Sentencia T-1046/03

FUERZAS ARMADAS-Causales de desvinculación razonables y objetivas/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Desvinculación por ser portador de VIH/ENFERMO DE SIDA-No discriminación/EJERCITO NACIONAL-Desvinculación por ser portador de VIH

Una vez el Ejército ha adoptado la decisión de reclutar un soldado para la prestación del servicio militar obligatorio, no puede tomar la decisión discrecional de desvincularlo sino que deben mediar razones objetivas que así lo aconsejen. En segundo lugar, no obra en el expediente prueba alguna de que el accionante hubiera estado en incapacidad de cumplir con sus obligaciones como soldado de la patria o de realizar las actividades que exige su entrenamiento. La Corte reiteró, conforme con su jurisprudencia, que "la situación de ser portador sano del virus VIH no es calificable de enfermedad". También indicó que el propio Ejecutivo reconoció con la expedición del Decreto 1543 de 1997, que la condición de portador asintomático de VIH no supone que quien lo padece, sufra de enfermedad alguna pues, como se ha ya señalado, el artículo 7º de dicho decreto así lo dispone. En este orden de ideas, la Sala encuentra que no puede el Ejército desvincular a un soldado portador asintomático del VIH, pues ello vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad y a la igualdad, razón por la cual ordenará al Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional que proceda a reintegrar al accionante.

DERECHO A LA SALUD DEL SOLDADO-Protección por ser portador asintomático de VIH

La Corte ha fijado criterios para la resolución de casos relacionados con la presencia de miembros de la Fuerza Pública que tuvieran la condición de portadores del VIH. En efecto, esta Corporación sostuvo (i) que si bien los órganos médicos de las Fuerzas Armadas disponen de autonomía para establecer las condiciones físicas que deben observar sus integrantes, sus decisiones no pueden desconocer los derechos fundamentales; (ii) que la decisión de un órgano competente de las Fuerzas Militares de desvincular a un alumno de una Escuela Militar portador asintomático del VIH "obedece a un prejuicio y no a una decisión fundada en la situación objetiva" de dicha persona; y (iii) que este alumno de una Escuela Militar, portador del VIH, tenía derecho a que se les proporcionara la atención médica que requería, de acuerdo con su situación médica, incluido el tratamiento antirretroviral. En este fallo se indicó ya que el literal d) del artículo 39 de la Ley 48 de 1993 señala que todo

colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio tiene derecho, entre otras garantías, “a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que “las Fuerzas Militares están en la obligación de garantizar el derecho a la salud de sus integrantes”. La Corte incluso ha sostenido que “como seres humanos dignos que prestan un servicio a la patria, los soldados de Colombia tienen derecho a esperar que el Estado les depare una atención médica oportuna y adecuada, sin eludir responsabilidades mediante consideraciones que ponen en tela de juicio la buena fe del ciudadano que la Constitución presume. [Por ello es justo que el Estado le brinde al accionante] la atención médica especializada que su caso requiere”. Se ordenará al Ejército Nacional que, conforme con las normas vigentes y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, le proporcione al accionante la atención médica que requiera, incluso, de ser necesario, el tratamiento antirretroviral adecuado, según el diagnóstico del personal médico idóneo para el efecto. El solado tendrá derecho a este tratamiento incluso si el Ejército decide ofrecerle la posibilidad de retirase de las filas o de continuar prestando el servicio y si él opta por la primera de estas posibilidades.

Referencia: expediente T-781375

Acción de tutela instaurada por Juan Carlos Osorio López contra el Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., seis (6) de noviembre de dos mil tres (2003).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

en el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Especial de Decisión del Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso de tutela instaurado por Juan Carlos Osorio López contra el Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES

