

PROTECCION ESPECIAL A PERSONAS DISCAPACITADAS-Caso de soldado víctima de mina antipersona

DERECHO A LA REUBICACION DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL

El accionante, quien fuera soldado profesional resultó víctima de una mina antipersona cuando se encontraba prestando el servicio en la base militar de la Unión – Peneya en el año 2007, posteriormente, en el mes de junio de 2008 fue calificado por la Junta Médica Laboral con una pérdida de la capacidad laboral del 32.57% y, en consecuencia, a través de Orden Administrativa de Personal el 15 de junio de 2009 fue desvinculado del servicio activo, declarándolo no apto. Las razones argüidas por la entidad están sustentadas en que el despido obedece a causas legales, ya que el artículo 10 de Decreto 1793 de 2000 estipula que ante la disminución de la capacidad psicofísica del soldado profesional se puede proceder a su retiro. Además que para el desarrollo de las funciones propias del cargo al interior de la institución es necesario contar con el 100% de la capacidad laboral. Bajo estos componentes fácticos, es claro que en principio el actuar de la entidad se encuentra ajustado a la ley; sin embargo, es importante recordar que se está frente a un sujeto de especial protección constitucional y que de acuerdo con los antecedentes desarrollados, resulta reprochable cualquier forma de discriminación que se adopte contra este grupo poblacional, se ha destacado incluso en los diversos instrumentos internacionales la obligación de los estados parte de propender por acciones legislativas y judiciales coherentes con la protección. En el mismo sentido es importante destacar que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser “útiles” en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado. Sumado a lo anterior, es claro que a consecuencia de la lesión, quedaron secuelas para la vida, la salud, la

integridad y la dignidad humana del actor, por tanto, frente a la condición física en la que se encuentra el actor, se hace necesario el seguimiento de su enfermedad bien sea hasta su total recuperación o hasta tanto se establezca un aumento en la pérdida de su capacidad laboral y se determine si es beneficiario de la pensión por invalidez. Bajo estos hechos, es claro para la Sala que en virtud de la protección de los derechos fundamentales del accionante, es necesario inaplicar el artículo 10 de Decreto 1793 de 2000, toda vez que de lo contrario se estaría ante una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y al trabajo. Por consiguiente se ordenará como se hizo en la sentencia T-503 de 2010 que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a reincorporar al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica. Además, teniendo en cuenta que el demandante fue víctima de una mina antipersona y que se encuentra con complicaciones en su salud, se ordenará que se siga brindando toda la atención médica requerida, además de que se continúe valorando su estado de salud de manera periódica para poder establecer, de presentarse un aumento en su pérdida de capacidad laboral, si es o no beneficiario de la pensión por invalidez.

Referencia: expediente T-2779411

Acción de tutela interpuesta por Cediell Carrillo Ortiz contra el Ejército Nacional de Colombia.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Florencia-Caquetá-Sala Única, en la acción de tutela instaurada por Cediell Carrillo Ortiz

contra el Ejército Nacional de Colombia.

I. ANTECEDENTES.

Cediel Carrillo Ortiz interpone acción de tutela contra el Ejército Nacional de Colombia, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la estabilidad laboral reforzada ya que fue desvinculado de la institución accionada como consecuencia de la calificación de la Junta Médica Laboral que determinó una pérdida de su capacidad laboral del 32.57%. Para fundamentar su solicitud el accionante relata los siguientes:

1.1. Manifiesta que se vinculó al Ejército Nacional de Colombia como soldado regular desde el 12 de abril de 2004, hasta el 17 de marzo de 2006.

1.2. Indica que el 2 de noviembre de 2006 ingresó como aspirante a soldado profesional, e inició de manera formal en este cargo el 5 de enero de 2007 en el Batallón de Infantería Núm. 35 Héroes del Guepi en Larandia, Caquetá.

1.3. Comenta que el día 18 de febrero de 2007, cuando se encontraba prestando el servicio en la base militar del municipio de la Unión -Peneya-fue víctima de una mina antipersona, la cual le causó múltiples heridas en especial en su pierna derecha, muslo gemelo derecho y región inguinal izquierda.

1.4. Aduce que el 16 de junio de 2008 fue convocado a Junta Médica Laboral y allí fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 32.57% declarándolo no apto para la actividad militar, atribuyéndole tal hecho a la acción directa del enemigo.

1.5. Afirma que con base en la calificación emitida por la Junta Médica Laboral, mediante Orden Administrativa de Personal Núm. 1328 del 15 de junio de 2009, fue retirado del servicio activo.

1.6. Sostiene que la decisión adoptada origina una flagrante vulneración a sus derechos fundamentales y, por tanto, considera que contrario a la desvinculación, debieron proceder a su reubicación ya que la terminación del vínculo laboral trae consigo la suspensión del

servicio médico.

Por todo lo anterior, solicita se protejan como mecanismo transitorio los derechos fundamentales invocados y se ordene al Ejército Nacional “vincular y reubicar al señor CEDIEL CARRILLO ORTIZ, según la pérdida de capacidad laboral determinada por la Junta Médica Laboral, en un puesto de trabajo acorde con su incapacidad, igualmente, se ordene el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales, de seguridad social e indemnizatorios dejados de cancelar desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro.”

2. Trámite procesal.

Correspondió conocer de la acción de tutela al Tribunal Superior Distrito Judicial Florencia-Caquetá-Sala Única, el cual mediante auto del 10 de mayo de 2010: (i) avocó el conocimiento y, (ii) ofició al Comandante del Ejército Nacional de Colombia o a quien hiciera sus veces, para que en el término de 2 días se pronunciara respecto de los hechos de la acción de tutela.

