

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

En el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos más inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

La garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria. De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Persona con discapacidad o con alguna enfermedad grave, especial situación de los miembros de la Fuerza Pública

La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la

situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-Régimen jurídico aplicable

A los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de disfrutar de una pensión de invalidez cuando durante el servicio adquirieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta antes del 7 de agosto de 2002. Del mismo modo, el decreto menciona a los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, señala que son éstos, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía y a la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía. Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, Esta ley dispone en su artículo 6 que dicha normatividad deberá aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

REGIMEN PENSIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE POLICIA-Ambito de aplicación en relación con la pensión de invalidez

En lo concerniente al régimen pensional que los regula, específicamente en el tema de la pensión de invalidez, con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se evidencia una clara contradicción entre el artículo 30 que dispone el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez y el artículo 32 que consagra el reconocimiento y la liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. Estas normativas son contradictorias debido a que el artículo 30 cobija al personal vinculado al servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y de la Policía nacional, contrario a lo esbozado en el artículo 32 que sólo genera efecto vinculante para los Soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado a los Auxiliares Regulares de la Policía Nacional.

REGIMEN PENSIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE POLICIA-Vulneración del derecho a la igualdad al aplicar trato diferente y desfavorable a los Auxiliares Regulares que prestan el servicio militar obligatorio en la Policía frente a los Soldados de las Fuerzas Militares para

reconocimiento de pensión de invalidez

i) La Policía Nacional frente a una contradicción entre dos fuentes normativas, está aplicando la más desfavorable y, (ii) hay una vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto a los Auxiliares Regulares que prestan el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, se les está otorgando un trato desfavorable frente a los Soldados de las Fuerzas Militares que están cumpliendo con el mismo deber constitucional de defensa que ellos; de igual manera, la Institución les brinda un trato desigual frente a los funcionarios del nivel ejecutivo, puesto que éstos si tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión. Este trato diferenciado no se encuentra justificado en la normatividad vigente y no está fundado en un fin aceptado constitucionalmente. Por el contrario ambos están prestando un servicio a la Patria. Existe una evidente violación del derecho a la igualdad de los Auxiliares Regulares que prestan el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, ya que se está dejando de lado su importante participación en la defensa pública y la situación de riesgo a la que se exponen por defender a la Patria. Así mismo, no existe justificación constitucional para este trato desigual. Además, por ser sujetos de especial protección las personas con discapacidad requieren de un trato preferencial y prioritario.

DERECHO A LA SALUD Y AL MINIMO VITAL DE PERSONA EN SITUACION DE DISCAPACIDAD CON VIH/SIDA-Caso en que la Policía Nacional negó pensión de invalidez argumentando que no cumple con el requisito de pérdida de la capacidad laboral superior al 75%

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a la Policía Nacional reconocer y pagar pensión de invalidez a Auxiliar Regular con VIH/SIDA adquirido en la prestación del servicio militar

Referencia: expediente T-3.564.789

Acción de Tutela instaurada por Juan en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Derechos Invocados: Salud, vida, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y seguridad social.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Alexei Egor Julio Estrada y, José Roberto Herrera Vergara, designado como conjuez para el siguiente proceso, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el doce (12) de abril de dos mil doce (2012) por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012) por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en el trámite de la acción de tutela incoada por Juan en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

ACLARACIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que en el caso objeto de estudio, se estudiará la situación de un señor que padece del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, ha ordenado suprimir de esta providencia su nombre, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarlo. En consecuencia, para efectos de identificarlo y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ha preferido cambiar el nombre real del actor por el siguiente nombre ficticio:

Juan: supuesto auxiliar de la policía nacional, actor en el presente proceso y solicita que se reconozca y pague la pensión de invalidez a la que tiene derecho.

1. ANTECEDENTES

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

Juan, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida y a la dignidad humana. En consecuencia, solicita se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional- Ministerio de Defensa el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez a la que tiene derecho por la incapacidad permanente parcial adquirida en combate, según los hechos que a continuación son resumidos:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.1.2.1. Señala el señor Juan, que fue incorporado en el mes de septiembre de 1997, a la Policía Nacional para prestar el servicio militar obligatorio como auxiliar de policía regular.