1.1. Juan Carlos Osorio López interpuso acción de tutela contra el Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional el cuatro (04) de junio de 2003 con el propósito de que se le protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad, al trabajo y a la salud. Sostiene que ingresó al Ejército Nacional en condición de Soldado Campesino el 29 de noviembre de 2002, luego de que se le practicaran los respectivos exámenes médicos por la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia. Luego de haber donado sangre para un superior, se le informó, el 15 de febrero de 2003, que era portador del VIH, razón por la cual se le dio de baja de la institución. El siete (7) de marzo presentó un derecho de petición en el cual sostuvo que la decisión de darlo de baja del Ejército era contraria a su derecho fundamental a la igualdad y solicitó que fuera reincorporado a dicha institución1. El Mayor Pedro Nel Sánchez Carrillo negó lo solicitado con base en lo siguiente: "En ningún momento a Usted se le ha vulnerado el Derecho a la Igualdad consagrado en el Decreto 1542 de 1997 artículo 22, sólo se hizo uso de la facultad que otorga la Ley 48 [de 1993] y el Decreto 2048 de 1993, que emite normas que reglamentan el Servicio de Reclutamiento y Movilización, la cual en el Capítulo II Artículo 18 reza lo siguiente: 'Tercer Examen Médico. Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación a un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica par verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del Servicio Militar'."3. El accionante alega que la Corte Constitucional ha defendido el derecho a la igualdad de personas portadoras del VIH en sentencias tales como la SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y que, además, en esta ocasión la decisión de desvincularlo del Ejército se adoptó luego de los 90 días a los que hace referencia el artículo 18 de la Ley 48 de 1993. Con base en estos argumentos, solicita (i) que se le reincorpore a las Fuerzas Armadas de Colombia – Ejército Nacional; (ii) que se le proporcionen los cuidados médicos que requiere de acuerdo con su situación; y (iii) que se prevenga a la Institución Castrense y a sus miembros de que se abstengan de realizar cualquier acción que vulnere sus derechos fundamentales a la dignidad y a la igualdad.

1.2. El Comandante del Batallón de Artillería N° 4, Mayor Pedro Nel Sánchez Carrillo, contestó la tutela de la referencia y se opuso a las pretensiones del actor. Indica que el accionante no tenía una relación de carácter laboral sino que se encontraba vinculado al Ejército en cumplimiento de un deber constitucional, desarrollado por la Ley 48 de 1993 y por el Decreto 2048 del mismo año. Este vínculo le daba derecho a recibir un bonificación para la

adquisición de los implementos de aseo personal pero no un salario. Ahora bien, “el virus del VIH está considerado como una causal de inhabilidad para prestar el servicio militar obligatorio como soldado campesino, de acuerdo al Código 2105 de inhabilidades del Comando del Ejército – Dirección de Sanidad”4. Además, el término de 90 días al que hace referencia el artículo 18 de la Ley 48 de 1993 se comienza a contar desde que el soldado es dado de alta –es decir, desde que se le clasifica como apto de acuerdo con el primer examen– y no desde que ingresa físicamente a las instalaciones del Ejército. El soldado Osorio fue dado de alta el 12 de diciembre de 2002, de manera que la decisión de desvincularlo, por medio de Acta del 27 de febrero de 2003, notificada al accionante el primero de marzo de 2003, se adoptó de manera oportuna. El Mayor Sánchez Carrillo anexa varios documentos para demostrar cada una de sus afirmaciones.

1.3. Correspondió al Juzgado Veinticuatro (24) Penal del Circuito de Medellín conocer en primera instancia del proceso de la referencia. En fallo proferido el dieciocho (18) de junio de dos mil tres, el a quo negó la tutela que se revisa. Afirmó que “como lo anotó la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-256 de 1996, los enfermos de SIDA, e inclusive los portadores sanos de VIH, no pueden ser objeto de discriminación social y laboral, pues ello atentaría no sólo contra la dignidad humana, que impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, sino también contra el derecho al trabajo e igualdad. Pero ese no es el caso, el señor Carlos Mario [sic] Osorio López no tenía contrato laboral con el Estado, estaba cumpliendo con un deber constitucional como es el de prestar el servicio militar obligatorio y en ningún momento fue contratado para tal fin. Simplemente, el ser portador del virus VIH, lo inhabilita para estar prestando servicio obligatorio en las Fuerzas Militares”5.

1.4. El accionante impugnó el fallo proferido por el a quo en consideración a que la decisión de darlo de baja del Ejército por ser portador del VIH era discriminatoria, dado que “hay personal de la policía con el mismo diagnóstico, prestando servicio y han sido pensionados del Ministerio de Defensa”6.

