distinto del Sistema General de Salud, puesto que deben amparar mayores riesgos especiales y afectaciones de la salud que no cesan al momento del retiro de los servidores”[91].

Ahora bien, en algunas ocasiones, la medida de reubicación puede estar acompañada del pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación, sin embargo ha sido una decisión sobre la que no ha existido un pronunciamiento pacífico, quedando al criterio de protección de cada Sala de Revisión según las circunstancias propias de cada caso[92].

4.4. Con base en las consideraciones previas, se concluye que la regla de decisión se orienta a que, aun cuando el régimen especial para los soldados profesionales incluye la disminución de la capacidad psicofísica como causal para el retiro del servicio, su aplicación debe armonizarse con la protección constitucional a favor de las personas en condición de discapacidad, que impide tratos discriminatorios y exige la adopción de medidas de integración social en su favor consistentes en la reubicación laboral. Tal

garantía se encuentra sujeta a que el ciudadano afectado demuestre idoneidad para desempeñarse en un oficio de naturaleza administrativa, docente o de instrucción; aptitud que puede adquirirse mediante un proceso de capacitación o preparación interna y que, una vez constatado lo anterior, se defina, por la instancia especializada, la labor por desempeñar en un cargo que corresponda a las destrezas de la persona, a su formación y que sea, en todo caso, compatible con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado por las autoridades competentes[93].

El reintegro a la Institución deberá ir acompañado (i) de la prestación integral de los servicios de salud que se requieran para tratar las dolencias padecidas por el ciudadano, y, en algunos casos, (ii) del pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el retiro del cuerpo oficial, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

4.5. A continuación, la Sala se ocupará de estudiar algunos de los precedentes más relevantes y recientes en la materia, que encuentran similitud con el problema jurídico que aquí se debe resolver. En todos ellos, los accionantes han sido soldados profesionales que fueron desvinculados del Ejército Nacional por presentar una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%. En razón a tal determinación se enfrentaron a escenarios de vida adversos, ante lo cual la Corte intervino para lograr la eficacia material de sus garantías fundamentales. Para determinar el amparo, las distintas Salas de Revisión verificaron el cumplimiento de las reglas de decisión establecidas para la procedencia de la reubicación laboral y establecieron el alcance que debía otorgárseles a ellas.

Por un lado, se examinó la acreditación de un criterio subjetivo relacionado con la cualificación de los accionantes para desempeñarse en labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la Institución, a partir de la formación académica acreditada en el proceso, advirtiendo, en todo caso, el deber a cargo de la entidad de potenciar los conocimientos de los soldados. Es decir, la presencia de un factor de idoneidad que puede, inclusive, adquirirse y fortalecerse mediante un proceso de capacitación para que el ciudadano ejerza funciones útiles en beneficio del ente castrense. Verificado lo anterior se procedió a analizar la labor que efectivamente podía ser asignada a partir de la existencia de un cargo acorde con la preparación del sujeto. En este punto, la Corporación manejó presunciones en torno a la disponibilidad actual de una vacante sí, previo al retiro, los

accionantes fueron reubicados en otros oficios distintos al militar. Sin embargo, tal criterio objetivo se entendió relevante para efectos de determinar el remedio constitucional más adecuado y no para condicionar la protección constitucional dispensada en estos eventos. En consecuencia, se aclaró que un eventual argumento de inexistencia de plaza no puede frustrar la garantía de la estabilidad laboral reforzada de los soldados desvinculados del servicio, debiéndose buscar espacios de integración laboral.

Con base en estas premisas, se estimó que en virtud de los mandatos superiores de dignidad humana y de solidaridad previstos en favor de las personas en condición de discapacidad debía ordenarse, en atención a las condiciones de los casos, la realización de una nueva valoración objetiva de la capacidad psicofísica de los peticionarios, con el fin de determinar su aptitud para continuar ejerciendo funciones al interior del cuerpo oficial bien fuere en un cargo igual o similar al que desempeñaron antes de su retiro o, en su defecto y dependiendo de la competencia y de las condiciones de salud constatadas, en otro en el cual pudieran cumplir con una labor o actividad provechosa para la Institución, así ello implicara una política de capacitación o de profesionalización para encontrar alternativas laborales compatibles con la situación médica advertida.

4.5.1. En la sentencia T-729 de 2016[94], la Sala Tercera de Revisión se refirió a la situación de un soldado profesional del Ejército Nacional que, tras ocho años de servirle a la Institución, fue retirado del servicio activo por presentar una disminución de la capacidad psicofísica originada en actos propios de la actividad militar. De acuerdo con los hechos de la tutela, la activación de una granada y el ataque con ametralladoras por parte de integrantes de las FARC le ocasionaron graves lesiones en la cara y el cuerpo. Como consecuencia de este suceso se determinó su pérdida de la capacidad laboral en un 20,81%, sin recomendación de reubicación laboral por la existencia de graves patologías psiquiátricas. Estas circunstancias sirvieron de base para ordenar su retiro de la Fuerza Pública, ante lo cual el actor acudió al mecanismo de amparo invocando su reintegro e inmediata reubicación en labores administrativas, logísticas o de instrucción por encontrarse capacitado para ello[95].

En tal oportunidad se concedió el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso, el mínimo vital, la estabilidad laboral reforzada y la salud del actor. Para materializar la protección se dispuso dejar sin efectos la orden

administrativa de retiro del servicio y se ordenó la reincorporación del ciudadano en un cargo administrativo compatible con sus condiciones de salud, destrezas, conocimientos y grado de escolaridad, mientras que se determinaba, de forma definitiva, por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía si resultaba apto para la prestación del servicio militar o, en su lugar, debía ser reubicado en un oficio de otra naturaleza[96]. En este punto debían considerarse los cursos realizados por el accionante en documentación, archivo y contabilidad básica así como sus habilidades de liderazgo y disciplina, resaltadas en la hoja de vida[97]. Igualmente, se ordenó la afiliación inmediata a los servicios médicos requeridos en aras de continuar con el proceso de recuperación y con el tratamiento psiquiátrico iniciado.

Para sustentar esta postura, la Sala recordó que la decisión de retirar a un soldado con fundamento en sus afecciones de salud y sin siquiera analizar otras opciones de integración a la vida laboral (i) desconoce los esfuerzos de quien ha contribuido con mérito a la salvaguarda del orden público, arriesgando, incluso, su vida y (ii) olvida que la capacidad productiva del ciudadano no se agota por haber sufrido una mengua de su estado de salud en ejercicio propio de sus funciones, que, es menor al 50% y, por lo tanto, no le permite adquirir una pensión de invalidez. El reconocimiento de la dignidad humana exige plantear soluciones que atiendan el principio de solidaridad y consideren las demás aptitudes del individuo para continuar sirviéndole a la Institución a quien justamente “le corresponde potenciar los nuevos conocimientos en los soldados que han perdido algún grado de su capacidad psicofísica”. Una postura contraria es inaceptable y se sustenta en una razón discriminatoria.

4.5.2. Un panorama similar puede evidenciarse en el asunto analizado en la sentencia T-141 de 2016[98]. Allí, el accionante era un soldado profesional desvinculado del Ejército por haber sido calificado con una disminución del 13% de la capacidad laboral tras haber sufrido una caída de 12 metros de altura que le ocasionó una “hernia discal L5- S1”. Las autoridades médicas especializadas determinaron que la incapacidad permanente parcial de origen profesional diagnosticada no le permitía realizar funciones militares en forma satisfactoria y, en esa medida, no resultaba procedente su reubicación laboral, especialmente porque la permanencia en la fuerza podía impactar en forma negativa el proceso de rehabilitación integral al que estaba siendo sometido, sumado a que no se habían aportado certificaciones académicas que dieran cuenta de aptitudes ocupacionales para

aprovechar su capacidad laboral residual. Según el actor, pese a ello estaba dispuesto a recibir la capacitación técnica que requiriera para prestar sus servicios a la Institución.

Precisó que el accionante había sido calificado con una disminución inferior al 50%, la que, al parecer, determinaba su inaptitud para desempeñar cualquier actividad. Dicha consideración, estimó la Corte, era incoherente pues descartaba, sin motivación alguna, sus posibilidades residuales para desarrollar labores útiles, provechosas o meritorias dentro del amplio espectro misional del Ejército. Con base en ello, ordenó la reincorporación inmediata del actor al ente castrense y dispuso que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía evaluara nuevamente si el tutelante era apto para la prestación del servicio militar, o por el contrario debía ser reubicado bien fuera en el último cargo que ocupó en el Ejército Nacional como archivista[100] o en otro cuyas funciones fueren acordes con sus condiciones actuales, habilidades y destrezas, sin perjuicio de las capacitaciones a que hubiere lugar para materializar el mandato de reintegración social. Esa reincorporación debía traer aparejada la afiliación inmediata a los servicios médicos que presta la Institución. En el evento de concluir que el ciudadano no tenía la capacidad para desempeñar ninguna actividad, debía recalificarse su porcentaje de disminución física con el fin de determinar si podía acceder a la pensión de invalidez.