1.1.2.2. Añade que en el mes de agosto de 1998, la compañía antinarcóticos con sede en Miraflores-Guaviare fue atacada por el bloque oriental de las FARC, siendo secuestrados varios policías, entre ellos el actor.

1.1.2.3. Expresa que después de haber permanecido en cautiverio por más de tres años, fue liberado el 28 de junio de 2001, a través de un intercambio humanitario, en razón a la enfermedad psiquiátrica que padecía.

1.1.2.4. Indica que después de su liberación los médicos tratantes de la entidad le diagnosticaron "Stress Postraumático Severo y Episodio Psicótico Agudo", por lo que luego de varias juntas médico laborales, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, mediante acta No. 3799 del 9 de julio de 2009, lo recalificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 64.85% como consecuencia de combate o en accidente relacionado con el mismo o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público; de igual forma se determinó una incapacidad parcial- no apto para el servicio, hecho tal que no le permite obtener trabajo alguno para su sustento. Ello fue realizado en virtud de una orden de tutela que dispuso la recalificación del actor.

1.1.2.5. Relata que la Dirección General de la Policía Nacional, negó el pago y reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que la norma exime de dicho

reconocimiento al personal vinculado al servicio militar de la Policía Nacional, razón por la cual resulta jurídicamente imposible la pretensión invocada.

1.1.2.6. Por último, manifiesta el actor que al no reconocer la pensión de invalidez, la entidad accionada está vulnerando sus derechos fundamentales, puesto que las valoraciones realizadas por la Junta Médico Laboral y por el Tribunal médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, se hicieron en vigencia de la Ley 923 de 2004, la que en su artículo 3 numeral 3.5 establece que se deberá efectuar dicho reconocimiento cuando la disminución de la capacidad laboral del afectado sea igual o superior al 50%.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante oficio del día treinta (30) de enero de dos mil doce (2012), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficializar al Director General de la Policía Nacional, para que ejerciera su derecho de defensa.

De igual forma, ordenó oficializar al Director de la Policía Nacional para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación, remitiera al despacho copia del expediente administrativo del señor Juan y, reconoció personería jurídica al Dr. Nelson Jiménez Calvache como apoderado del actor.

El Jefe del Grupo de Orientación e Información del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, mediante oficio del 9 de junio de 2011, contestó la acción de tutela, y se opuso a las pretensiones elevadas por el actor, al respecto señaló:

La acción resulta improcedente, en virtud de la existencia de otro medio de defensa judicial para el reconocimiento pensional, como lo es acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o la Laboral. Además, la Policía Nacional posee un régimen exceptuado, con régimen prestacional y pensional especial de carácter constitucional, en el cual fundamentan su actuación administrativa en lo concerniente al reconocimiento de indemnización por disminución de la capacidad laboral.

A manera de conclusión no es posible jurídicamente realizar el reconocimiento pensional de invalidez, por cuanto tanto el Decreto 1796/00 como el 4433/04, consagran la pensión de

invalidez solo para el personal vinculado a la prestación del servicio militar obligatorio, como los miembros del nivel ejecutivo y agentes de policía y no se consagra para los auxiliares.

De mismo modo, la norma solo posibilita el reconocimiento para el personal de auxiliares de policía cuando tengan un porcentaje igual o superior del 75%, por consiguiente en este caso en concreto, el actor no posee la calidad requerida, puesto que solo tiene el 64.85% de disminución de la capacidad laboral previamente rendida por el Tribunal Medico Legal, hecho tal que le permite acceder a la indemnización y no a la pensión de invalidez.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Sentencia de primera instancia – Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca

En sentencia proferida el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por el tutelante. Agregó que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, porcentaje que supera el límite establecido en la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario, sin embargo, el actor no puede ser cobijado por dicha norma, puesto que la prestación que contempla dicha ley solo es aplicable para hechos ocurridos a partir del 7 de agosto de 2001 y, el hecho que dio origen a la incapacidad del actor ocurrió el 21 de junio de 2011. Razón por la cual no se puede obligar al Director General de la Policía Nacional a acceder a dicha solicitud.