3. Respuesta de las Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional-.

El Teniente Coronel Oscar Hernando Morales Casallas, Subdirector de Personal del Ejército (E), da respuesta a la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Estima que debe valorarse la naturaleza del cargo que ostenta el accionante ya que necesita el 100% de la capacidad psicofísica “pues debe cargar aproximadamente 4 arrobas de peso lo que equivale a 40 y 50 kilos, durante un tiempo aproximado de desplazamiento a pie de 6 horas al día mínimo, por un terreno boscoso y montañoso; lo que efectivamente generaría en el accionante un aumento de su lesión, por las características de la misma y un inminente peligro de su vida por no tener las capacidades físicas para reaccionar ante el ataque del enemigo”.

Por la misma razón, considera que existe una diferencia en el régimen laboral de la fuerza pública y explica que dentro del proceso de formación de los soldados profesionales “(...) no presentan por la condición de la naturaleza de su cargo una función diferente a la de apoyo

de combate dentro de la institución. No hablamos entonces Honorable Tribunal del mismo caso ni de la violación a los derechos enunciados por el accionante, cuando el estatuto de la carrera del soldado profesional claramente contempla que dichos servidores será (sic) capacitados para actuar en unidades de combate, apoyo de combate y ejecución de operaciones militares; donde el Tribunal Médico en repetidas ocasiones ha manifestado ante los Honorables Tribunales que no viola ni transgrede el derecho al trabajo el retiro de la Fuerza de los mismos, por no ser estos aptos para la ejecución de la ACTIVIDAD MILITAR, que obligatoriamente se ve obligada a la función y naturaleza del grado ostentado por el sujeto objeto de valoración, donde para el caso que nos atañe, no permite la ubicación administrativa sino explícitamente OPERACIONAL.”

Adicional a lo anterior, estima que no es la acción de tutela el mecanismo de defensa judicial idóneo para controvertir este tipo de decisiones.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

1. La decisión adoptada por el Ejército Nacional de retirar al señor Cediell Carrillo Ortiz del servicio militar está sostenida en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000.1

1. Para debatir si la decisión contenida en la Orden Administrativa de Personal Núm.1328 del 5 de junio de 2009 se ajusta a derecho, el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial y, con las acciones propias de la jurisdicción contencioso administrativo.

1. Asimismo han transcurrido más de 10 meses desde la desvinculación hasta la interposición de la acción careciendo así del requisito de inmediatez.

1. Frente a la prestación del servicio médico advirtió que el demandante no informó de la existencia de enfermedades o afecciones, por tanto, no se consideró transgredido el derecho a la salud ya que la entidad prestó toda la atención médica para su recuperación.

* Impugnación.

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia con el fin de que fuese revocada sin presentar argumentos adicionales.

2. Sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal-, en sentencia del 5 de agosto de 2010, confirma el fallo de primera instancia.

Considera que la entidad accionada no ha vulnerado derecho fundamental alguno. Para llegar a esta conclusión sostiene que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar decisiones administrativas ya que existe un escenario judicial instituido para ello.

Estima que tampoco se cumplen los requisitos jurisprudenciales para conceder el amparo transitorio, ya que (i) el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (ii) el peticionario no aportó elementos suficientes que permitieran concluir que con la decisión adoptada en la Orden Administrativa de Personal Núm. 1328 del 15 de junio de 2009, existe una transgresión de sus derechos fundamentales, además, resalta que el demandante no es un sujeto de especial protección constitucional, ya que no está acreditado que haga parte de la tercera edad, como tampoco prueba que padece graves quebrantos de salud, por tanto concluye que no existe perjuicio irremediable; (iii) no existe claridad sobre el derecho o los derechos reclamados, por ello el asunto adquiere connotación litigiosa y así resulta ajeno a la competencia del juez constitucional.

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

* Fotocopia de la citación² para notificación de la Resolución Núm. 81043 de 14 noviembre de 2008, por medio de la cual se define la situación prestacional del señor Cediél Carrillo Ortiz.³

* Fotocopia de la Resolución Núm. 81043 de 14 de noviembre de 2008, en la cual se resuelve “reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto del Ejército Nacional, a favor del SOLDADO PROFESIONAL, CARRILLO ORTIZ CEDIEL, C.C. 01109840191, Código N° 01109840191(...) la suma de CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL TREINTA PESOS M/CTE, (\$14.408.030), por los siguientes conceptos:

-Indemnización por disminución de la capacidad laboral, CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL TREINTA PESOS M/CTE, (\$14.408.030).

-PARÁGRAFO: 1° Del valor neto a cancelar se debe descontar la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON 62/100 M/CTE, (6.731.431.62), con destino al Banco de Bogotá (...).

-PARÁGRAFO 2°. El valor neto a cancelar previo el descuento efectuado anteriormente es la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON 38/100 M/CTE, (\$7.676.598.38).”⁴

* Fotocopia de la notificación de baja por disminución de la capacidad psicofísica de 16 de junio de 2009.⁵

* Fotocopia de la respuesta del escrito de petición de 11 de noviembre de 2009, en la cual las Fuerzas Militares de Colombia- Ejército Nacional- envía copia auténtica de: (i) la certificación de tiempo y haberes, (ii) copia auténtica certificación de tiempo de servicio y (iii) copia auténtica de la orden administrativa de personal Núm.1328 de 15 de junio de 2009.⁶

* Fotocopia del Acta de Junta Médica Laboral Núm. 25066 de 1 de junio de 2008, en la cual se determina que el señor Cediél Carrillo tiene una incapacidad permanente parcial del 32.57% y se declara no apto para la actividad militar.⁷

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad del señor Cediell Carrillo Ortiz, al desvincularlo de la institución por tener una disminución de la capacidad laboral del 32.57%, calificada como permanente parcial.