4.5.3. En igual sentido, la sentencia T-218 de 2016[101]. En aquella ocasión el actor era un soldado profesional retirado del servicio activo del Ejército Nacional por presentar una pérdida de la capacidad laboral del 21.24%. Mientras se encontraba en ejercicios de instrucción fue picado por un insecto en su ojo derecho lo que le ocasionó graves problemas de visión que a juicio de las autoridades de sanidad determinaron su inaptitud para la actividad militar sin recomendación de reubicación laboral. El ciudadano insistió mediante sendos derechos de petición en su reintegro al ente castrense, negándosele la solicitud argumentando la inexistencia de un cargo disponible. Para resolver la cuestión planteada, se advirtió que la respuesta brindada desconoció la especial protección que merecen las personas en condición de discapacidad y, concretamente, el mandato de reintegración social que supone, por encima de cualquier consideración formal, valorar adecuadamente las condiciones de salud del sujeto a fin de determinar si puede realizar otro tipo de actividades dentro de la Institución considerando de esta forma su fuerza productiva residual.

Sobre estas premisas, se concluyó que la calificación realizada al peticionario había sido desproporcionada puesto que no consultó su capacidad física, más aun teniendo en cuenta que la afección advertida era superable pues el ciudadano se sometió a una cirugía con la cual habría recuperado gran parte de la visibilidad. Con base en ello, se protegieron los derechos fundamentales al trabajo, la vida digna, el mínimo vital y la salud del tutelante, ordenándosele al Ejército Nacional reintegrarlo para que, a través, de la dependencia competente realizara una nueva Junta Médico Laboral en la cual se evaluara de manera integral su competencia psicofísica, con el fin de determinar las funciones que podría desempeñar.

4.5.4. Recientemente, en la sentencia T-652 de 2017[102], la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de un soldado que, en el marco de una operación militar, sufrió graves lesiones en el cuerpo, especialmente en el miembro inferior derecho, y fue diagnosticado con “trastorno de estrés postraumático” como consecuencia de la detonación de un artefacto explosivo. Tal circunstancia, según dictamen de la Junta Médico Laboral y posteriormente del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, le generó una limitación permanente parcial y una disminución de la capacidad productiva del 31.98%, lo que determinó su inaptitud para continuar ejerciendo la actividad militar, disponiéndose, en consecuencia, el retiro del servicio activo sin posibilidad de reubicación. A juicio del actor, tal determinación se produjo con fundamento en conceptos médicos antiguos y sin tenerse en cuenta su idoneidad profesional para desempeñar labores administrativas o de instrucción al interior de la Institución Castrense lo que afectó su vida laboral, personal y familiar.

En esta ocasión, la Sala estimó que el remedio constitucional adecuado comprendía el amparo inmediato de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo y la dignidad humana del accionante, debiéndose (i) dejar sin efectos la orden administrativa que dispuso su retiro de la Institución y (ii) disponer, en consecuencia, la reincorporación del ciudadano a la entidad bien fuere en el cargo que ocupó antes de ser desvinculado (auxiliar de archivo), o, de no ser ello posible, a otro cuyas funciones resultaren acordes con sus circunstancias actuales, habilidades y destrezas, sin que se desmejoraran las condiciones salariales en las cuales se hallaba inicialmente. Para ello, debía considerarse la continua formación académica del actor, quien había adelantado estudios en administración de archivo, herramientas informáticas y electricidad lo cual

ponía en evidencia sus capacidades para ejecutar tareas diferentes al intercambio armado.

Para sustentar tal postura, la Sala consideró que el principio constitucional de solidaridad exige la adopción de medidas afirmativas de inclusión en beneficio de los soldados profesionales que, en desarrollo de actividades de defensa del orden público, han adquirido una condición especial de salud. Ello es particularmente relevante dado el cambio del panorama nacional en el que es más propicio lograr otro tipo de realizaciones personales. La realidad social del país obliga a repensar el ejercicio militar de tal manera que pueda ser morigerado y no obedezca a labores propias de la confrontación y, en consecuencia, se abran espacios en los cuales aquellos que fueron víctimas del acontecer bélico puedan seguir desarrollando sus propósitos de vida, y de paso garantizar su subsistencia así como la de su núcleo familiar que, en el caso concreto, se encontraba integrado por la esposa del tutelante, su hijo de 6 años de edad y su madre de 67 años.

4.6. En suma, de acuerdo con los precedentes mencionados, “el soldado moderadamente disminuido en sus capacidades físicas puede ser destinado a cumplir tareas que no pongan en riesgo su vida en razón de sus condiciones de salud, con lo cual no se le otorga ningún beneficio sino se le garantiza la igualdad de trato consagrada como derecho fundamental en la Constitución. La obediencia y disciplina militares que garantizan la unidad de mando pueden satisfacerse a través de medios alternativos menos drásticos”[103]. Esto encuentra fundamento en los principios de solidaridad y de dignidad humana, en virtud de los cuales el respeto de la diferencia no se agota en la conmiseración o en el valor retórico de los principios fundamentales sino que debe traducirse en un comportamiento tolerante y respetuoso de la individualidad de cada persona, comenzando por sus mismas condiciones físicas y mentales.

5. La Dirección de Personal del Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales del señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra al disponer su retiro de la Institución sin valorar objetivamente la posibilidad de reubicarlo laboralmente

5.1. El asunto objeto de estudio plantea una controversia en torno al goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de una persona en condición de discapacidad física, que por espacio de 12 años permaneció vinculado a las Fuerzas Militares. En particular,

pone de relieve la situación de un soldado profesional del Ejército Nacional que, en ejercicio de su deber de salvaguarda e integridad del orden constitucional, fue diagnosticado con “Discopatía lumbar L5 – S1 que deja como secuela lumbalgia crónica sin radiculopatía”[104] por el hecho de tener que cargar constantemente “peso excesivo en equipo de campaña, munición”[105] en razón a su oficio como fusilero y relevante de guardia. La incapacidad permanente parcial diagnosticada le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral del 12% y con fundamento en tal condición clínica fue desvinculado del servicio activo.

El remedio constitucional a una controversia como la descrita ha sido planteado pacíficamente por esta Corporación, advirtiendo una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada del ciudadano desvinculado. Diferentes Salas de Revisión han determinado que el retiro de una persona que ingresó en la carrera militar bajo óptimas condiciones de salud para su ejercicio y adquirió una enfermedad o dolencia, o la empeoró, en el curso de su trayectoria como soldado, desconoce el postulado de reintegración social así como los principios constitucionales de dignidad humana y solidaridad. La desvinculación sin más comporta la idea de que una vez que se ha presentado una mengua en su capacidad laboral, los miembros del Ejército Nacional ya no son valiosos para la Institución sin siquiera plantearse la posibilidad de que puedan superarse y ejercer una ocupación útil y productiva, con mayor razón en el contexto actual en el que la visión misional de la entidad debe aproximarse hacia la asignación de labores distintas al combate mediante la implementación de las políticas de profesionalización y de capacitación técnica que resulten necesarias.

Las normas constitucionales, internacionales y legales vigentes entienden la situación de discapacidad como una realidad, esto es, desde el punto de vista de la diversidad, de aceptar la diferencia y por esta vía de aprovechar todas las potencialidades que tienen los seres humanos, independientemente del tipo de afecciones psicofísicas que los afecten[106]. Para reivindicar este mandato, la Corte ha entendido que el Estado tiene la obligación de propiciarles espacios de participación que contribuyan a su realización profesional, lo cual se concreta a través de la reubicación laboral. Para que esta garantía se materialice, la jurisprudencia ha establecido dos criterios de decisión. En primer lugar un criterio subjetivo de idoneidad asociado a la demostración de capacidad física y mental del sujeto para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la

Institución que puede, inclusive, adquirirse, potenciarse o fortalecerse mediante un proceso de profesionalización o capacitación técnica interna. Y un criterio objetivo, ligado a la efectividad del remedio constitucional por impartir relacionado con la existencia de una disponibilidad en la planta que atienda la formación académica del ciudadano, sus destrezas y sea, en todo caso, acorde con sus condiciones de discapacidad; definición que estará a cargo de la Dirección de Personal correspondiente.

A continuación, la Sala analizará el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales, específicas, relacionadas con la materia a partir del examen de la situación fáctica concreta y de los elementos de juicio obrantes en el proceso a fin de determinar si efectivamente ha existido una vulneración de garantías iusfundamentales como consecuencia de la decisión de la Dirección de Personal del Ejército Nacional de desvincular al actor del servicio activo sin recomendación de reubicación.