1.4.2. Impugnación

Inconforme con la decisión de instancia, el accionante mediante escrito del 16 de febrero de 2012, impugnó la decisión del a quo, argumentando que el Juez de primera instancia está haciendo una lectura exegética de la normativa aplicable al caso particular y, por tanto se está prevaleciendo lo formal ante lo sustancial.

Consideró que para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a las que se refiere la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, no se debe tener en cuenta la fecha en que sucedieron los hechos que condujeron a la pérdida de capacidad laboral de quien solicita la pensión de invalidez, sino la fecha en la que se llevaron a cabo las valoraciones

de la Junta Médico laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, lo cual para el caso que se examina, ocurrió con posterioridad al 7 de agosto de 2002.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia-Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta del Consejo de Estado.

En sentencia proferida el doce (12) de abril de dos mil doce (2012), la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó la decisión de instancia.

Agregó, que el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, puesto que al no ser reconocida la pensión, dicho acto administrativo era susceptible de ser controvertido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.1.5.2. Copia del Acta Nº 349 de la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional del día 17 de abril de 2009, mediante la cual se le otorga al actor una pérdida del 50.50% de su capacidad laboral (Folios 15-1|7, cuaderno No. 2).

1.1.5.3. Copia del Acta Nº 3799 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del día 9 de julio de 2009, mediante la cual se le otorga al actor una pérdida del 64.85% de su capacidad laboral (Folios 20-21, cuaderno No. 2).

1.1.5.4. Copia de concepto médico emitido por los especialistas de la policía nacional, donde consta que al actor le fue diagnosticado Stress Pos traumático- secuelas permanentes (Folio 18, cuaderno No. 2).

1.1.5.5. Copia del concepto clínica emitido por la Dra. Gisela Delgado (médico psiquiatra) el 11 de abril de 2011, donde se le diagnostica al actor “Esquizofrenia Crónica” (Folio 19, cuaderno No. 2).

1.1.5.6. Copia de la constancia expedida por el Jefe de Talento Humano del Departamento

de Policía del Cauca, donde se puede comprobar la vinculación del señor Meneses Muñoz con la Policía Nacional en lo concerniente a servicios médicos asistenciales (Folio 22, Cuaderno No. 2).

1.1.5.7. Copia del comunicado de prensa adiado el 16 de junio de 2001, acerca de la entrega de prisioneros de guerra por intercambio humanitario de 49 hombres de la fuerza pública con problemas de salud, entre los cuales se encuentra el accionante (Folios 23-25, cuaderno No 2).

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si en el caso expuesto procede la acción de tutela para proteger la seguridad social en pensiones, la vida, la dignidad humana, el mínimo vital y el derecho a la salud del actor, que ha sido negado por la Policía Nacional por no haber obtenido el porcentaje de 75% de pérdida de la capacidad laboral y, por ser auxiliar regular.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de pensiones; segundo, el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y la importancia de la pensión de invalidez; tercero, la protección constitucional reforzada de los sujetos de especial protección, como las personas con discapacidad o con alguna enfermedad grave, y la especial situación de los miembros de la Fuerza Pública; y cuarto, el

alcance del régimen prestacional de la Fuerza Pública.

2.3. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE PENSIONES

La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que en principio la acción de tutela es improcedente cuando a través de esta vía se pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Al respecto, esta Corporación ha establecido dos reglas importantes al momento de realizar el estudio de procedibilidad de la acción cuando uno de los beneficiarios es considerado sujeto de especial protección, como las personas con discapacidad. En este sentido ha establecido que:

“...las pruebas deben permitir establecer dos reglas importantes en el análisis de la procedencia de la acción de tutela. La primera, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuyo derecho está acreditado, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición, lo cual afectaría derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales se demuestre la reunión de las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes,[1]pero que requieran la intervención urgente del juez constitucional.