1.5. Correspondió a la Sala Especial de Decisión del Tribunal Superior de Medellín conocer en segunda instancia de la tutela de la referencia. En fallo del veinticuatro (24) de julio de 2003, el ad quem confirmó el fallo proferido por el a quo. Señaló que había evidencia suficiente de que la decisión de desvincular al accionante del Ejército se había adoptado dentro del

término establecido en la Ley 48 de 1993. También sostuvo que “llama la atención el que se insista tanto, por parte del Sr. JUAN CARLOS OSORIO LÓPEZ, en que se le obligue a prestar el servicio militar, pese a su condición de portador del VIH SIDA y los efectos nocivos que el someterse a los rigores de la vida militar, le pueda traer para su salud, cuando la decisión del Ejército de exonerarlo del servicio militar obligatorio, ha de verse más bien como una forma de prevención y protección para su salud. || Esa aparente contradicción encuentra su explicación en el marcado interés del Sr. OSORIO LÓPEZ en que se le ‘brinde el tratamiento necesario para su estado salud’ (fl. 3) o en acceder a la posibilidad de ser ‘pensionado por el Ministerio de Defensa’ como, según él, ha ocurrido con algún personal de la Policía Nacional (fl. 54). Pues bien, para tales efectos no es procedente la utilización de la acción de tutela, como pretende el actor, dirigida a burlar el régimen de inhabilidades para el servicio militar obligatorio y obtener, por esa vía, una protección o seguridad social en salud, que resulta extraña por completo a los fines de una institución constitucional como es el deber en cuestión que, ciertamente, no genera una relación laboral propiamente dicha y, por ello, no se advierte la vulneración de los derechos que invoca el demandante, lo que lleva a la sala a conformar el fallo”7.

1.6. Por medio de auto del 8 de septiembre de 2003, la Sala Número Nueve de Selección, decidió seleccionar el presente proceso para su revisión por la Corte Constitucional y repartirlo a la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas por los jueces de instancia dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico

En esta oportunidad, el accionante fue reclutado al Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional, de acuerdo con lo establecido en la Ley 48 de 1993, en cumplimiento del servicio militar obligatorio. Luego de donar sangre para un superior, se detectó que era portador del

VIH.

De acuerdo estos hechos y antecedentes, pasa la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿podía el Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional dar de baja al soldado Juan Carlos Osorio López, quien ya había sido reclutado por el Ejército, por ser portador asintomático del VIH o, por el contrario, esta decisión fue discriminatoria?; y (ii) ¿tiene el accionante derecho a que se le proporcione la atención médica que requiere, de acuerdo con su condición de portador del virus de VIH?

La Sala no analizará en esta oportunidad si debe el Ejército, de acuerdo con la Constitución, aceptar la solicitud de una persona portadora asintomática del VIH de que se le acuartele para prestar el servicio militar obligatorio.

2.3. Las normas aplicables en el presente proceso

El artículo 216 Superior delega en el legislador la competencia para reglamentar lo relativo a la prestación del servicio militar. En virtud de esta competencia, el Congreso expidió la Ley 48 de 1993 "por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización" cuyos artículos relevantes para la resolución del presente caso, pasan a ser descritos por la Sala.

El artículo 13 dispone que las modalidades de prestación servicio militar obligatorio son: "a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; || b) Como soldado bachiller durante 12 meses; || c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; || d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses" (negrillas fuera de texto). El accionante fue vinculado bajo la modalidad que describe el literal d) del artículo citado.

El artículo 15, por su parte, señala que para la incorporación de soldados "el personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos". Éstos son: i) el primer examen de aptitud sicofísica, a cargo de las autoridades de reclutamiento de las Fuerzas Militares (art. 16)8; ii) el segundo examen médico, el cual es opcional "por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito, el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar" (art. 17); y iii) el tercer examen de aptitud sicofísica, el cual se realizará "entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente" tiene como fin "verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar" (art. 18).

El literal d) del artículo 39 señala que todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio tiene derecho “a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual”.

Una vez referidas las normas que reglamentan la prestación del servicio militar, pasa la Sala a hacer mención de su jurisprudencia sobre las garantías que, de acuerdo con la Constitución, protegen a los miembros de la Fuerza Pública que resulten ser portadores del VIH.