5.2. Verificación del primer requisito jurisprudencial: idoneidad para ejercer labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la Institución

5.2.1. Mediante orden administrativa No. 1308 del 10 de marzo de 2017, la Dirección de Personal del Ejército Nacional desvinculó de las Fuerzas Militares al señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra con fundamento en la disminución de su capacidad psicofísica producto de las dolencias médicas diagnosticadas. La anterior determinación se produjo en el marco de lo establecido en los artículos 8 y 10 del Decreto Ley 1793 de 2000[107], que contemplan tal circunstancia como causal para proceder al retiro de la Institución Castrense en forma temporal con pase a la reserva. Para fundamentar tal postura, la entidad se basó en los dictámenes de aptitud psicofísica proferidos, inicialmente, por la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional, el 11 de abril de 2016, y posteriormente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el 1 de febrero de 2017. Ambas autoridades médicas consideraron que el accionante presentaba una incapacidad permanente parcial de origen profesional generadora de una pérdida de la capacidad laboral del 12% y que tal condición evidenciaba su inaptitud para continuar en la actividad militar, por lo que no se recomendó su reubicación laboral[108].

Para la Junta Médico Laboral no era procedente la reubicación del accionante pues, a su juicio, “el soldado cursa con una patología osteomuscular crónica degenerativa que le

impide patrullar y portar equipo, [de ahí que] su permanencia en la fuerza empeoraría su afección y pondría en riesgo su salud y los intereses de la [entidad, además] no [se aportan] certificaciones académicas o de otras competencias que [permitan] reubicarlo”[109].

Enterado de que tal documentación resultaba indispensable para acreditar su fuerza productiva residual y, en esa medida, legitimar su reubicación laboral, el actor acudió al Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía; instancia en la que aportó las certificaciones que daban cuenta de sus destrezas académicas para desarrollar labores útiles y meritorias dentro del amplio espectro misional de la entidad.

En este escenario, la autoridad especializada tampoco sugirió la reubicación. En su criterio, la formación técnica del soldado era insuficiente para legitimar su reintegro al Ejército Nacional en otras actividades distintas a la militar, pues reposaba en los registros de la entidad un concepto de idoneidad que cuestiona la capacidad del ciudadano para el ejercicio de sus funciones. Tal concepto, de fecha 31 de enero de 2017, fue suscrito por el Teniente Coronel Miguel Ángel García Alarcón, perteneciente al Batallón “General Domingo Caicedo” donde el actor cumplió labores y advierte que el señor Madrigal Bocanegra “demuestra falta de profesionalismo, abuso”[110].

5.2.2. Del citado concepto de idoneidad no se desprende una fundamentación razonada o una causa suficiente que determine la ausencia de profesionalismo del accionante. Se evidencia únicamente la declaración en forma simple de este hecho sin mayores consideraciones de fondo. Ante este panorama y entendiendo que, en asuntos como el analizado, las razones para impedir la medida de reubicación laboral en beneficio de los soldados profesionales afectados en su salud deben ser objetivas y fundadas en el marco constitucional por la garantía efectiva de los derechos fundamentales que están en juego, la Sala requirió a la Dirección de Personal para que ahondara en las causas que condujeron a proferir un concepto desfavorable a la reubicación y, sobre esta base, poder establecer la razonabilidad de los motivos aducidos y su potencialidad para obstaculizar la protección laboral reforzada del señor Madrigal Bocanegra.

Con ese propósito, se le pidió que (i) informara las razones precisas, de hecho y de derecho, que condujeron a la desvinculación del servicio del soldado, y por qué no fue reubicado laboralmente dentro de la Institución Castrense en otro empleo; (ii) que aportara al proceso el folio de vida del actor; e (iii) indicara el trámite adelantado para proceder con su

desvinculación a fin de conocer si, previo a este momento, se adoptó alguna medida de reintegración social en su beneficio por razón de su condición de discapacidad.

Frente al requerimiento probatorio efectuado la entidad accionada guardó silencio. En este contexto, la Sala se enfrenta al siguiente escenario probatorio. Obra en el proceso un dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en el que se hace referencia a un concepto que cuestiona las aptitudes profesionales del accionante para desempeñarse adecuadamente en la Institución, sin que medie una debida justificación de tal circunstancia. Esa ausencia de motivación ha impedido conocer cuáles fueron los señalamientos objetivos de hecho y de derecho que justificaron, en pro del interés general, de la eficiencia del servicio militar y de la efectividad institucional, la inhabilidad del actor para el ejercicio de sus funciones. Tal situación redundante, inclusive, en la garantía del derecho fundamental al debido proceso en su componente de debida motivación, el cual adquiere particular relevancia en esta ocasión ya que contra el citado dictamen médico no procedía recurso alguno, siendo en consecuencia mayor el deber de argumentación que debía agotarse para garantizar correlativamente el ejercicio de contradicción del actor, máxime si estaba en juego su permanencia en la fuerza.

En primer lugar, se tiene que el accionante es una persona que ha demostrado un interés importante por superarse profesionalmente, adquiriendo formación diferente a la exclusivamente militar lo que le permite reclamar el derecho a ser considerado para el desempeño de otras actividades, como las relacionadas con las tareas administrativas, docentes o de instrucción. Durante el periodo de revisión, el actor allegó al proceso de tutela diferentes certificados académicos que demuestran su experiencia residual en varias áreas. Así pues, obra en el proceso, certificado de aptitud ocupacional del 17 de diciembre de 2015 emitido por el Instituto Politécnico Agroindustrial del Meta en el cual consta que el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra adquirió la calidad de técnico por competencias laborales en Asistencia en Administración Documental tras cursar y aprobar satisfactoriamente las asignaturas del área con una intensidad de 1760 horas.

Igualmente, se anexaron al expediente certificaciones provenientes del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- de fecha 3 de agosto de 2015, de las cuales se desprende que el accionante cursó y aprobó las siguientes dos acciones de formación: Sistemas de Inyección electrónica diesel aplicados en motores de maquinaria pesada y Mantenimiento correctivo

eléctrico y electrónico de motocicletas con una duración de 60 horas, respectivamente. De la misma manera, se allegó al expediente certificación del Centro de Educación Militar - Escuela de Comunicaciones del Ejército Nacional, del 5 de junio de 2009, de la cual se advierte que el soldado profesional Madrigal Bocanegra aprobó “con resultados excelentes”[111] el Curso Básico de Informática, el cual tuvo una intensidad de 40 horas. Así mismo, obra certificación del mismo centro de estudios aludido, pero de fecha 21 de noviembre de 2008, a través del cual se acredita que el ciudadano en mención “cumplió los requisitos exigidos por la institución, de conformidad con las normas legales y reglamentarias vigentes”[112] y, en consecuencia, aprobó el curso de Radioperadores para Soldados Profesionales[113]. Como se observa, el actor recibió capacitación e instrucción profesional en instituciones académicas del mismo cuerpo oficial donde se exaltó su excelencia.

En segundo lugar, las pruebas puestas a conocimiento de la Sala reflejan que tal mérito probado se extendió a lo largo de su ejercicio profesional como soldado y que la patología médica presentada, por la que fue sometido a tratamiento de rehabilitación, nunca fue un impedimento para cumplir satisfactoriamente sus deberes, entre otras razones, porque conservaba competencias residuales amplias. Se tiene que luego del momento en que el ciudadano fue diagnosticado con la enfermedad lumbar y hasta el día de su retiro, continuó cumpliendo cabalmente sus funciones en el área operativa y de custodia como regularmente lo venía realizando desde su ingreso a las filas del Ejército lo que evidencia su compromiso decidido para con la Institución. Como lo señala el tutelante, “desde que me emitieron concepto médico y me fue realizada la Junta Médico Laboral de la referencia me he desempeñado satisfactoriamente en cargos militares sin que haya puesto en peligro mi vida o la de mis compañeros ni haya empeorado mi estado de salud”[114].

Explica que de haber sido un peligro para la fuerza, la entidad no hubiera empleado sus últimos servicios en el campo de combate ni sus funciones, hasta antes de la desvinculación, hubiesen correspondido a las de relevante de guardia justamente por el alto grado de responsabilidad y cuidado derivado de la ejecución de dichas labores frente a la salvaguarda y mantenimiento del orden vigente. Obra en el proceso, Orden del Día No. 040 del Comando del Batallón de Infantería de Montaña No. 17 “General Domingo Caicedo” suscrita por el Teniente Coronel Miguel Ángel García Alarcón, es decir, el mismo que firmó el concepto de idoneidad objeto de debate, del que se desprende que el soldado profesional

Óscar Hernán Madrigal Bocanegra se desempeñó para el 26 de febrero de 2017, esto es, 12 días antes de su retiro de la Institución Castrense[115], como relevante de guardia[116].

Para justificar el rendimiento advertido, en los registros aportados al proceso acerca del desempeño del accionante para el periodo 2016, es decir, con posterioridad al suceso laboral mencionado (que inició en el año 2013)[117] y con anterioridad al retiro (10 de marzo de 2017) existen anotaciones positivas provenientes del Batallón al que estaba asignado el tutelante que exaltan sus cualidades. En efecto: (i) el 30 de enero de 2016 se emite un concepto positivo de condiciones profesionales en el que se destaca “el interés puesto de manifiesto en el mejoramiento de la disciplina logrando resaltar una imagen institucional enaltecida ante las demás unidades mostrando el interés de mantener las metas fijadas, cuerpo de espíritu, ganas de acertar en todo momento, en cada una de las órdenes emitidas por el comando de la unidad”; (ii) el 28 de febrero de la misma anualidad se profiere concepto positivo de condiciones personales “por [el] grado de cultura que posee, ha demostrado interés en el conocimiento de todas y cada una de las disposiciones y reglamentos que regulan [el] ejercicio de sus actividades, el (sic) cual las cumple a cabalidad con obediencia y profesionalismo oportuno en beneficio propio y la (sic) de sus compañeros de trabajo”.