Para desarrollar el anterior problema jurídico estima la Sala necesario reiterar varios temas desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación tales como; (i) la protección especial a personas en situación de discapacidad; (ii) el derecho a la reubicación de los miembros de la fuerza pública que ven disminuida su capacidad laboral. Luego de estudiados los anteriores puntos se abordará (iii) el caso concreto.

1. La protección especial a personas en situación de discapacidad.

1. Es importante destacar que el principio de igualdad es uno de los faros orientadores del Estado Social de Derecho, por tanto se le ha dado por parte del constituyente una protección que pretende, a) la igualdad ante la ley (igualdad formal), b) la prohibición de tratos discriminatorios (en razón del sexo, la raza, la religión y la orientación política entre otras) y c) la superación de desigualdades históricas (igualdad material). Frente a este último literal es importante resaltar que ciertos grupos sociales, dadas sus condiciones materiales de vida se han visto abocados a mayores dificultades para la integración, toda vez que se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Bajo este entendido, le corresponde al

Estado garantizar la realización del principio contemplado en el artículo precitado y crear diversas acciones afirmativas que posibiliten la inclusión.

1.2 Por consiguiente, las diversas autoridades pueden adoptar tratos disímiles afirmativos que permitan el ejercicio de derechos y la optimización del principio, sustentado en las condiciones particulares de las personas, no obstante para que ello sea posible, es necesario que la medida se adapte a un propósito constitucionalmente válido, legítimo y proporcional.

1. Esta búsqueda de igualdad material trae consigo la prohibición de discriminación, contenida en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte integral del bloque de constitucionalidad. El fenómeno de la discriminación, se presenta cuando una autoridad da un trato diferenciado a un grupo de personas con una condición particular, sin que para ello exista una razón legítima. Por consiguiente, teniendo en cuenta la focalización de la conducta de diferenciación negativa, se genera un criterio sospechoso sobre el actuar de quien ejerce el poder y en este sentido, con el fin de proteger o contrarrestar esta situación de clara desventaja, le corresponde a la autoridad motivar y probar la razonabilidad y legitimidad de la medida adoptada.⁸

1. Este criterio sospechoso recae sobre grupos que históricamente han sido relegados de manera arbitraria con argumentos sostenidos “en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende ...anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.”⁹

1.5 La jurisprudencia constitucional ha destacado que para entender que se presenta un criterio sospechoso “(i) debe existir una diferenciación, exclusión o restricción injustificada basada directa o indirectamente en criterios inconstitucionales tales como raza, género, origen étnico, religión, opinión política, etc. -criterios prohibidos por el artículo 13 de la Carta-, y (ii) cuya intención o efecto sea la nulificación o vulneración del reconocimiento, disfrute o

ejercicio, en un plano de igualdad, de derechos fundamentales.¹⁰11

1.6 En esta medida, cuando se está en presencia de acciones discriminatorias en sentido negativo, en contra de personas en condición de discapacidad se generan un alto grado de sospecha, así lo ha destacado esta Corte. La sentencia T-826 de 2004 resaltó:

“(…) aunque el artículo 13 superior no menciona explícitamente la discapacidad como un criterio “sospechoso” o constitucionalmente prohibido para limitar los beneficios a las personas, es claro que, conforme a los criterios desarrollados por esta Corte y por la doctrina internacional de derechos humanos, la discapacidad es un criterio prohibido para establecer diferencias en contra de las personas. Así, esta Corte¹² ha indicado que se pueden considerar sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir; además (ii) esas características han estado asociadas históricamente a formas de menosprecio y discriminación; y (iii) esas categorizaciones no suelen constituir en sí mismos criterios razonables para efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Ahora bien, el caso de los discapacitados es paradigmático, ya que concurren en él tres de los factores que determinan criterios diferenciadores como sospechosos: la inmodificabilidad de los rasgos externos determinada por la manifestación de la propia discapacidad, una historia de discriminación caracterizada por el aislamiento y la segregación, y finalmente, una propensión social a desarrollar sentimientos de rechazo de temor o de desconfianza ante la manifestación de la diferencia. Y es que en gran medida, el problema de los discapacitados es el contexto social, pues los efectos negativos de los impedimentos físicos o síquicos derivan mucho más de la existencia de entornos sociales intolerantes, que de las afectaciones síquicas o físicas. En cierto sentido, es la sociedad la que ha sido minusválida al carecer de la capacidad de integrar a las personas que presentan algún impedimento físico o psíquico. El gran cambio frente a la discapacidad de las últimas décadas ha consistido precisamente en reconocer ese hecho elemental, a saber, que “un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.¹³” Y la conclusión obvia es que es entonces necesario transformar esos entornos sociales discriminatorios e intolerantes en ambientes favorables a la integración y al desarrollo con dignidad de los discapacitados.” (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

1.7 Dentro del marco de protección está claro que las autoridades no sólo están en la obligación de abstenerse de realizar conductas discriminatorias, sino que además deben propender por la realización de acciones afirmativas dirigidas a las personas en estado de vulnerabilidad, como es el caso de aquellas personas discapacitadas.