2.4. La jurisprudencia de la Corte sobre miembros de la Fuerza Pública portadores de VIH

En un caso reciente, la Corte Constitucional conoció de una tutela interpuesta por un miembro de las Fuerzas Militares, quien fue desvinculado de la escuela militar a la que pertenecía por haber contraído el VIH. Esta Corporación analizó si la decisión de la institución accionada de desvincular al alférez accionante por la circunstancia señalada, era ajustada a la Constitución o si era discriminatoria9.

2.4.1. En esa oportunidad, la Corte reiteró lo siguiente  en cuanto a las cargas irracionales o desproporcionadas o el tratamiento diferente y perjudicial a quien es portador de VIH o padece de Sida:

“2.5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que se viola la Carta Política cuando se imponen cargas irrazonables o desproporcionas a quien es portador de VIH o padece de SIDA o se le trata de manera diferente y perjudicial por la mera condición de portador de dicho virus o enfermo del síndrome referido. En consecuencia con ello, esta Corporación ha insistido sobre “la necesidad de recordar que el enfermo de SIDA o el simple portador del virus V.I.H. es un ser humano y, por tanto, titular, de acuerdo con el artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, sin que pueda ser objeto de ninguna discriminación, ni de ninguna arbitrariedad por razón de su situación. Sería ilógico que a una persona por padecer un mal, se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal”10. En efecto, “[e]l Estado no puede permitir tal discriminación [la que afecta a los enfermos del Sida o a los portadores del VIH], básicamente por dos razones: Primera, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato

discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social. Y segunda, porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo 13 superior, comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta. Ya esta Corporación ha señalado como criterios orientadores de la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad. La primera se encamina a establecer la adecuación entre la necesidad y la forma protectora; la segunda busca el criterio prudencial de guardar un equilibrio y evitar a toda costa la arbitrariedad absoluta, la discrecionalidad infundada y, por sobre todo, la discriminación"11.

"2.5.2. En ese orden de ideas, es claro que "[l]os tribunales constitucionales están llamados a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y dentro de esta tarea tienen que hacer un especial énfasis en la protección de los derechos de las minorías marginadas. Precisamente, el caso bajo análisis involucra un grupo de personas que suele ser objeto de distintas suertes de discriminación  por […] por la infección misma [VIH o SIDA] –con todos los temores que ella genera–". En efecto, "en un Estado social de derecho, en el que se ha de velar por los derechos fundamentales de todas las personas, no existen instituciones o funcionarios que se puedan sustraer al control de sus actos. Todo el aparato estatal debe sujetar su actuación a la Constitución y propugnar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas y a los jueces se les ha asignado la responsabilidad fundamental en la vigilancia del cumplimiento de esta máxima"12."

2.4.2. Se reiteraron también en dicho fallo algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio y sobre las garantías en materia de salud a quienes lo prestan. La Corte señaló (i) que los soldados moderadamente disminuidos en sus capacidades físicas pueden ser destinados 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 les garantiza la igualdad de trato consagrada como derecho fundamental en la Constitución"13 y (ii) que las Fuerzas Militares están en la obligación de garantizar el derecho a la salud de sus integrantes14.

2.4.3. Por último, la Corte ha fijado criterios para la resolución de casos relacionados con la presencia de miembros de la Fuerza Pública que tuvieran la condición de portadores del VIH. En efecto, esta Corporación sostuvo (i) que si bien los órganos médicos de las Fuerzas

Armadas disponen de autonomía para establecer las condiciones físicas que deben observar sus integrantes, sus decisiones no pueden desconocer los derechos fundamentales15; (ii) que la decisión de un órgano competente de las Fuerzas Militares de desvincular a un alumno de una Escuela Militar portador asintomático del VIH "obedece a un prejuicio y no a una decisión fundada en la situación objetiva" de dicha persona; y (iii) que este alumno de una Escuela Militar, portador del VIH, tenía derecho a que se les proporcionara la atención médica que requería, de acuerdo con su situación médica, incluido el tratamiento antirretroviral16.