El 14 de marzo siguiente (iii) se realiza una anotación administrativa relativa a la apertura de una investigación penal, al parecer, en contra del soldado. Se desconocen, las razones de su iniciación, la calidad en que fue vinculado el accionante a dicho trámite, su estado actual, y las eventuales determinaciones adoptadas en su interior pues, se reitera, la Dirección de Personal no se pronunció durante el periodo de revisión. En todo caso, de tal circunstancia no puede advertirse objetivamente la inidoneidad del peticionario y la perjudicialidad de su permanencia en la Fuerza pues, además, con posterioridad a este hecho (iv) el actor continuó demostrando cualificación en sus tareas tal como se evidencia del concepto positivo de desempeño en el cargo emitido el 22 de marzo de 2016 en el que se exalta su consagración al trabajo y, especialmente, “la excelente labor que ha venido desarrollando en sus funciones varias, destacándose por cumplir de una manera oportuna y veraz las órdenes que se le encomiendan en cuanto a su alto grado de compromiso institucional y profesionalismo para cumplir los objetivos trazados por el Comando de la Compañía”. El registro de actuaciones culmina con (v) un concepto positivo de

competencia administrativa de fecha 30 de diciembre del referido año que se justifica “por la forma como [el soldado] determinó los objetivos por alcanzar, [fijó] los procedimientos y normas [para cumplir] los objetivos propuestos según lo ordenado por el Comando del Batallón” [118].

5.2.3. Los elementos de juicio enunciados, en su conjunto, advierten que existe una inconsistencia entre el proceder laboral y profesional del accionante probado en el proceso y lo esgrimido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para no recomendar la reubicación. La Sala reitera que del concepto de idoneidad referido por la autoridad especializada no se desprenden razones objetivas, suficientes y razonadas que determinen la supuesta inaptitud del actor para desarrollarse cualificadamente dentro del Cuerpo Castrense. En su lugar, reposan en el expediente documentos que permiten concluir que el soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra (i) tiene acreditada una idoneidad residual para el desempeño de otras actividades distintas al intercambio armado, como las relacionadas con las tareas administrativas, docentes o de instrucción; destrezas que adquirió y consolidó, inclusive, en centros de estudios adscritos a la Institución oficial y, que (ii) durante su vinculación con el Ejército Nacional demostró no solo un mérito importante para superar y aprobar las acciones de formación académica que allí inició sino también para la ejecución de las labores propias de la actividad militar, tal como se desprende del registro de actuaciones en el que constan el conjunto de conductas que rodearon la prestación del servicio en el Batallón donde se desempeñó como fusilero y relevante de guardia hasta antes de su retiro.

En estos términos, la Sala entiende probado el cumplimiento de la primer sub-regla en la materia orientada a establecer que: la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución.

5.3. Verificación del segundo requisito jurisprudencial: definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a la capacitación del sujeto

5.3.1. Como se indicó con anterioridad, la verificación de este presupuesto tiene incidencia directa en la determinación del remedio constitucional más no en la materialización de la protección laboral reforzada a favor de las personas en condición de discapacidad. Con

todo, se ha entendido que el argumento de ausencia de plaza esgrimido por la entidad castrense no relleva al juez constitucional de brindar el amparo necesario cuando existen unos derechos fundamentales bajo vulneración o amenaza. En este contexto, y para efectos de la orden, la Corporación ha manejado presunciones sobre la disponibilidad de una vacante, advirtiendo que sí con anterioridad al retiro de la Institución, los soldados fueron ubicados en cargos distintos a los de combate es razonable concluir que existe una plaza que puede ser provista por el ciudadano. En caso contrario y, como manifestación del postulado de reintegración social, ha dispuesto que es necesario generar escenarios de integración laboral en los que pueda desempeñarse el sujeto; compatibles con sus condiciones de salud.

5.3.2. De las pruebas presentes en el expediente y de las afirmaciones realizadas por el peticionario se tiene que su desvinculación del Ejército Nacional se produjo sin plantearsele alternativas de reintegración en un oficio distinto al militar acorde con su situación médica. En este contexto, la Sala no puede aplicar las presunciones establecidas por la jurisprudencia y señalar, por consiguiente, que existe un cargo en particular que puede ser ocupado por el actor. Tal criterio, se insiste, es orientador del remedio constitucional por impartir y en el evento de no verificarse, activa a cargo de la entidad la obligación de propiciar escenarios de participación laboral compatibles con las necesidades del accionante. En todo caso, se precisa que frente a la efectividad de este mandato superior la entidad nunca presentó oposición alguna; dicho en otros términos, la inexistencia de una vacante en la sede administrativa no fue un argumento de fondo que se haya planteado para obstaculizar la reubicación laboral pretendida.

Durante el trámite de tutela, la Dirección de Personal simplemente indicó que “la planta orgánica del Ejército Nacional está limitada por las órdenes presupuestales del orden nacional, así como [por] las necesidades de personal necesarias para cumplir la misión constitucional que le compete a las Fuerzas Armadas, razón está suficiente para estar imposibilitado el Ejército Nacional, en ampliar su planta de personal sin contar con los recursos suficientes para el desarrollo de su misión”[119]. La argumentación esbozada corresponde a una afirmación general acerca de los requisitos constitucionales y legales para la configuración de las plantas de personal en el Estado, pero de ella no se advierte la inexistencia o la imposibilidad de proveer una vacante para el accionante, máxime cuando ni siquiera se valoró en qué cargo podía ser reubicado por haberse determinado su

supuesta inidoneidad profesional. Reconociendo esta situación de ausencia de valoración y considerando que quien tiene un conocimiento inmediato y directo sobre la estructura general de la nómina de personal es el ente castrense, pues ello hace parte de sus competencias legales y constitucionales, la entidad fue requerida en sede de revisión a fin de que ampliara las razones por las cuales el actor no fue reubicado. Pese al requerimiento, no se obtuvo pronunciamiento alguno.

Tal circunstancia de ninguna manera y, como se ha dicho reiteradamente, frustra el derecho del accionante a ser considerado para el desempeño de otras actividades, como las relacionadas con la actividad administrativa, docente o de instrucción en tanto subyacen suficientes razones de orden constitucional que conducen a establecer que en el presente caso hay unos derechos fundamentales que se encuentran en conflicto con la decisión de la Dirección de Personal del Ejército Nacional de retirar del servicio activo a una persona en condición de discapacidad; titular de una protección prevalente y que, por consiguiente, existe un mandato imperativo de reintegración social que debe atenderse mediante la generación de espacios de participación que permitan su realización y adecuación profesional.

No puede perderse de vista que nos enfrentamos a la situación de un soldado que por espacio de 12 años le sirvió al Ejército Nacional y tras sufrir una mengua en su condición de salud fue desvinculado sin siquiera valorarse objetivamente la idoneidad profesional para seguir cumpliendo labores útiles y productivas en la entidad. Ante esta circunstancia, la respuesta estatal no puede ser de abandono o de desprotección, pues como se resaltó a lo largo de esta providencia “la actividad militar sitúa al sujeto que la desempeña en un contexto de grandes riesgos y en contrapartida se debe activar un mayor grado de solidaridad por parte del Estado, la que al menos debe permitir que el sujeto cuente con nuevas herramientas frente a un contexto, que suele ser, hostil”[120]. Marginalar de la Institución Militar a los soldados que han sufrido una disminución de su capacidad laboral desconoce la posibilidad de desarrollar un componente logístico, documental y de capacitación importante en esta entidad que, además, se encuentra probado en el caso particular y que resulta relevante dentro del nuevo espectro misional del Ejército que trasciende el ámbito de la guerra.

5.3.3. En los términos expuestos, la Sala procederá a enunciar el remedio constitucional que

debe ofrecerse en el asunto bajo estudio.

5.4. El remedio constitucional por adoptar en el marco de la situación fáctica advertida: necesidad de garantizar el mandato de reintegración social

5.4.1. De un lado, está probado en el expediente de tutela que el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra es una persona que cuenta con la competencia para desempeñarse en cargos de naturaleza administrativa, docente o de instrucción dentro del Ejército Nacional que, se reitera, constituye el primer presupuesto jurisprudencial para determinar la procedencia de la reubicación laboral. Tales destrezas profesionales no fueron, sin embargo, valoradas objetivamente por la Dirección de Personal y, particularmente, por la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional a pesar de que en los registros y archivos de la Institución reposaba información suficiente de la que se advertía la capacidad residual del accionante para desarrollar labores útiles y meritorias dentro de la entidad, entre otras razones, porque parte de la formación adquirida se consolidó al interior de centros académicos del cuerpo oficial[121].