1.8 Consonante con lo anterior este grupo poblacional goza de una protección preferente por parte del Estado, el cual tiene la obligación de velar porque la igualdad sea efectiva y real, lo cual implica crear medidas diferenciadas en su favor. Es así que dentro de este marco de protección, las personas en esta condición tienen una estabilidad laboral reforzada, la cual pretende garantizar la permanencia en el empleo de quienes tienen alguna limitación.

1.9 Este tipo de medidas son necesarias en el contexto de la protección ordenada en el artículo 47 constitucional, el cual contempla la obligación estatal de brindar protección especial para las personas discapacitadas, que consiste no sólo en generar políticas de prevención y rehabilitación, sino también de integración social, que permita a aquellos disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos una verdadera materialización de la dignidad y de la igualdad.

1.10 Dicha integración debe darse en diversos escenarios, entre ellos el laboral, que permita a estas personas la inclusión y permanencia en el empleo, sin aristas de discriminación en razón de su condición. En virtud de esta protección especial, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, – el cual hace parte del bloque de constitucionalidad-,¹⁴ resalta de manera amplia la importancia del trabajo para este grupo poblacional, así el artículo 27 menciona:

“ARTÍCULO 27. TRABAJO Y EMPLEO:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
- b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;
- c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;
- d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
- e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
- f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
- g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
- h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
- i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

1.11 Esta Convención fue adoptada en el ordenamiento jurídico interno mediante Ley 1346 de 2009, la cual fue revisada y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-293 de 2010. En esta oportunidad la Corporación realizó un estudio pormenorizado de los artículos contenidos en el instrumento internacional, entre ellos el artículo 4° relativo a las obligaciones del Estado frente a las personas en situación de discapacidad. La mención se hizo en los siguientes términos:

“Dentro de tales compromisos se destacan: i) los de promover y llevar a cabo los cambios o adiciones legislativos y/o reglamentarios que resulten necesarios para remover las barreras culturales, normativas o de cualquier otro tipo, que al momento de entrar en vigencia la Convención obstruyan el real ejercicio de tales derechos; ii) los de abstenerse de cualquier acto o práctica de discriminación, o que resulte contrario al propósito de la Convención, y de tomar las medidas pertinentes para que ninguna persona u organización privada los ejecute; iii) los de promover la investigación, la formación profesional y las demás acciones necesarias para el diseño e implementación, con consulta y participación de las personas discapacitadas, de políticas públicas conducentes a la plena efectividad de sus derechos; iv) los de proporcionar a la población discapacitada información adecuada y suficiente sobre la disponibilidad de mecanismos diseñados para mejorar sus condiciones de movilidad, y en general, la plena accesibilidad a los bienes y servicios que disfruta la generalidad de la población.” (Negrillas y subraya fuera del texto).

1.12 Además en materia laboral la precitada providencia destacó el artículo 27 de la Convención, por cuanto allí se estableció “como principio general el derecho de las personas con discapacidad a tener un empleo que les permita procurarse su propio sustento dentro de un entorno de igualdad de oportunidades que tome en cuenta sus circunstancias particulares”. Este derecho lleva implícita (i) la garantía a la estabilidad laboral para quienes adquieran una discapacidad en ejercicio de sus labores; (ii) el goce de los derechos

sindicales; (iii) la adecuación de los espacios laborales dentro de criterios razonables; además “la prevención de discriminación, el acoso o la explotación laborales contra ellas”, (iv) asimismo, el diseño de políticas públicas dirigidas al “readiestramiento y capacitación laboral” de las personas en esta situación especial, lo cual incluye “la creación de oportunidades de empleo para ellas”.

1.14 En el mismo sentido, la Convención Interamericana para Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁵ reafirmó el principio de igualdad, toda vez que las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta dada su discapacidad tienen los mismos derechos y libertades que otras personas, entre estos el de no verse sometidos a tratos discriminatorios sustentados en su condición, permitiendo además, garantizar la dignidad propia del ser humano.

1.15 Dentro de los compromisos que el Estado debe adquirir para el logro de los objetivos trazados, el artículo 3° de la Convención establece que éste debe:

“1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad, y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, y

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.” (Negritas y subrayas fuera del texto).

1.16 Por su parte el Convenio 159 de Organización Internacional del Trabajo, sobre la Readaptación Profesional y Empleo de las Personas Inválidas¹⁶, en sus efectos destacó la definición de persona inválida, resaltando que es aquella que dada su condición ve limitada sus posibilidades laborales:

“ARTICULO. 1º.1. A los efectos del presente convenio, se entiende por “persona inválida” toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

2. A los efectos del presente convenio, todo miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

3. Todo miembro aplicará las disposiciones de este convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional.

4. Las disposiciones del presente convenio serán aplicables a todas las categorías de personas inválidas.” (Negritas y subraya fuera del texto).

1.17 Bajo el mismo entendido, la Ley 361 de 1997 la cual se fundamenta en los artículos constitucionales 13, 47 y 54, busca la integración social y la plena realización de las personas con limitaciones, menciona la obligación del Estado de eliminar del ordenamiento jurídico la discriminación por razones de tipo económico, físico, síquico, sensorial y social. En este sentido, varios de sus artículos estipulan una protección especial para los sujetos en esta situación, desarrollando parámetros institucionales a través de políticas públicas de integración social. En materia laboral el artículo 26 establece un procedimiento diferenciado en cuanto a la desvinculación de sujetos en situación de discapacidad, así como la prohibición de discriminación en razón de la misma para la vinculación en el empleo. El artículo contempla:

ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

1.18 Este artículo fue objeto de estudio por esta Corte mediante la sentencia C-531 de 2000, la cual declaró la constitucionalidad condicionada. Allí se consideró que en virtud del respeto a la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad y la protección especial de las personas con limitaciones en su salud, el despido o la terminación del contrato de trabajo sin la plena autorización del Ministerio de Protección Social, carece de efectos jurídicos; en este sentido, el pago de indemnización por parte del empleador, no lo exonera de solicitar autorización del ente competente, convirtiéndose este último en el requisito más importante para que el despido de un trabajador en situación de discapacidad sea válido.