Pasa la Sala a resolver los problemas jurídicos que se plantean en el presente proceso, tomando en consideración los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte para el efecto, así como el marco normativo resumido.

2.5. El caso concreto

2.5.1. En esta oportunidad, el accionante fue reclutado por el Ejército el jueves 12 de diciembre de 2002, en cumplimiento de la Orden N° 232 del Comando de Batallón de Artillería N° 4, para que prestara el servicio militar obligatorio, luego de haber sido declarado apto en el primer examen de aptitud sicofísica. Afirma que el 15 de febrero de 2003 se le informó que era portador del VIH, luego de haber donado sangre para un superior el 21 de enero de 2003. Finalmente, el primero de marzo de 2003 se ordenó su desacuartelamiento, conforme con lo determinado en el tercer exámen médico de aptitud sicofísica.

2.5.2. La Sala encuentra que si bien no obra en el expediente una prueba que expresamente señale que el accionante tiene la condición de portador asintomático del VIH, varios elementos que así permiten concluirlo. En primer lugar, en el derecho de petición interpuesto por el soldado Osorio López ante el Batallón de Artillería N° 4 para que fuera reincorporado al mismo, se cita el artículo 7° del Decreto 1543 de 1997, el cual indica: "Persona infectada por el VIH. Para todos los fines legales considérase que una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), mientras permanezca asintomática no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)". En segundo lugar, tal como lo informa el Mayor Sánchez Carrillo, el soldado Osorio López fue sometido al primer examen para su incorporación al Ejército el 12 de diciembre, fecha para la cual no se registró que estuviere contagiado con el VIH. Ello encuentra interés en esta oportunidad debido a que el VIH es un virus cuyos síntomas suelen manifestarse mucho después de su contagio y que no

se le considera como enfermedad sino una vez se transforma en el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, SIDA. En tercer lugar, su condición de portador del VIH fue descubierta de manera accidental, es decir, debido a una donación de sangre para un superior y no porque se hubieren presentado síntomas que así lo evidenciaran; el tercer examen le fue practicado después de que el hecho tuvo lugar. Por último, obra en el expediente una constancia de la doctora que conoció de su caso, en la cual se informa que el soldado Osorio López "fue dado de baja por tercer examen médico por ser portador del VIH", sin que se haga mención de la existencia de síntomas.

2.5.3. Así pues, la Sala habrá de tomar en consideración varios elementos que estima relevantes para establecer si podía el Ejército Nacional dar de baja al accionante en el proceso de la referencia por ser portador asintomático del VIH, a saber: i) el accionante fue declarado apto en el primer examen lo cual significa que tenía las condiciones físicas y psíquicas requeridas para desempeñarse como soldado de la patria; ii) el Ejército lo reclutó por medio de la Orden N° 232 del 12 de diciembre de 2002, es decir, con base en un acto administrativo de carácter formal destinado a definir su situación militar, conforme lo exige el artículo 10 de la Ley 48 de 199317; y iii) no hay evidencia de que hubiera enfrentado problemas de salud durante el tiempo, es decir, no obra prueba de que su condición de portador asintomático del VIH le impida cumplir con sus obligaciones y responsabilidades.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que había ya decisión administrativa en firme según la cual el soldado Osorio López habría de desempeñarse como soldado campesino por el término de un año y medio, tal como lo prescribe el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 ya mencionado. Además, no obra prueba de que, como portador asintomático del VIH, el accionante hubiere presentado dificultad alguna en el cumplimiento de las actividades y obligaciones que exige el servicio militar.

2.5.4. Ahora bien: en esta oportunidad el soldado Osorio López se encontraba vinculado a la Institución Castrense en cumplimiento de su servicio militar obligatorio. Cabe cuestionar entonces si podía el Ejército darlo de baja al accionante, quien se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y a quien se le diagnosticó ser portador asintomático del VIH.