Ahora bien, si de la evaluación que se haga del caso se deduce que la acción es procedente, la misma podrá otorgarse de manera transitoria o definitiva. Será lo primero si la situación

genera un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales[2]. Y procederá cómo (sic) mecanismo definitivo si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente para dirimir la controversia resulta ineficaz al ‘no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida’[3](Negrilla fuera de texto)”[4]

Es decir que, en el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos más inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

2.4. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

El artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Una de las garantías de la seguridad social es las pensiones por vejez o por invalidez. La pensión de invalidez tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales.[5]

De igual manera, se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

Con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación, en sentencias como la T-628 de 2008[6], ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto:

"El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos."

De esta manera, siguiendo el lineamiento constitucional esbozado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política que establece que todos los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es de vital importancia establecer el contenido del derecho a la seguridad social a la luz de las preceptivas internacionales.

Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

"Sobre el particular, de manera reciente[7] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre "El derecho a la seguridad social (artículo 9)". De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos[8], en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales."

(...)

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en

particular para los hijos y los familiares a cargo.”[9] (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir, que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria.

De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

2.5. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O CON ALGUNA ENFERMEDAD GRAVE, ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

Nuestro ordenamiento constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho, a saber:

El artículo 13, en los incisos 2 y 3, señala:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Siguiendo los mismos lineamientos, el artículo 47 de la Carta establece que:

“...el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Del mismo modo, el artículo 54 superior consagra de manera expresa el deber del Estado

de "...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud...".

Con fundamento en los artículos 13, 47 y 54, la Corte señaló en la sentencia T- 884 de 2006[10] que la Constitución impone al Estado los siguientes deberes frente a las personas con discapacidad:

"... impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y "la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran", así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales".

Igualmente, esta Corporación, en sentencias T-826[11] y T-974[12] de 2010, ha señalado la importancia de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de indefensión debido a su situación de discapacidad y a su imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, lo que afecta directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

También ha indicado, en sentencias como la T-093 de 2007[13], "... que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria..."[14].

Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar, en la medida de lo factible, esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta,

en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores, sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[15].

Ahora bien, la discapacidad como un factor de indefensión que justifica la adopción de medidas de diferenciación positiva, es definida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 5º[16] , como:

“...Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio...

De conformidad con el enfoque seguido en las Normas Uniformes, en la presente Observación general se utiliza la expresión “persona con discapacidad” en vez de la antigua expresión, que era “persona discapacitada”. Se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona. (Subraya fuera de texto)...”

La discapacidad no implica la invalidez; en efecto, en la sentencia T-198 de 2006[17], esta Corporación especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo:

“se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”

Así lo ha entendido el legislador al redactar el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, en el que resaltó que solamente la pérdida de capacidad severa, es decir, la que supera el 50%, es considerada invalidez. Al respecto señaló:

"ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral."

Por último, esta Corporación ha manifestado en sentencia T-131 de 2008 que ésta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales. Así lo consideró la Sentencia T-1197 de 2001[18], en la cual se dijo:

"Es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personas que por la naturaleza de sus funciones y debido a las actividades que diariamente ejecutan, afrontan riesgos permanentes para su vida e integridad personal y que frecuentemente sufren lesiones severas, en muchos casos irreversibles. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de seguridad social, a quienes de manera directa actúan para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades".

En resumen, la Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

2.6. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN MATERIA DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

Los miembros de la fuerza pública se encuentran sometidos a un régimen pensional especial regulado actualmente por la ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, normas que por disposición expresa en el artículo 6 de la ley 923 de 2004 únicamente regulan

"hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002." [19]

Anteriormente el régimen pensional de la fuerza pública se encontraba regulado principalmente por el Decreto ley 094 de 1989 y el Decreto 1796 de 2000.

En lo concerniente a la pensión de invalidez, el Decreto ley 094 de 1989 en su artículo 89 establecía:

"cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicosfísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera..."