1.19 La precitada sentencia estableció dicha condición, como una garantía de igualdad material para este grupo poblacional ya que ésta sólo se verá plenamente garantizada en la

medida en que exista una verdadera integración social generada en las relaciones laborales. La mención se hizo en los siguientes términos:

“Según se preceptúa en el artículo 2o. de la Carta Política, constituye fin esencial del Estado social de derecho, la efectividad de los derechos de las personas constitucionalmente establecidos. De ahí que, se haya identificado dentro del diseño constitucional otorgado para la conformación de un Estado pluralista y solidario, la existencia de grupos poblacionales beneficiarios de protecciones especiales, en atención a su situación material, con el fin de asegurarles el ejercicio de sus derechos y la debida participación en la sociedad para su desarrollo vital y para la definición de los asuntos de su interés, como ocurre con el caso de los minusválidos.

Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial del cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13).” (Negrilla y subraya fuera del texto).

1.20 Por lo anterior, esta Corporación ha señalado, que si bien existen mecanismos idóneos para la obtención del reintegro laboral, el amparo puede ser procedente cuando se está frente a sujetos de especial protección constitucional que ostentan el derecho a la estabilidad laboral reforzada incluso el amparo puede darse de manera definitiva, en esta dirección la sentencia T-677 de 2009 señaló:

“En conclusión, la Corte reitera que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él por un tiempo indeterminado, no obstante, debido a la urgencia de conjurar una vulneración irreversible de los derechos fundamentales de un empleado en circunstancias de debilidad manifiesta y, adicionalmente, presentar una estabilidad laboral reforzada, en virtud de su especial condición física o laboral, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro

laboral.”

1.21 Además, esta protección especial para los sujetos en situación de discapacidad tiene una doble connotación, una de carácter positivo y otra negativa, la primera está dada bajo la perspectiva de que la condición de discapacidad no podrá ser un obstáculo para la vinculación laboral, toda vez que atendiendo a criterios de igualdad de oportunidades, el tener una discapacidad no podrá ser razón para aislar a una persona del mercado laboral y; la segunda está dada en la limitación de los empleadores para despedir empleados que se encuentren en una situación especial de discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social.¹⁷

1.22 Asimismo, es importante resaltar tal como lo señala la sentencia T-503 de 2010 que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se limita a los dos aspectos mencionados, de no discriminación en el acceso y a la permanencia, sino también al derecho a la reincorporación y a la reubicación del trabajador discapacitado, sin que ello signifique desmejorar sus condiciones de empleo, sino de buscar alternativas laborales compatibles con su situación.

1.23 Consonante con lo anterior, el artículo 4° de la Ley 776 de 2002 contempla la obligación del empleador de garantizar al trabajador que recupera su salud y su capacidad de trabajo a retornar a su empleo en las mismas condiciones que antes de sufrir el padecimiento o a otro de igual nivel acorde con su situación médica. En este sentido la norma dice:

ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

1.24 Adicional a lo anterior, la misma disposición, en su artículo 8° establece la obligación del empleador de reubicar al trabajador discapacitado en un lugar acorde con su condición. La estipulación se presenta en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.

1.25 En suma, la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, es una garantía constitucional otorgada a quienes dada su situación física, psíquica y sensorial, se encuentran en estado de vulnerabilidad. Esta protección especial que hace parte del derecho al trabajo, se da bajo el entendido que estos sujetos no se encuentran en un plano de igualdad, lo cual hace necesario crear medidas de protección de derechos mucho más exigentes que para el resto del conglomerado social.

1.26 Estas medidas deben adoptarse a nivel estatal a través de políticas públicas dirigidas a la prevención, rehabilitación e integración de estas personas. Además se tiene la obligación de crear acciones legislativas y jurídicas tendientes a eliminar cualquier forma de discriminación, por ello esta tarea de protección especial para las personas en situación de discapacidad, tendiente a la eliminación de cualquier barrera de acceso y garantía de derechos se convierte en un deber institucional y social de concientización de igualdad.

1.27 Jurisprudencialmente el derecho a la estabilidad laboral reforzada está sostenido en la no discriminación en el acceso al mercado laboral ni en su expulsión, por razón de la discapacidad. Además en el derecho a la reincorporación y reubicación del trabajador en esta condición al mismo lugar de trabajo o a uno mejor, lo cual incluye realizar los movimientos de personal necesarios.

1.28 Por su parte, los diversos instrumentos internacionales sobre la materia, han destacado el compromiso de los Estados de garantizar la estabilidad laboral de este grupo poblacional, lo cual significa garantizar la estabilidad en el empleo de quienes adquieran tal condición durante el vínculo laboral.

1.29 Además, este compromiso lleva aparejada la obligación de adoptar las medidas necesarias en materia legislativa y acciones judiciales, así como promover diversos programas dirigidos a obtener la rehabilitación vocacional y profesional, la permanencia en el empleo y la reincorporación al lugar de trabajo de acuerdo con su situación médica.

i. El derecho a la reubicación de los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral.