La Sala estima que este interrogante debe ser absuelto negativamente. En primer lugar, la Corte ha subrayado que "la vinculación a las filas militares debe provenir, en principio, de la

espontánea tendencia de toda persona al servicio de la patria”18. En efecto, si bien el servicio militar es una obligación en los términos del artículo 216 Superior, no por ello puede desconocerse que su prestación constituye también un medio del que disponen los colombianos para apoyar a las Fuerzas Armadas. De acuerdo con lo anterior, el artículo 19 de la Ley 48 de 1993 prevé que “el personal voluntario tendrá prelación para el servicio sobre los que resulten seleccionados en el sorteo”. En este orden de ideas, la Sala considera que una vez el Ejército ha adoptado la decisión de reclutar un soldado para la prestación del servicio militar obligatorio, no puede tomar la decisión discrecional de desvincularlo sino que deben mediar razones objetivas que así lo aconsejen. En segundo lugar, como ya se indicó, no obra en el expediente prueba alguna de que el accionante hubiera estado en incapacidad de cumplir con sus obligaciones como soldado de la patria o de realizar las actividades que exige su entrenamiento.

Con base en esas consideraciones, la Sala estima que en esta oportunidad es aplicable la jurisprudencia establecida en la Sentencia T-465 de 2003, en la cual se indicó que la decisión de un órgano competente de las Fuerzas Militares de desvincular a un alumno de una Escuela Militar portador asintomático del VIH “obedece a un prejuicio y no a una decisión fundada en la situación objetiva” de dicha persona19. En efecto, si bien el accionante en el proceso de la referencia no es un alumno de una Escuela Militar, es decir, no se trata de una persona que ha tomado la decisión de seguir la vida militar, sí se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas que ha sido darlo de baja de las mismas por ser portador asintomático del VIH. Por ello, la Sala recuerda que en el fallo referido, la Corte reiteró, conforme con su jurisprudencia, que “la situación de ser portador sano del virus VIH no es calificable de enfermedad”20. También indicó que el propio Ejecutivo reconoció con la expedición del Decreto 1543 de 1997, que la condición de portador asintomático de VIH no supone que quien lo padece, sufra de enfermedad alguna pues, como se ha ya señalado, el artículo 7º de dicho decreto así lo dispone. En este orden de ideas, la Sala encuentra que no puede el Ejército desvincular a un soldado portador asintomático del VIH, pues ello vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad y a la igualdad, razón por la cual ordenará al Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional que proceda a reintegrar al accionante.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima que la situación es diferente cuando el Ejército ofrece al soldado portador del VIH la opción de retirarse de la institución, permitiéndole siempre, en uso de su derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 16 de la C.P.), elegir

si adopta esta decisión o si prefiere continuar con la prestación del servicio. En este orden de ideas, la Sala autorizará al Ejército para que, de estimarlo conveniente, ofrezca al soldado Osorio López la posibilidad retirarse de las filas o de continuar con la prestación del servicio.

2.5.6. En la Sentencia T-465 de 2003, la Corte señaló que "en su condición de portador del VIH [el accionante] se encuentra en una situación mayor de riesgo y requiere tratamiento antirretroviral, según el diagnóstico de la Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares, la cual conoció de su caso". Con base en esta consideración, ordenó que se le asignara a una actividad "que resulte adecuada [dada su condición de portador del VIH] en la medida en que reduzca su nivel de riesgo y le permita recibir el tratamiento antirretroviral u otro que le sea médicamente ordenado, sin perjuicio del deber que le corresponde de realizar las actividades que usualmente sean obligatorias para el resto de sus compañeros en la forma asignada". En esta ocasión, la Sala reiterará dicha jurisprudencia, de modo que procederá a proferir la misma orden.

2.5.7. En este fallo se indicó ya que el literal d) del artículo 39 de la Ley 48 de 1993 señala que todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio tiene derecho, entre otras garantías, "a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud". En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que "las Fuerzas Militares están en la obligación de garantizar el derecho a la salud de sus integrantes"21. La Corte incluso ha sostenido que "como seres humanos dignos que prestan un servicio a la patria, los soldados de Colombia tienen derecho a esperar que el Estado les depare una atención médica oportuna y adecuada, sin eludir responsabilidades mediante consideraciones que ponen en tela de juicio la buena fe del ciudadano que la Constitución presume. [Por ello es justo que el Estado le brinde al accionante] la atención médica especializada que su caso requiere"22.