En este punto, la Sala advierte que el argumento inicialmente planteado por la Junta Médico Laboral en torno a la supuesta ausencia de certificaciones académicas del peticionario que justificaran la reubicación laboral no resulta constitucionalmente admisible pues, como quedó evidenciado, la Institución Castrense tenía en su poder elementos de juicio para constatar que el ciudadano efectivamente contaba con competencias relevantes para desempeñarse dentro del amplio espectro misional de la entidad y, además, tampoco hay prueba de que, ante un requerimiento efectuado por la Junta Médico Laboral tendiente a aportar la documentación referida, el actor se hubiese negado a adjuntar la información que acreditaba su capacitación. En esta medida, se conminará a la autoridad médico laboral para que se abstenga de incurrir en conductas como la advertida y, en adelante, realice una valoración integral y objetiva de las capacidades remanentes de los miembros del Ejército Nacional, afectados en su salud, antes de emitir un concepto de idoneidad psicofísico en la materia.

De otra parte, se tiene que de acuerdo con el accionante las afecciones lumbares que lo aquejaron nunca fueron un impedimento para continuar desarrollando, hasta el día de su retiro, las labores operativas y de custodia que regularmente venía realizando en el

servicio activo lo que evidencia su compromiso decidido para con la Institución. En efecto, advirtió que las dolencias adquiridas le generaron una disminución de la capacidad laboral del 12% lo que explica que, después de presentar la enfermedad, contaba con fuerza productiva residual amplia para continuar en la Institución sin poner en riesgo los intereses de la misma. Para probar tal hecho, reposa en el expediente un registro de las actuaciones y del desempeño del actor para el periodo 2016, es decir, antes de su desvinculación que reflejan la excelente labor en el desarrollo de las funciones asignadas “de manera oportuna y veraz”[122].

Finalmente, de la información obrante en el proceso surge que, como consecuencia de las afecciones sufridas en el servicio, el peticionario se sometió a tratamiento médico a fin de mitigarlas sin que se tenga noticia de su evolución actual. De la historia clínica del accionante se desprende que con ocasión del diagnóstico “M513 otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral”[123] se recomendó la realización de una resonancia magnética de columna lumbosacra simple al evidenciarse “disminución del espacio intervertebral L5-S1, sin espondilolistesis, sin espondilólisis”[124]. Tal información es indicativa del estado de salud del peticionario pero no determina su condición médica presente.

5.4.2. Ubicados en este escenario, esto es, en el que (i) existe una capacidad laboral residual demostrada y no valorada objetivamente, (ii) un desempeño cualificado en la profesión militar según la misma Institución Castrense y (iii) la presencia de unas afecciones de salud cuya evolución actual se desconoce, la Sala debe ofrecer un remedio constitucional que armonice tales supuestos en tensión en beneficio de la protección especial que merecen las personas en situación de discapacidad. En este punto, es preciso reiterar que el amparo por impartir será transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que quien acude al mecanismo de tutela es una persona que se encuentra en unas condiciones socioeconómicas precarias que tornan urgente la intervención del juez constitucional.

Como resultado de lo anterior: (i) se concederá la protección de las garantías básicas a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada del señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra; (ii) se dejará sin efectos transitoriamente la orden administrativa No. 1308 del 10 de marzo de 2017 suscrita por el Comandante de

Personal y el Director de Personal del Ejército Nacional que dispuso el retiro del actor de la Fuerza Castrense; y (iii) se le ordenará a la Dirección de Personal y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que dispongan de lo necesario para que el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, realice una nueva valoración integral, con el fin de establecer, a partir de criterios objetivos, si el accionante es apto para continuar prestando sus servicios a la Institución, bajo qué condiciones y en qué funciones podría desempeñarse. Para la adopción de esta determinación, la entidad deberá evaluar sus condiciones de salud actuales, destrezas, conocimientos, el grado de formación que se encuentra acreditado mediante las certificaciones académicas aportadas al proceso, así como sus habilidades de liderazgo resaltadas en los registros de actuación.

En el evento de resultar apto para continuar ejerciendo funciones dentro del Ejército Nacional, se procederá a su reintegro en el término de 1 mes, siguiente al vencimiento del plazo otorgado para realizar la evaluación correspondiente. En caso de concurrir alguna causal objetiva que impida su vinculación al Cuerpo Castrense por razones asociadas al comportamiento o la disciplina, deberá ser puesta en conocimiento del peticionario a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción.

En todo caso, se precisa que la decisión definitiva sobre la vinculación del actor con el Cuerpo Castrense deberá ser adoptada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, a la fecha, se encuentra en curso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra ante una autoridad judicial de la ciudad de Ibagué. Mientras que dure el proceso y se profiera la sentencia correspondiente, el ciudadano gozará de la protección constitucional dispensada en esta oportunidad.

5.5. Cuestiones adicionales: pretensión de prestación de servicios de salud y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación del soldado

5.5.1. En su escrito de tutela, el accionante invocó que se le continuara garantizando el acceso a los servicios de salud requeridos para mitigar sus dolencias pues como consecuencia del retiro del Cuerpo Castrense tal derecho fundamental dejó de ser protegido. Durante el periodo de Revisión, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

indicó que, en cumplimiento a los fallos de tutela de instancia, el actor se encuentra vinculado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y, en la actualidad, puede acceder “a los servicios en salud sin dilación alguna”[125]. Lo anterior fue confirmado por el peticionario quien manifestó, en atención al requerimiento probatorio efectuado por la Sala, que, a la fecha, se le está prestando el tratamiento médico que fue iniciado antes de ser desvinculado de la Institución.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “las fuerzas militares tienen la obligación de prestar los servicios de salud a quienes han sido retirados del servicio por lesiones o afecciones adquiridas durante o con ocasión de la prestación del mismo, máxime cuando iniciaron un tratamiento médico para su enfermedad, estando activos en el servicio”[126]. En el caso concreto, está probado que (i) el actor fue retirado del servicio con fundamento en dolencias adquiridas en ejercicio de sus funciones, (ii) con anterioridad al retiro, se encontraba en tratamiento médico y (iii) una vez se produjo su desvinculación el mismo fue suspendido[127]. Fue necesario que mediara una orden judicial para restablecer un servicio que nunca debió ser interrumpido lo que, a juicio de la Sala, desconoce la regla jurisprudencial en la materia.

En esa medida, (i) se confirmarán parcialmente las sentencias de instancia proferidas en el trámite de tutela, en tanto ampararon el derecho fundamental a la salud del señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra; y (ii) se le advertirá a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que con independencia de la decisión definitiva que se adopte en el marco de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra en curso, se le continúe garantizando al accionante la prestación de los servicios médicos que resulten necesarios para asegurar su proceso integral de recuperación funcional.

5.5.2. En relación con la pretensión dirigida a ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación de la Institución, la Sala negará tal solicitud considerando que, en esta oportunidad, el amparo es transitorio y será un juez administrativo quien determine el curso final de la vinculación del accionante con el Cuerpo Castrense y los diversos efectos derivados de tal determinación.

6. Reglas de decisión

6.1. Los miembros de las Fuerzas Militares que han adquirido enfermedades o lesiones en el

ejercicio de sus funciones son titulares de una protección constitucional prevalente que impone la adopción de medidas de reintegración social en su beneficio, por medio de las cuales se asegure la adecuación profesional en atención a las aptitudes laborales que conservan. Para materializar tal mandato, es necesario que con anterioridad a la determinación de desvinculación de la Institución Castrense, con fundamento en la disminución de la capacidad psicofísica, se evalué la posibilidad de asegurar su participación en otros escenarios laborales, a partir de la idoneidad que acrediten para ejercer actividades administrativas, docentes o de instrucción la que, inclusive, puede adquirirse mediante procesos de capacitación internos. Verificado lo anterior, las direcciones de personal correspondientes deberán definir el cargo en el que podrán desempeñarse que deberá ser acorde con sus condiciones de salud, destrezas, habilidades, conocimientos y, en general, el grado de formación profesional acreditado.

6.2. Una autoridad militar (Dirección de Personal del Ejército Nacional) vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada de un soldado profesional (Óscar Hernán Madrigal Bocanegra) al desvincularlo de la Fuerza Castrense y no considerar la posibilidad de reubicarlo laboralmente dentro de la Institución con fundamento en un concepto de idoneidad que cuestiona su profesionalismo para el ejercicio del cargo aun cuando el ciudadano (i) acreditó aptitudes suficientes para desempeñar labores útiles dentro de la entidad en la que, inclusive, adquirió formación académica con resultados meritorios y (ii) ha demostrado competencia y cualificación para el ejercicio de las funciones de defensa y salvaguarda del orden público que desplegó por espacio de 12 años. En estos eventos, se activa para el Estado una obligación de carácter solidario y un deber de protección efectivo de posiciones de derecho.