2.1 El artículo 216 constitucional establece que hacen parte de la fuerza pública, (i) las fuerzas militares y, (ii) la Policía Nacional. Allí además se contempla la obligatoriedad en la prestación del servicio militar en caso de ser necesario con ocasión de la independencia nacional y la defensa de las instituciones públicas.

2.2 En la misma dirección, el artículo 217 de la norma superior contempla el carácter permanente de las fuerzas militares integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, destacando que tendrán un régimen especial en materia disciplinaria, prestacional y de carrera, la cual estará sujeta a las disposiciones de ley.

2.3 Es así que en cumplimiento de este mandato constitucional se ha ido diseñando el modelo de seguridad social de las fuerzas militares. En el caso de los soldados profesionales el Decreto 1793 de 2000 reglamentó el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; allí se definió¹⁸ que los soldados profesionales son aquellos hombres “entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

2.4 En la misma disposición se estipulan requisitos de ingreso y de retiro. Frente a este último, el artículo 8° destaca que serán causales:

1) Retiro temporal con pase a la reserva.

1.1) Por solicitud propia.

1.2) Por disminución de la capacidad psicofísica.

1.3) Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

2) Retiro absoluto.

2.1) Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecuencia sin causa justificada.

2.3) Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

2.4) Por condena judicial.

2.5) Por tener derecho a pensión.

2.6) Por llegar a la edad de 45 años.

2.7) Por presentar documentos falsos, o faltar la verdad en datos suministrados al momento de su ingreso.

2.8) Por acumulación de sanciones.

2.5 En relación con la causal del retiro por la disminución de la capacidad laboral, el artículo 10 del precitado decreto, establece:

ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION 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.

2.6 Además, el Decreto 1796 de 2000 atinente a la regulación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones de los miembros de la Fuerza Pública, destaca como definición de la capacidad sicofísica “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.”¹⁹

2.7 En el mismo decreto en el artículo 3° se presentan los diferentes rangos de capacidad sicofísica requeridas para el ingreso y la permanencia dentro de la Fuerza Pública, el artículo estipula:

“ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y

eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

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.

PARAGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.”(Negrillas y subraya fuera del texto).

2.8 Teniendo en cuenta estas disposiciones, es posible afirmar que el hecho de que un soldado profesional tenga una disminución en su capacidad psicofísica o una incapacidad absoluta permanente, se convierte en una causal de retiro del servicio.

2.9 No obstante, esta Corporación se ha pronunciado en diversos casos en los que miembros de la fuerza pública han sido desvinculados por esta causal, resaltando que a pesar de existir un régimen especial para las fuerzas militares, cuando estén de por medio derechos fundamentales, este debe inaplicarse.

2.10 En el mismo sentido el Consejo de Estado en materia pensional ha sostenido que frente a las “excepciones en la aplicación de la ley general, por virtud de la existencia de normas especiales, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que la general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad.”²⁰

2.11 Por ello se entenderá que en virtud del respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, se acogerá la norma que resulte más favorable para el peticionario. Además, la protección de derechos fundamentales deberá garantizarse a todas las personas indistintamente del tipo de labor que desarrollen en la sociedad. Bajo este entendido, cuando

con la aplicación de una norma se transgredan estos derechos, dicha disposición deberá inaplicarse y proteger de manera preferente a la persona que demanda el amparo.

2.12 En armonía con lo anterior, en materia de seguridad social en salud la sentencia T-470 de 2010²¹ destacó que no solamente estarán cubiertos en esta materia aquellos miembros de la fuerza pública que se encuentren en servicio activo, sino también aquellos que hayan sufrido una lesión o enfermedad durante la prestación del mismo, por ello no deberá entenderse que dicha obligación se extingue con la desvinculación. La sentencia resalta:

“Primera. Cuando una persona a pesar de haber adquirido una lesión o una enfermedad desde antes de ser incorporada a las fuerzas militares, es aceptada como miembro activo de cualquiera de las fuerzas o policía y estas no fueron identificadas durante la realización de los exámenes psicofísicos de ingreso, agravándose como consecuencia del servicio militar, deberá ser atendido por la correspondiente dependencia de sanidad militar, quien brindará atención médica integral en la medida en que tal lesión o enfermedad representa una amenaza cierta y actual del derecho a la vida en condiciones dignas.

Segunda. Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (ii) es la causa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía, las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica.

Tercera. “La constituyen los casos en los cuales la lesión o enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida.”

2.13 En este sentido, se ha sostenido que de cumplirse alguno de los supuestos mencionados, surge la obligación de la institución castrense de garantizar la continuidad en el servicio en materia de salud a cargo de sistema de las fuerzas militares y de policía, esto con el fin de proteger los derechos fundamentales que se puedan ver transgredidos con la desvinculación.²²

2.14 Aunado a lo anterior, en otras oportunidades, se ha resaltado la importancia que reviste la estabilidad laboral reforzada para los miembros de este grupo militar que producto de su actividad están ahora en situación de discapacidad. Por ejemplo la sentencia T-503 de 2010

luego de realizar una presentación de las reglas jurisprudenciales establecidas para la protección laboral reforzada de los trabajadores con disminución en su capacidad laboral y del régimen jurídico de los soldados profesionales estudió el caso de un miembro de la fuerza pública el cual fue retirado del servicio activo, luego de ser calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 28.25%; dicha desvinculación se dio en virtud de la naturaleza de su cargo al interior de la fuerza pública, toda vez que era un soldado profesional, con un régimen legal específico.