Así pues, la petición del soldado Osorio López de que se le proporcione la atención médica que requiere, no obedece a un ánimo de "burlar el régimen de inhabilidades para el servicio militar obligatorio" –como lo sostuvo la Sala Especial de Decisión del Tribunal Superior de Medellín– sino a una solicitud legítima, avalada por las normas vigentes y por la jurisprudencia de esta Corporación.

En este orden de ideas, se ordenará al Ejército Nacional que, conforme con las normas

vigentes y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, le proporcione al accionante la atención médica que requiera, incluso, de ser necesario, el tratamiento antirretroviral adecuado, según el diagnóstico del personal médico idóneo para el efecto. El solado tendrá derecho a este tratamiento incluso si el Ejército decide ofrecerle la posibilidad de retirase de las filas o de continuar prestando el servicio y si él opta por la primera de estas posibilidades.

2.5.7. El accionante solicita también que se le proteja su derecho al trabajo. El Mayor Sánchez Carrillo señala que la vinculación entre el Ejército y los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, no es de carácter laboral sino que se rige por normas específicas que reglamentan este deber. En el mismo sentido, el literal d) del artículo 39 señala que quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio tienen derecho a "una bonificación mensual", la cual no constituye sueldo. En este orden de ideas, la tutela de la referencia no procede para la protección del derecho referido.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Especial de Decisión del Tribunal Superior de Medellín el 24 de julio de 2003, en el cual se negó la tutela interpuesta por el actor contra el Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional.

Segundo.- CONCEDER la tutela de la referencia para amparar los derechos a la igualdad, a la dignidad y a la salud del accionante. En consecuencia SE ORDENA a la Batallón de Artillería N° 4 del Ejército Nacional (i) que proceda a reincorporar al accionante en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo; (ii) que, dentro de las actividades ordinarias de quienes pertenecen al Batallón de Artillería N° 4, lo asigne a una acorde con su situación; y (iii) que le preste la atención médica integral, según lo determinen los médicos competentes en este caso.

Tercero.- AUTORIZAR al Ejército para que, de estimarlo conveniente, ofrezca al soldado Osorio López la posibilidad retirarse de las filas o de continuar con la prestación del servicio. En caso de que así lo decida, el Ejército garantizará al accionante la posibilidad de elegir

libremente, de acuerdo su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.).

Cuarto.- PREVENIR a la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” para que se abstenga de discriminar, por acción u omisión, en contra del actor, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Cfr. folio 25 del expediente. Aunque el actor no señala expresamente en el derecho de petición interpuesto ante el Comandante del Batallón de Artillería N° 4 ser un portador asintomático del VIH, sí cita el artículo 7° del Decreto 1543 de 1997 “por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”, el cual dispone que, para todos los efectos legales, mientras la persona infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) permanezca asintomática “no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”.

2 El artículo 2° del Decreto 1543 de 1997 define la discriminación de la persona infectada

con el VIH como la “[a]menaza o vulneración del derecho a la igualdad mediante actitudes o prácticas individuales o sociales, que afecten el respeto y la dignidad de la persona o grupo de personas y el desarrollo de sus actividades, por la sospecha o confirmación de estar infectadas por VIH” (Nota de la Sala Tercera de Revisión en desarrollo del proceso T-781375).

3 Folio 4 del expediente. La Sala cita directamente la respuesta del Mayor Sánchez Carrillo, Comandante del Batallón de Artillería N° 4 del Ejército a la petición interpuesta por el accionante.

4 Folio 14 del expediente.

5 Folio 49 del expediente.

6 Folio 54 del expediente

7 Folio 64 del expediente.

8 Adicionalmente, el artículo 18 del Decreto 2048 de 1993 “por el cual se reglamenta la ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización” dispone: “Por la importancia que reviste el primer examen médico, éste debe ser cuidadoso y detallado, con el fin de evitar pérdidas posteriores de efectivos en las Unidades”.

9 Cfr. Sentencia T-465 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta sentencia, la Corte conoció de una tutela interpuesta por un alférez quien había sido desvinculado de una escuela militar por ser portador asintomático del VIH. En esa ocasión se analizó la jurisprudencia constitucional relativa a la prohibición tratar en forma discriminatoria a las personas que estuvieren contagiadas de este virus o que padecieran de Sida.