De igual manera, en su artículo 25 consagraba al Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía como máxima autoridad en materia de sanidad. Al respecto prescribía:

Artículo 25º. – Tribunal Médico – Laboral de Revisión Militar y de Policía. El Tribunal Médico – Laboral y de revisión, es la máxima autoridad en materia Médico – Militar y policial. Como tal conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico – Laborales. En consecuencia podrá aclarar, ratificar, modificar, o revocar tales decisiones...

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000 en el artículo 38 señalaba que:

"Artículo 38. Liquidación de Pensión de Invalidez para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Medico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

- a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).
- b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).
- c. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez."

De lo anterior se puede concluir que a los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de disfrutar de una pensión de invalidez cuando durante el servicio adquirieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta antes del 7 de agosto de 2002. Del mismo modo, el decreto menciona a los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, señala que son éstos, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía y a la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía[20] .

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", ésta en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

"3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro".

Esta ley dispone en su artículo 6 que dicha normatividad deberá aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

2.7. AMBITO DE APLICACIÓN PENSIONAL DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA POLICÍA NACIONAL

La Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, establece en su artículo 3 la obligación que tienen todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, con la finalidad de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente ley.

De igual manera, la norma mencionada en su artículo 13 hace alusión a las diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio, como son: (i) Soldado regular, de 18 a 24 meses, (ii) Soldado bachiller, durante 12 meses; (iii) Auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses y, (iv) Soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

Ahora bien, quienes antes del 2000 eran conocidos como Soldados Voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985, pasaron a ser denominados Soldados Profesionales con la expedición de los Decretos 1793 y 1794, por medio de los cuales se creó el estatuto de los soldados profesionales y su régimen prestacional. En ese orden de ideas el vínculo que surge con el soldado por la Ley 48 de 1993 es el cumplimiento del deber constitucional de defensa, mientras que el soldado profesional tiene un vínculo laboral.

“ARTÍCULO 30. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el

Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARÁGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.

PARÁGRAFO 3o. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional."

De igual manera, la normatividad citada dispuso en su artículo 32:

"ARTÍCULO 32. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL EN COMBATE O ACTOS MERITORIOS DEL SERVICIO. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del

Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.

PARÁGRAFO 2o. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas."

De lo anterior, se evidencia que el reconocimiento dispuesto en el artículo 30 cobija tanto al personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, como al personal de la Policía Nacional, contrario a lo manifestado en el artículo 32 del citado decreto que solo genera efecto vinculante para los Soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado al personal de la Policía Nacional, razón por la cual esta entidad para efectos de reconocer la pensión de invalidez al personal vinculado a la prestación del servicio militar obligatorio, le exige que tenga una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

De lo anterior esta Sala puede concluir: (i) la Policía Nacional frente a una contradicción entre dos fuentes normativas, está aplicando la más desfavorable y, (ii) hay una vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto a los Auxiliares Regulares que prestan el servicio

militar obligatorio en la Policía Nacional, se les está otorgando un trato desfavorable frente a los Soldados de las Fuerzas Militares que están cumpliendo con el mismo deber constitucional de defensa que ellos; de igual manera, la Institución les brinda un trato desigual frente a los funcionarios del nivel ejecutivo, puesto que éstos si tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión.

Este trato diferenciado no se encuentra justificado en la normatividad vigente y no esta fundado en un fin aceptado constitucionalmente. Por el contrario ambos están prestando un servicio a la Patria.

“primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.”[21]

A la luz de las consideraciones precedentes, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad puede devenir no sólo por acción sino también por la omisión de trato más favorable a las que tienen derecho[22], lo cual mantiene la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente, y que obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.[23]

Para finalizar, cualquier trato diferenciado para que sea constitucionalmente admisible debe tener sustento en los valores y principios constitucionales y, claramente, en la observancia del contenido del artículo 13 de la Carta Fundamental.

3. CASO CONCRETO

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el derecho a la pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, razón por la cual adquiere el carácter de derecho fundamental.

Esta prestación económica tiene por objeto proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y asegurarle unos ingresos para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Así mismo, es una respuesta a la obligación que nuestra Carta Magna impone al Estado de proteger aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como es el caso de las personas con

discapacidad.