2.15 En este pronunciamiento la Sala mencionó que la normativa no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, por este motivo la estipulación referente al retiro del servicio de los soldados profesionales se encuentra amparada por presunción de constitucionalidad y legalidad. Sin embargo en dicha ocasión, se hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 10° del Decreto 1793 de 2000, el cual tiene como causal de retiro del servicio activo como soldado profesional la disminución de la capacidad sicofísica del soldado, por considerar que la aplicación de dicha norma, transgredía los derechos fundamentales del demandante.

2.16 Además en esta providencia se destacó que en virtud de la naturaleza de las funciones, se requiere “la plena capacidad sicofísica”, no obstante, también le asiste la obligación al Estado de velar por la protección de las personas que con ocasión de la prestación del servicio, sufrieron una mengua en su capacidad sicofísica en actos relacionados con el servicio. En consecuencia, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la estabilidad laboral reforzada y ordenó incorporar al peticionario en uno de sus programas, por tanto determinó que éste debía ser reubicado en una actividad que pueda desempeñar, teniendo en cuenta tanto su grado de escolaridad así como sus habilidades y destrezas.²³

Es así que a pesar de la existencia de un régimen especial para los soldados profesionales que contempla dentro de las causales para el retiro del servicio la disminución de la capacidad sicofísica, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que debe brindarse una protección preferente en materia de empleo a las personas en situación de discapacidad, lo cual significa que se debe propender porque la discapacidad no sea una barrera de acceso ni de permanencia en el mercado laboral, sobre todo aquellas que sufren una disminución cuantitativa que no les genera el derecho a la pensión por invalidez. Bajo este entendido, al

establecer que de la disposición contenida en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 puede transgredir derechos fundamentales se ha decidido su inaplicación concediendo el reintegro de los soldados profesionales a un lugar acorde con sus condiciones médicas particulares.

(iii) Estudio del caso concreto:

3.1 La Constitución, la jurisprudencia, así como los diferentes instrumentos internacionales, han sido acordes en señalar la importancia que reviste la protección especial para la población en situación de discapacidad, con lo cual se busca la eliminación de las barreras a la integración social, tanto en materia de infraestructura, como en acceso a los diferentes servicios, tales como salud y educación, así como al ingreso y la permanencia en el empleo.

3.2 Sobre este último punto, la jurisprudencia ha destacado que la garantía está dada en dos dimensiones, la primera referente a la no discriminación en razón de la discapacidad para restringir el acceso al mercado laboral y la segunda a la garantía de permanencia en el lugar de trabajo cuando la discapacidad se originó durante la vigencia de la relación laboral, situación que implica garantizar unas funciones acordes con su situación médica dentro del lugar de trabajo, con la reinstalación y/o reubicación .

3.3 La protección otorgada al trabajo no es otra cosa que la búsqueda de la autodeterminación y realización del yo social, permitiendo a las personas la garantía de la igualdad material, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a escoger libremente la profesión u oficio y la dignidad humana.

3.4 Es así que en esta tarea, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por el sistema jurídico interno a través de la Ley 1346 de 2009, determinó el deber de los Estados partes de propender por una coherencia jurídica, legislativa y de conciencia social sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad sin visos de criterios sospechosos de discriminación.

3.5 Por ello la Ley 361 de 1997 contempló entre varios aspectos, requisitos más exigentes para la desvinculación laboral de una persona en situación de discapacidad, dadas a partir de que no basta con el pago de una indemnización para considerar el despido válido, sino además que es necesario solicitar autorización ante el Ministerio de Protección Social.

3.6 La anterior disposición ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, sosteniendo incluso que sin importar el vínculo laboral, es decir, si se trata de una cooperativa de trabajo asociado, o una empresa de servicios temporales, dichos requisitos deberán cumplirse a cabalidad.

3.7 No obstante, este paso no se ha dado de manera contundente para los soldados profesionales, los cuales so pretexto de la naturaleza de sus funciones pueden ser desvinculados de la institución castrense por el sólo hecho de no tener el pleno de sus capacidades físicas. Sin embargo, en diversos pronunciamientos adoptados por esta Corporación se ha considerado que al presentarse ciertos supuestos fácticos, le corresponde a la institución asumir responsabilidades en materia de seguridad social, a pesar de la desvinculación del miembro de la Fuerza Pública, tal es el caso, de la obligación en la continuidad del servicio de salud, en virtud del principio de solidaridad contemplado en la Constitución y parte del Estado Social de Derecho.

3.8 Además, otros pronunciamientos han ido avanzando en la dirección de proteger los derechos de los miembros de la fuerza pública en especial aquellos soldados profesionales, - quienes tienen como función principal al interior de la institución, el combate-, estableciendo que como consecuencia de su discapacidad - obtenida además durante la prestación del servicio- no pueden quedarse desprovistos de servicios como la salud, ni tampoco ser despedidos de manera abrupta sin que medie un real apoyo para el manejo de su discapacidad. Asimismo, ayuda en la incorporación al mundo laboral y preferiblemente buscar su reubicación teniendo en cuenta las condiciones particulares del soldado, esto es grado de escolaridad, habilidades y destrezas.²⁴

3.9 En el caso que ocupa a la Sala el señor Cediell Carrillo Ortiz quien fuera soldado profesional resultó víctima de una mina antipersona cuando se encontraba prestando el servicio en la base militar de la Unión - Peneya en el año 2007, posteriormente, en el mes de junio de 2008 fue calificado por la Junta Médica Laboral con una pérdida de la capacidad laboral del 32.57% y, en consecuencia, a través de Orden Administrativa de Personal el 15 de junio de 2009 fue desvinculado del servicio activo, declarándolo no apto.