10 Sentencia SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En esta sentencia, la Corte Constitucional protegió los derechos a la igualdad, a la dignidad y al trabajo de un mesero despedido de su trabajo debido a que padecía de Sida, a pesar de que su situación de salud no le impedía cumplir con sus obligaciones laborales.

11 Sentencia SU-256 de 1996, ya citada.

12 Sentencia T-059 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia, la Corte Constitucional concedió una tutela interpuesta por un grupo de personas portadoras del VIH quienes estimaban que eran objeto de discriminación en el centro médico en el que se les atendía.

13 Sentencia T-250 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esa oportunidad, la Corte negó la tutela interpuesta un accionante que se encontraba prestando el servicio militar y que solicitaba que se le retirara del Ejército debido a que sufría de problemas de salud. La Corte puso de presente que las disminuciones moderadas no constituían una causal que justificara la omisión de cumplir con la obligación de prestar el servicio, conforme con el artículo 216 de la Constitución y con las normas que lo desarrollan.

14 De hecho, la gran mayoría de fallos proferidos por la Corte sobre este tema, versan sobre reclamos de personas que sufren de afecciones o enfermedades luego de haberse retirado de las Fuerzas Armadas a pesar de que la contracción de tales afecciones o enfermedades tuvieron origen en la época en que los solicitantes hacían parte de las filas de dichas Fuerzas. Por ello, la Corte ha señalado de manera reiterada que “en materia de atención médica, la regla general consiste en que aquélla debe brindarse, con carácter obligatorio, mientras la persona se encuentra vinculada a las Fuerzas Militares. Por ende, tal obligación cesa tan pronto se produce el desacuartelamiento. Sin embargo, es posible aplicar una excepción a esta regla cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, cuya protección ‘se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho'” (Sentencia T-393 de 1999; Eduardo Cifuentes Muñoz). Pueden consultarse también, entre muchas otras, las sentencias: T-376 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y T-762 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

15 La Corte reiteró para el efecto, que “el campo de la relación médico – paciente no le está vedado al juez constitucional. No obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y  conocimientos del juez, sino a impedir la

violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico – paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas" (Sentencia T-059 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa sentencia, la Corte Constitucional señaló que si bien a ella no le correspondía establecer el tratamiento más adecuado para los accionantes, portadores de VIH, sí le correspondía señalar, de acuerdo con las pruebas presentadas, que dichos accionantes, a quienes se les había negado el derecho de hacer uso de instalaciones e implementos del centro médico en el que se encontraban –v.gr. salón de televisión, sillas de ruedas– recibían un trato contrario a sus derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad).

16 Además de lo previsto en el artículo 39 de la Ley 48 de 1993, el artículo 27 del Decreto 1795 de 2000 "por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", prevé: "Plan de servicios de sanidad militar y policial. Todos los afiliados y beneficiarios al SSMP, tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad en los términos y condiciones que establezca el CSSMP [Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional]. Además cubrirá la atención integral para los afiliados y beneficiarios del SSMP en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. Igualmente tendrán derecho a que el SSMP les suministre dentro del país asistencia médica, quirúrgica, odontológica, hospitalaria, farmacéutica y demás servicios asistenciales en Hospitales, Establecimientos de Sanidad Militar y Policial y de ser necesario en otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud" (negrillas fuera de texto).

17 El artículo 10 de la Ley 48 de 1993 dispone: "Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad".

18 Sentencia T-363 de 1995, ya citada.

19 De hecho, en la Sentencia T-465 de 2003 que se analiza, se indicó que el propio Ejecutivo reconoce que la condición de portador asintomático de VIH, no supone que quien lo padece,

se encuentre enfermo. En efecto, el artículo 7º del Decreto 1543 de 1997 ya citado en este fallo, así lo estipula.

20 Sentencia SU-256 de 1996, ya citada.

21 Sentencia T-465 de 2003, ya citada.

22 Sentencia T-534 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón). En esta sentencia, la Corte protegió los derechos a la vida y a la salud de un soldado, quien había sido vinculado al Ejército en cumplimiento del servicio militar obligatorio, y que fue dado de baja cuando se descubrió que padecía de cáncer.