3.1. Hechos probados

El señor Juan, por medio de apoderado, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida y a la dignidad humana, debido a que la policía Nacional le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez argumentando que el actor no cumple con el requisito de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75% que reglamenta el decreto 094 de 1989 y el 1796 de 2000. En consecuencia, el actor no posee la calidad requerida y únicamente tiene el 64.85% de disminución de la capacidad laboral previamente rendida por el Tribunal Médico Legal, como consecuencia de un fallo de tutela que ordenó su recalificación.

Debido a la negativa de la entidad accionada, el actor interpuso acción de tutela buscando la protección de sus derechos fundamentales.

De igual forma, mediante escrito allegado al Despacho del Magistrado sustanciador, el accionante anexa certificado médico que evidencia que es portador de VIH, enfermedad que le fue contagiada durante el cautiverio, debido a que padecía de enfermedades estomacales y para disminuir el dolor era canalizado con inyecciones reutilizables.

3.2. Examen de procedencia

De los hechos relatados, esta Sala deduce que para el asunto objeto de estudio, si bien es cierto el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, la acción de tutela es el instrumento idóneo para proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, puesto que es un sujeto de especial protección dada su discapacidad, ya que padece del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH) y de “Estrés Postraumático Severo y Episodio Psicótico Agudo” como se puede evidenciar en el acta del Tribunal Médico Laboral y en las certificaciones médicas (Folios 19-21, cuaderno No. 2). Del mismo modo, se encuentra acreditado que está en una situación precaria, pues no puede desarrollarse en el campo laboral, y necesita de la pensión para poder subsistir, viviendo actualmente “de su anciano padre” Esto significa que el demandante requiere una solución inmediata que no le ofrecen otros mecanismos judiciales.

En lo referente al principio de inmediatez de la acción constitucional, uno de los aspectos a analizar prima facie en sede de tutela, la Sala recuerda que emerge del fin de asegurar la protección inmediata de las garantías fundamentales para evitar su trasgresión o el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En efecto, en tanto la demora en la interposición del amparo deprecado puede indicar, en principio, que ha habido indiferencia por parte del peticionario o peticionaria para asumir la defensa de sus derechos, por regla general la Corte ha concluido que en tales casos no procede el amparo y la protección de los derechos fundamentales del actor puede perseguirse a través de la vía ordinaria.

Sin embargo, existen dos excepciones al principio de inmediatez, bajo las cuales se justifica el lapso que haya transcurrido entre la vulneración de los derechos fundamentales y la solicitud del amparo deprecado; estas son:

“(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.[24] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”[25]

En el presente caso, la Sala observa que, a diferencia de lo que sostuvo la entidad accionada en la contestación de la tutela, sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, pues bien es cierto han transcurrido 11 años desde que el actor fue liberado y 3 años desde que se estructuró la lesión, lo cierto es que la vulneración se encuentra vigente por la misma calidad de la enfermedad, cuyo tratamiento es permanente y, por la situación psicológica en que se encuentra el accionante. De igual forma, sigue sin capacidad económica para subsistir junto con su núcleo familiar. Aunado a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el actor, debido a la patología que padece. Además, debe recordarse que el derecho a la pensión no prescribe, de modo que se puede solicitar en cualquier tiempo.

Por estas razones, la Sala concluye que la acción de tutela procede en este caso.

3.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado por la parte accionada, en un principio el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, sólo es aplicable al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, puesto que solo genera efecto vinculante para los soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado a los auxiliares regulares de la Policía Nacional.

De lo anterior esta Sala concluye que existe una evidente violación del derecho a la igualdad de los Auxiliares Regulares que prestan el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, ya que se está dejando de lado su importante participación en la defensa pública y la situación de riesgo a la que se exponen por defender a la Patria. Así mismo, no existe justificación constitucional para este trato desigual. Además, por ser sujetos de especial protección las personas con discapacidad requieren de un trato preferencial y prioritario.