6.3. La acción de tutela es procedente para proteger transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada de un soldado profesional desvinculado del servicio activo por la disminución de la capacidad laboral cuando demuestra que se encuentra en unas condiciones económicas precarias que afectan gravemente su mínimo vital y el de su familia, integrada por sujetos de derechos prevalentes. En estos casos, el juez constitucional debe intervenir, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad natural, en el marco de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, adopta

una decisión de fondo en la materia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Segundo.- REVOCAR parcialmente dichos fallos judiciales en tanto negaron el reintegro y la reubicación del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra y, en su lugar, CONCEDER de manera transitoria, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital, la dignidad humana y la estabilidad laboral reforzada del accionante.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS transitoriamente la orden administrativa No. 1308 del 10 de marzo de 2017 suscrita por el Comandante de Personal y el Director de Personal del Ejército Nacional que dispuso el retiro de la Fuerza Castrense del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra.

Cuarto.- ORDENAR a la Dirección de Personal y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que dispongan de lo necesario para que el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, realice una valoración integral, con el fin de establecer, a partir de criterios objetivos, si el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra es apto para continuar prestando sus servicios a la Institución, bajo qué condiciones y en qué funciones podría desempeñarse. Para la adopción de esta determinación, la entidad deberá evaluar sus condiciones de salud actuales, destrezas, conocimientos, el grado de formación que se encuentra acreditado mediante las certificaciones académicas aportadas al proceso, así como sus habilidades de liderazgo resaltadas en los registros de actuación.

En el evento de resultar apto para continuar ejerciendo funciones dentro del Ejército Nacional, se procederá a su reintegro en el término de 1 mes, siguiente al vencimiento del plazo otorgado para realizar la evaluación correspondiente. En caso de concurrir alguna causal objetiva que impida su vinculación al Cuerpo Castrense por razones asociadas al

comportamiento o la disciplina, deberá ser puesta en conocimiento del peticionario a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción.

En todo caso, se precisa que la decisión definitiva sobre la vinculación del actor con el Cuerpo Castrense deberá ser adoptada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que, a la fecha, se encuentra en curso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra ante una autoridad judicial de la ciudad de Ibagué. Mientras que dure el proceso y se profiera la sentencia definitiva correspondiente, el ciudadano gozará de la protección constitucional dispensada en esta oportunidad.

Quinto.- ADVERTIR a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que con independencia de la decisión definitiva que se adopte en el marco de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra en curso se le continúe garantizando al soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra la prestación de los servicios médicos que resulten necesarios para asegurar su proceso integral de recuperación funcional.

Sexto.- CONMINAR a la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional para que se abstenga de incurrir en conductas como la advertida en esta providencia y, en adelante, realice una valoración integral y objetiva de las capacidades remanentes de los miembros de la Institución Castrense, afectados en su salud, antes de emitir un concepto de idoneidad psicofísico en la materia.

Séptimo.- NEGAR la pretensión de pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación del accionante de la Institución Castrense, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Octavo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El accionante nació el 6 de diciembre de 1984 según se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía aportada al proceso (folio 71 y folios 50 y 58 del cuaderno de Revisión). En adelante, siempre que se haga mención a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[3] Se refiere al grupo de soldados o de gente armada que defiende a una persona o custodia un lugar.

[4] Folio 65.

[5] En el expediente de tutela reposa un concepto de medicina física - rehabilitación emitido por el Doctor Julio E. Giraldo V, el 9 de noviembre de 2015, en el que le prescribe al actor la realización de 10 sesiones de fisioterapia para tratar las patologías descritas (folio 69).

[6] Obra en el proceso, Acta de la Junta Médico Laboral Militar No. 85034 de fecha 11 de abril de 2016 suscrita por los Oficiales de Sanidad, Jhon Fernando Reatiga, Lemuy Dinela Campos Peña y Javier Enrique Murillo Segovia en la cual se diagnostica al actor con: “Discopatía lumbar asociado con hipertrofia facetaria de L5 S1 sin compromiso radicular valorado y tratado por neurocirugía que deja como secuela A) Lumbalgia crónica asociado con discopatía con limitación funcional” (folios 32 y 33).

[7] Folio 33.

[8] De acuerdo con el peticionario, previo a su desvinculación de la Institución, debió

contemplarse la posibilidad de reubicarlo en cargos de naturaleza administrativa, logística o de instrucción pedagógica considerando que en su trayectoria profesional ha desarrollado diversas acciones de formación en el SENA, relacionadas con sistemas de inyección electrónica diesel aplicados en motores de maquinaria pesada y mantenimiento correctivo eléctrico y electrónico de motocicletas con una duración de 60 horas, respectivamente. Igualmente, ha realizado dos cursos en el Ejército Nacional, el primero de Radioperadores para Soldados Profesionales y el segundo de Informática Básica. También aduce que es técnico laboral por competencias en Asistencia en Administración Documental del Instituto Politécnico Agroindustrial del Meta (folios 34 al 38 y folios 46 al 51).

[9] Mediante Resolución 122 del 10 de octubre de 2016 fue autorizada la conformación del Tribunal y el 31 de enero de 2017 se dispuso la comparecencia del interesado a una valoración médica (folios 39 y 40).

[10] En el proceso reposa el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M17-022 del 1 de febrero de 2017 suscrita por los Representantes de la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, la Policía Nacional y el Ejército Nacional, Diana Isabel Zea Rojas, Ciro Joel Joya Hernández y Omar Arturo Cabrera Paz, respectivamente (folios 40 al 42).

[11] El anterior concepto fue suscrito por el Teniente Coronel Miguel Ángel García Alarcón perteneciente al Comando del Batallón “General Domingo Caicedo” (folio 41).

[12] Registro de actuaciones y del desempeño significativo del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra durante el año 2016 suscrita por el Enlace de las Compañías del Batallón “General Domingo Caicedo”, Harold Arboleda Jiménez (folio 65).

[13] Brigadier General Carlos Iván Moreno Ojeda.

[14] Coronel Giovani Valencia Hurtado.

[15] Dicho acto administrativo le fue notificado al actor el 24 de marzo de 2017 (folios 43 al 45).

[16] Folio 4.

[17] Folio 5.

[18] Folio 14.

[19] En el expediente obra certificado expedido por el Banco Colpatria en el que se registra un saldo de capital pendiente a cargo del actor por valor de \$18,034,111.27 al 17 de abril de 2017 (folio 62).

[20] Según lo manifestado por el actor el canón de arrendamiento corresponde a \$400,000 mensuales (folio 61).

[21] Tal afirmación se soporta en los Actos de Declaración con fines extraprocesales realizados por la compañera permanente y la madre del accionante (folios 56 y 57).

[22] Folios 75 al 80.

[23] Folios 89 al 91.

[24] Artículo 8, literal A, numeral 2 del Decreto Ley 1793 de 2000: “Clasificación. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:
a. Retiro temporal con pase a la reserva [...]2. Por disminución de la capacidad psicofísica [...].

[25] Artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000: “Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”.

[26] Folio 90.

[27] Folios 90 y 91.

[28] Folio 85.

[29] Folios 97 al 112.

[30] Folio 125.

[31] Folio 125.

[32] Folio 125.

[33] Folio 65.

[34] Folios 41 al 63 del cuaderno de Revisión.

[35] Folio 41 del cuaderno de Revisión.

[36] La demanda se radicó el 22 de septiembre de 2017. El 26 de octubre siguiente se inadmitió por no reunir los requisitos señalados en la ley y se concedió un término de 10 días para corregirla. El 7 de noviembre se presentó escrito de subsanación de la demanda y el 30 de noviembre se admitió formalmente la misma. La última actuación registrada en el proceso es del 7 de diciembre de 2017 cuando quedó ejecutoriado el auto anterior que admitió la demanda. El número de radicación del proceso es 73001333300820170030400. Esta información se obtuvo mediante la consulta del link <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=jtxBAfqdDTwbDn5i0%2f3F0y%2bGsGo%3d> de la Rama Judicial.

[37] Folios 66 y 67 del cuaderno de Revisión.

[38] Folios 69 al 77 del cuaderno de Revisión.

[39] Folio 72 del cuaderno de Revisión.

[40] Folio 71 del cuaderno de Revisión.

[41] Folio 29.

[42] Folios 24 al 33 del cuaderno de Revisión.

[43] Folios 39 y 40.

[44] Folio 33.

[45] En palabras del apoderado del actor: “Tanto el Tribunal Médico Laboral como los integrantes de sanidad militar erran en sus apreciaciones respecto a la capacidad laboral

del actor por cuanto no tuvieron en cuenta que pese a encontrarse en tratamiento médico siempre se desempeñó en cargos de carácter operativo dentro y fuera de la guarnición militar y de haber sido el actor un peligro para la fuerza no hubieran utilizado sus servicios en el campo operativo, pues de haberse empeorado su salud no hubiera cumplido sus últimos servicios como relevante de guardia” (folio 5).

[46] Folio 41 del cuaderno de Revisión.

[47] Constitución Política, artículo 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”.

[48] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[49] Folio 31.

[51] Si bien el término para interponer la acción de tutela no puede establecerse de antemano, el juez está en la obligación de verificar cuándo no se ha interpuesto de manera razonable para evitar que se convierta en un factor de inseguridad que lesione los derechos fundamentales de terceros o que desnaturalice la acción.

[52] A propósito de lo anterior, en la sentencia T-436 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Sala Cuarta de Revisión estableció que: “para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. //La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo”.