3.10 Las razones argüidas por la entidad están sustentadas en que el despido obedece a causas legales, ya que el artículo 10 de Decreto 1793 de 2000 estipula que ante la

disminución de la capacidad sicofísica del soldado profesional se puede proceder a su retiro. Además que para el desarrollo de las funciones propias del cargo al interior de la institución es necesario contar con el 100% de la capacidad laboral.

3.11 Bajo estos componentes fácticos, es claro que en principio el actuar de la entidad se encuentra ajustado a la ley; sin embargo, es importante recordar que se está frente a un sujeto de especial protección constitucional y que de acuerdo con los antecedentes desarrollados, resulta reprochable cualquier forma de discriminación que se adopte contra este grupo poblacional, se ha destacado incluso en los diversos instrumentos internacionales la obligación de los estados parte de propender por acciones legislativas y judiciales coherentes con la protección.

3.12 En el mismo sentido es importante destacar que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo²⁵ en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser “útiles” en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado.

3.13 Sumado a lo anterior, es claro que a consecuencia de la lesión, quedaron secuelas para la vida, la salud, la integridad y la dignidad humana del actor, por tanto, frente a la condición física en la que se encuentra el señor Cediél Carrillo Ortiz se hace necesario el seguimiento de su enfermedad bien sea hasta su total recuperación o hasta tanto se establezca un aumento en la pérdida de su capacidad laboral y se determine si es beneficiario de la pensión por invalidez.

3.15 Bajo estos hechos, es claro para la Sala que en virtud de la protección de los derechos fundamentales del señor Cediél Carrillo Ortiz es necesario inaplicar el artículo 10 de Decreto 1793 de 2000, toda vez que de lo contrario se estaría ante una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y al trabajo. Por consiguiente se ordenará como se hizo en la sentencia T-503 de

2010 que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a reincorporar al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica.

3.16 Además, teniendo en cuenta que el demandante fue víctima de una mina antipersona y que se encuentra con complicaciones en su salud, se ordenará que se siga brindando toda la atención médica requerida, además de que se continúe valorando su estado de salud de manera periódica para poder establecer, de presentarse un aumento en su pérdida de capacidad laboral, si es o no beneficiario de la pensión por invalidez.

3.17 Por las razones esgrimidas esta Sala procederá a revocar la decisión denegatoria de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal- del 5 de agosto de 2010, que a su vez confirmó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia-Caquetá- el 20 de mayo de 2010. En su lugar concederá la tutela de los derechos invocados por el señor Cediell Carrillo Ortiz. En consecuencia, ordenará al Ejército Nacional, una vez se notifique el presente fallo en un término de 48 horas proceda al reintegro inmediato del demandante en uno de sus programas o en otra área en la cual pueda prestar sus servicios, siempre y cuando esta sea acorde tanto a su estado físico como a sus habilidades y destrezas. Asimismo, deberá seguirse prestando el servicio médico, hasta tanto exista rehabilitación o se determine un aumento en la pérdida de su capacidad laboral que lo haga beneficiario de la pensión por invalidez.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal- del 5 de agosto de 2010, que a su vez confirmó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia-Caquetá- el 20 de mayo de 2010, dentro de la acción de tutela presentada por el señor Cediell Carrillo Ortiz contra el Ejército Nacional de Colombia. En su

lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social del señor Cediell Carrillo Ortiz.

TERCERO.- ORDENAR al Ejército Nacional que realice un seguimiento a las enfermedades del accionante valorándose su estado periódicamente. Si en la oportunidad correspondiente él o los profesionales de la salud consideran que no es apto para continuar en sus labores debido al aumento en su incapacidad laboral, deberán recalificar y analizar si puede optar por la pensión de invalidez.

En caso contrario, de encontrarse que es posible su rehabilitación se tendrá que garantizar tanto la asistencia médica correspondiente como la reubicación en labores que se ajusten tanto a su especial situación como a su nivel de conocimientos.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION 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.

3 Folio 10 cuaderno principal de la demanda.

4 Folio 11 Cuaderno principal de la demanda.

5 Folio 12 Cuaderno principal de la demanda.

6 Folios 13-19 Cuaderno principal de la demanda.

7 Folios 21-23 Cuaderno principal de la demanda.

8 Ver sentencia T-340 de 2010.

9 Ver sentencia T-098 de 1994.

10 Ver las sentencias C-114 de 2005 y T-826 de 2005

11 Ver sentencia C-434 de 2010.

12 Sobre la noción de criterios sospechosos o prima facie prohibidos, ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-481 de 1998 y C-112 de 2000 y C-093 de 2001,

13 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2003. Fundamento 3.2.

14 Incorporada al derecho interno colombiano mediante la Ley 1346 de 2009.

15 Fue suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de de 1999 e introducida en el sistema jurídico interno, mediante la Ley 762 de 2002.

16 Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra 1983; aprobado por la Ley 82 de 1988 y promulgado mediante Decreto 970 de 1994.

17 Ver sentencia T-503 de 2010

18 Decreto 1793 de 2000," Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares." Artículo 1: SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

19 Decreto 1796 de 2000, artículo 2: Es 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.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

20 Consejo de Estado: 70001-23-31-000-1997-6929-01 (3229.99)

21 En esta sentencia se recogen las reglas inicialmente mencionada en la sentencia T-516 de 2009.

22 Ver sentencia T-470 de 2010.

23 En este fallo

24 La sentencia T-503 de 2010,

25 Convenio 159 del O.I.T sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra 1983; aprobado por la Ley 82 de 1988 y promulgado mediante Decreto 970 de 1994.