[53] Ley 1437 de 2011, Capítulo XI, artículos 229 al 241.

[54] En la sentencia T-376 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, la Sala Tercera de Revisión ahondó en la materia y estableció concretamente que la solicitud de amparo activa un mecanismo judicial generalmente definitivo, de protección inmediata de derechos, en virtud del cual el juez de tutela despliega toda su competencia, decretando y recolectando las pruebas que resulten necesarias para definir el caso puesto a su conocimiento, mientras que la medida cautelar, por su naturaleza, es transitoria, busca conjurar situaciones urgentes y su resolución impone un estudio del asunto expuesto de manera preliminar, sin que implique un prejuzgamiento y con los elementos fácticos y normativos a disposición en esa etapa inicial. En la sentencia C-284 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, al analizarse la constitucionalidad del parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, se indicó que la Jurisdicción Contencioso Administrativa “contempla unos términos para decretar medidas cautelares, que desbordan notoriamente los límites constitucionales perentorios sobre el tiempo que pueden durar los procesos de tutela antes de una decisión de fondo”. En efecto, de acuerdo con el artículo 233 del CPACA, el procedimiento general para decretar medidas cautelares puede tardar más de 10 días mientras que el artículo 86 de la Constitución Política fija un término perentorio de 10 días para adoptar la decisión final de instancia la cual puede estar precedida, inclusive, de la adopción de medidas provisionales con el fin de conjurar una amenaza o una violación actual o inminente, que además se estime grave. La acción de tutela está pensada como un instrumento para dispensar “protección inmediata” a los derechos fundamentales (artículo 86 C.P.) de ahí que el juez que conoce del amparo debe interpretar los alcances de sus potestades institucionales de conformidad con el derecho de toda persona a acceder a una justicia donde sus bienes superiores sean efectivamente protegidos (artículos 2 y 229 C.P.).

[55] Esta postura fue reconocida, entre muchas otras, en las sentencias T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-459 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-843 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-382 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-928 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-141 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-729 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-076 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-487 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-218 de 2016. M.P.

Alejandro Linares Cantillo; T-652 de 2017. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[56] Los criterios mencionados fueron recientemente aplicados en las sentencias T-729 de 2016 y T-141 de 2016 ambas con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo; T-076 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-652 de 2017. M.P. José Fernando Reyes Cuartas en las que se estudiaron casos con notorias similitudes fácticas al presente, en lo relevante, y por ende constituyen precedentes en la materia. En todas las acciones de tutela, los peticionarios del amparo eran soldados profesionales desvinculados del servicio activo del Ejército Nacional por haber adquirido, en ejercicio de sus funciones, una disminución de la capacidad laboral que, en todo caso, era inferior al 50% lo que les impedía acceder a una pensión por invalidez (en el primer caso el actor presentaba una pérdida de la capacidad laboral del 20,81%, en el segundo del 13%, en el tercero del 9% y en el último del 31.98%). Esta situación, había determinado su inaptitud para continuar ejerciendo la actividad militar y bajo esa misma lógica para ser reubicados laboralmente al interior de la Institución. Las respectivas salas de revisión encontraron satisfecho el requisito de subsidiariedad pues a pesar de la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los actores eran sujetos en condición de debilidad manifiesta en atención a su estado de salud; circunstancia que sumada a su experticia en la actividad militar había dificultado la reinserción al mercado profesional ocasionando graves repercusiones sobre su mínimo vital y el de sus familias, integradas por sujetos de derechos prevalentes y sobre su derecho a la salud pues con el retiro se había interrumpido la atención requerida para tratar las dolencias padecidas. En esa medida, se consideró que exigirles acudir al trámite correspondiente en la Jurisdicción Administrativa representaba una carga desproporcionada para la salvaguarda inmediata de sus derechos.

[57] M.P. Andrés Mutis Vanegas (e).

[58] La pérdida de capacidad laboral constatada en cada uno de los casos era la siguiente: 18,09%, 23,5%, 24,35%, 25,88% y 26,92%.

[59] Con base en estas consideraciones se dejó sin efectos el acto administrativo de retiro y se ordenó la reubicación inmediata de los actores a un cargo igual o similar al que venían desempeñando o en su defecto, dependiendo de la aptitud y las condiciones de salud que se determinaran, a una labor en la cual pudieran cumplir con una función útil a la

Institución.

[60] En los términos del actor: “a través de mi apoderado se interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la ciudad de Ibagué (Tolima) bajo el radicado 73001333300820170030400 donde admitieron la demanda y estamos en espera y se nos cite para las audiencias, siendo más demorado este proceso para que amparen mis derechos constitucionales” (folio 41 del cuaderno de Revisión).

[61] Folios 39 y 40.

[62] Mediante dictamen del 11 de abril de 2016, la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional indicó que el accionante presentaba una incapacidad permanente parcial de origen profesional. Tal determinación fue confirmada el 1 de febrero de 2017 por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (folios 32 y 33 y folios 40 al 42).

[63] Folio 63.

[64] Folio 41 del cuaderno de Revisión.

[65] De acuerdo con la fotocopia del registro civil de nacimiento, el menor nació el 6 de septiembre de 2017 (folio 52 del cuaderno de Revisión).

[66] En el expediente de tutela reposa Acto de Declaración con fines extraprocesales del 5 de abril de 2017, realizado en la Notaria Única del Círculo de Honda – Tolima, en el que la señora Edna Rocio Gaviria Marroquín, compañera permanente del actor, declara: “Convivo en estado civil soltera con unión marital de hecho, bajo el mismo techo desde hace cinco (5) años con Oscar Hernán Madrigal Bocanegra, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 93.021.938 de Ortega-Tolima, desde el 23 de julio de 2012 hasta la presente fecha. Así mismo declaro que Oscar Hernán Madrigal Bocanegra, es la persona que suministra todos los elementos necesarios para la subsistencia de nuestro hogar tales como: la vivienda, la alimentación y el vestuario entre otros menesteres” (folio 57 y folios 50, 54 y 55 del cuaderno de Revisión). Igualmente, obra escritura pública No. 332 del 22 de julio de 2015 materializada en la Notaria Única del Círculo de Honda – Tolima a través de la cual se declara la existencia de una unión marital de hecho entre Óscar Hernán Madrigal Bocanegra y Edna Rocio Gaviria Marroquín (folios 49 al 51 del cuaderno de Revisión).

[67] Esta información se desprende de la copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana celebrado entre la señora Lilibeth Marroquín Ríos y el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra, inicialmente el 23 de julio de 2013 y posteriormente el 24 de enero de 2018 (folio 61 y folios 62 y 63 del cuaderno de Revisión).

[68] De acuerdo con la fotocopia del registro civil de nacimiento, la menor nació el 9 de julio de 2011 (folio 53 del cuaderno de Revisión).

[69] Lo anterior se desprende del contenido de la Audiencia de Conciliación 031-17 realizada ante la Comisaría Primera de Familia de Duitama – Boyacá, el 17 de marzo de 2017, por solicitud de la señora Yisenia del Pilar Riaño Méndez, madre de la menor Valery Michell Madrigal Riaño y quien tiene su custodia, a efectos de fijar la cuota de alimentación correspondiente cuyo valor fue determinado en \$200,000 mensuales. Dicho monto se dispuso que sería cancelado los 5 primeros días de cada mes, a partir del 5 de abril de 2017 (folios 59 y 60 y folios 60 y 61 del cuaderno de Revisión).

[70] Tal información se desprende de la manifestación efectuada por el actor en atención al requerimiento probatorio realizado por la Sala (folio 41 del cuaderno de Revisión).

[71] Obra en el proceso Acto de Declaración con fines extraprocesales del 8 de abril de 2017, realizado en la Notaría Única del Círculo de Ortega – Tolima, en el que la señora Carmenza Madrigal Bocanegra, madre del accionante, declara: “Que soy una persona con constantes quebrantos de salud, no soy empleada, no soy pensionada, no tengo rentas de ninguna clase, no tengo bienes de fortuna y me encuentro dependiendo económicamente de un todo de mi hijo el señor Óscar Hernán Madrigal Bocanegra con cédula de ciudadanía número No. 93.021.938 de Ortega Tolima quien es la única persona que me suministra todo lo necesario para mi subsistencia” (folio 56 y folio 56 y 57 del cuaderno de Revisión).

[72] En relación con esta obligación, el actor indica que corresponde a un crédito de libranza No. 207400094799 con apertura el 30 de septiembre de 2015 y vencimiento el 10 de diciembre de 2022, tal como se desprende de la certificación bancaria aportada al proceso (folios 62 al 64 y folio 41 del cuaderno de Revisión).

[73] Folio 41 del cuaderno de Revisión.

[74] “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

[75] En la sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz, se analizó el contenido y alcance del derecho fundamental al mínimo vital y se estableció que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación) no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor del trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, del respeto por sus particulares condiciones de vida, así como de sus necesidades básicas y el monto mensual al que ellas ascienden. Así, se concluyó que el mínimo vital no se restringe a un concepto cuantitativo sino cualitativo que debe ser objeto de valoración en cada caso particular, de acuerdo con las condiciones específicas de quien solicita el amparo.

[76] Entre los tratados (instrumentos) internacionales que se han ocupado del tema cabe mencionar, comenzando por los emanados de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), la Declaración de las personas con limitación (1983) y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las Personas con Discapacidad (estas últimas de carácter no vinculante, adoptadas en 1993). El Convenio 159 de la OIT, la Recomendación 168 de la OIT de 1983, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos (Unesco 1981) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad del 7 de junio de 1999 con carácter vinculante para el Estado Colombiano. Además de los anteriores instrumentos, específicamente dirigidos a la población en condición de discapacidad, la Corte ha identificado otros tratados multilaterales que protegen también, aunque de manera global y menos directa, los derechos de ese grupo especial de personas. Entre estos, deben destacarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales suscritos ambos en 1966, el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención sobre los

Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como los instrumentos relativos a la eliminación de distintas formas de discriminación.

[77] Se destacan, la Ley Estatutaria de los Derechos de las Personas en condición de Discapacidad (Ley 1618 de 2013), la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones” adicionada por la Ley 1287 de 2009 y el Decreto Reglamentario 1538 de 2005, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997”.

[78] Artículo 54 de la Constitución Política.

[79] Como se indicó en la sentencia T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “la dedicación al servicio de la actividad que cumplen las fuerzas militares es también, y ello no resulta ser una consideración de importancia menor, una forma de realización personal a la que acuden muchos colombianos que sienten devoción por construir un proyecto de vida al amparo o bajo las directrices que orientan tan importante quehacer, como lo es, la permanente honra y veneración de los valores patrios, el esfuerzo y el sacrificio desplegado al máximo nivel en toda misión o acción por cumplir, al igual que el acatamiento a ciertos valores o principios como el honor, el respeto por la autoridad, el mando y la obediencia, el sentido de cuerpo y la solidaridad como elementos infaltables en todo tipo de actuación o de desempeño, entre muchísimas otras características de dicha actividad, propósito de vida del cual esperan recibir, y ello es apenas legítimo y elemental que sea así, contraprestaciones mínimas para coadyuvar, así sea en parte, a su sostenimiento personal y al de la familia a la que pertenecen”.

[80] Artículo 8, literal A, numeral 2 del Decreto Ley 1793 de 2000: “Clasificación. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:
a. Retiro temporal con pase a la reserva [...]2. Por disminución de la capacidad psicofísica [...].

[81] Artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000: “Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del

servicio”.

[82] “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

[83] El artículo 2 del Decreto 1796 de 2000 define 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”.

[84] Sentencia T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[85] Sentencia T-413 de 2014. M.P. Andrés Mutis Vanegas (e).

[86] Artículos 15 al 23 del Decreto 1796 de 2000, “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”.

[87] Sentencia T-928 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[88] El artículo 3 de la Ley 923 de 2004, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política” establece lo siguiente: “Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: [...] 3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos MédicoLaborales Militares y de Policía, conforme a las

leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro. Podrá disponerse la reubicación laboral de los miembros de la Fuerza Pública a quienes se les determine de conformidad con el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades e invalideces, una disminución de la capacidad laboral que previo concepto de los organismos médico-laborales militares y de policía así la ameriten, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar”.

[89] Artículos 4 y 18 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

[90] Artículo 16 del Decreto 1975 de 2000, “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”. De conformidad con esta disposición, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional tiene como misión garantizar la prestación de servicios integrales de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal del Ejército y sus beneficiarios.

[91] Sentencia T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[92] Así por ejemplo, la Sala Séptima de Revisión, en la sentencia T-382 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, a propósito de la desvinculación de un soldado por su estado de salud, le ordenó al Ejército Nacional cancelarle todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta la fecha de expedición de la sentencia, la cotización de los aportes al Sistema General de Seguridad Social desde el momento en que fue retirado del servicio hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro, y el pago de la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Esta misma postura, salvo en lo relativo a la última orden, fue adoptada por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-076 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[93] Esta regla de decisión ha sido reiterada pacíficamente por distintas Salas de Revisión de esta Corporación en las sentencias T-250 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-437

de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-503 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-470 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-081 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-459 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-1048 de 2012. M.P. Luis Guillermo Guererro Pérez; T-843 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-382 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-413 de 2014. M.P. Andrés Mutis Vanegas (e); T-928 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-076 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-487 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, entre otras. En todas estas providencias, se ha considerado que la protección especial que merecen las personas en situación de discapacidad, quienes enfrentan mayores dificultades para reintegrarse a la sociedad, se traduce en la adopción de acciones afirmativas o medidas especiales en su favor. En tratándose de los miembros de las Fuerzas Militares que han sufrido afecciones en su estado de salud como consecuencia de la actividad militar, tal mandato implica que previo a la aplicación de las normas sobre su desvinculación por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario que se realice una valoración objetiva de las condiciones de salud, habilidades, destrezas y competencias del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la Institución que no resulten incompatibles con la restricción física padecida. Como se indicó en la sentencia T-250 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “el uso óptimo de los recursos humanos militares incorpora necesariamente una regla que postula que la máxima exigencia a los soldados en instrucción debe ser acorde con sus capacidades de manera que la mera consecución de los fines propuestos no termine por sacrificar los medios indispensables para alcanzarlos, máxime si estos están constituidos por personas”.

[94] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[95] En el expediente consta que el actor realizó un curso en documentación y archivo, aunado a un curso en contabilidad básica.

[96] Dicho análisis debía considerar si el riesgo derivado de la cercanía con las armas era real o hipotético y determinar con claridad qué funciones resultaban compatibles con dicha conclusión.

[98] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[99] En este punto, la Sala advirtió que frente a dichas capacitaciones, la página web del Ejército Nacional, expone una política de profesionalización de los integrantes de la Fuerza Pública, con el fin de responder a las “necesidades de formación de cada hombre como al cumplimiento de las metas institucionales” y de permitirles adquirir “competencias en artes, oficios y profesiones como complemento de su formación castrense, y se habiliten para desempeñar una actividad y contribuyan a su desarrollo y el de su familia”. Al exponer dicha política, se menciona un convenio de cooperación interinstitucional del SENA con las Fuerzas Militares “que beneficia a todos sus miembros, incluso a poblaciones vulnerables como el personal discapacitado por actos del servicio”.

[100] Después del accidente sufrido y con anterioridad a su retiro, el soldado cumplió funciones en el área de control de citas en el dispensario médico como archivista (archivaba historias clínicas) y en la entrega de autorizaciones.

[101] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[102] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[103] Sentencia T-250 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[104] Folios 39 y 40.

[105] Lo anterior corresponde a una manifestación realizada por el accionante en su escrito de tutela (folio 2).

[106] Sentencia T-553 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[107] “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

[108] De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1796 de 2000, es no apto: “quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones”.

[109] Folio 33.

[110] Folio 41.

[111] Folio 44 del cuaderno de Revisión.

[112] Folio 48 del cuaderno de Revisión.

[113] Folios 43 al 48 del cuaderno de Revisión.

[114] Folio 40.

[115] El actor fue desvinculado el 10 de marzo de 2017.

[116] Folio 66.

[117] Tal afirmación se desprende de lo indicado por el actor en su escrito de tutela. La misma no fue desvirtuada por el ente accionado (folio 2).

[118] Registro de actuaciones y del desempeño significativo del soldado profesional Óscar Hernán Madrigal Bocanegra durante el año 2016 suscrita por el Enlace de las Compañías del Batallón “General Domingo Caicedo”, Harold Arboleda Jiménez (folio 65).

[119] Folio 90.

[120] Sentencia T-729 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[121] Como se observa de las certificaciones aportadas al proceso, el actor recibió capacitación e instrucción profesional ante el Centro de Educación Militar -Escuela de Comunicaciones del Ejército Nacional donde aprobó y desarrolló satisfactoriamente el curso básico de informática y el de radioperadores para soldados profesionales. Tales actuaciones fueron consignadas en el “Libro de actas No. 13, Folio No. 73, Registro No. 5833” y en el “Libro de actas No. 13, Folio 36, Registro No. 5258”, respectivamente, y por ende siempre integraron los registros y archivos de la entidad en la que reposan el conjunto de conductas que rodean la prestación del servicio (folios 44 y 48 del cuaderno de Revisión).

[122] Folio 65.

[123] Folio 72 del cuaderno de Revisión.

[124] Folio 71 del cuaderno de Revisión.

[125] Folio 29.

[126] Esta postura fue reconocida, entre muchas otras, en las sentencias T-601 de 2005, T-654 de 2006, T-854 de 2008 las tres con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto; T-516 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-862 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa; T-910 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-157 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-396 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[127] En palabras del apoderado del actor: “Cuando le llego el retiro de la institución y fue notificado de esta decisión presentaba una disminución de su capacidad laboral y estaba en tratamiento médico por afecciones que aun hasta la fecha de instauración de esta tutela no le han sido valoradas ni tratadas porque no tiene servicio médico” (folio 11).