De igual manera, existen otras razones que reafirman la aplicación de la

Ley 923 de 2004. En primer lugar, en virtud de una orden de un juez constitucional, el Tribunal Médico Laboral recalificó al accionante, mediante Acta No. 3799 del 9 de julio de 2009, en la cual le otorgó el porcentaje de 64,85% de pérdida de capacidad laboral, en esta fecha ya se encontraba vigente la Ley 923 de 2004, razón por la cual ésta es la normativa aplicable para el caso objeto de estudio, toda vez que al ser la nueva fecha de estructuración el 9 de julio de 2009, ya se encontraba vigente esta disposición. En segundo lugar, las especiales condiciones de salud del señor Juan ameritan que esta Corporación, proteja sus derechos fundamentales y ordene el pago de la pensión de invalidez. Toda vez que, en ejercicio de su deber constitucional y prestando un servicio a la patria, el actor fue secuestrado por espacio de tres años, donde además de su enfermedad mental adquirió el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), considerado éste como una enfermedad degenerativa.

Por lo anterior, esta Corporación dará eficacia directa a la Constitución en lo concerniente a los artículos 13 (derecho a la igualdad), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (derecho al mínimo vital), y dadas las circunstancias especiales del caso objeto de estudio, aplicará la Ley 923 de 2009 por ser este el año en que se recalificó al actor y se le otorgó un porcentaje del 64,85% de pérdida de capacidad laboral.

De lo expuesto se puede concluir que la accionada debe reconocer y pagar la pensión de invalidez al actor, toda vez que, como lo indica la normatividad vigente, el actor cumple con el porcentaje del 50% y su discapacidad es producto de un ataque del enemigo.

Ahora bien, el hecho de que hayan transcurrido once (11) años desde que fue liberado y tres (3) años desde que se estructuró la lesión, no significa que la obligación del accionado desaparezca, puesto que como se mencionó con anterioridad el derecho pensional no prescribe.

Por lo expuesto y, teniendo en cuenta que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, se revocará el fallo proferido el doce (12) de Abril de dos mil doce (2012), por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012) por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca que negó la acción de tutela adelantada por Juan contra la Nación, Ministerio de Defensa y la Dirección General de la Policía Nacional, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la urgencia de protección a los derechos fundamentales del actor y su crítico estado de salud, como se puede evidenciar de la certificación médica expedida por la Dra. Gisela Delgado adscrita a la Clínica de Salud Mental Moravia, donde se le diagnosticó "Esquizofrenia Crónica", de las certificaciones médicas que demuestran que el actor padece el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), y del porcentaje del 64.85% otorgado por el Tribunal Médico Laboral, esta Sala de Revisión APLICARÁ, en el presente caso, lo contenido en la Ley 923 de 2004, en aras de proteger sus derechos fundamentales. De igual manera, se ordenará la Policía Nacional que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez al señor Juan, e inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte

Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el doce (12) de Abril de dos mil doce (2012), por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca que negó la acción de tutela adelantada por Juan contra la Nación, Ministerio de Defensa y la Dirección General de la Policía Nacional, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Policía Nacional que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez al señor Juan, e inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión.

TERCERO.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA

Conjuez

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Sentencia T- 836 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Sentencia T-1291 de 2005 y Sentencia T- 668 de 2007

[3] Ibidem.

[4] Corte constitucional, sentencia de tutela T-479 del 15 de mayo de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[5] Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

[6] MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

[7] 39º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

[8] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”.

[9] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-658 del 1 de julio de 2008. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

[11] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[12] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[13] MP. Dr. Humberto Sierra Porto

[14] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 1997.

[15] Sentencia T-841 de 2006.

[16] La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ayudan a definir el contenido y alcance de los derechos económicos sociales y culturales. Sobre este tema pueden verse, entre otras, las sentencias T-200 de 2007 y T-1248 de 2008.

[17] MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

[18] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[19] Sobre la vigencia de la ley 793 de 2004 la Corte se ha manifestado en diversas oportunidades en sede de tutela y en sede de constitucionalidad. Al respecto ver sentencias C-924/05, T-841/06, T-596/07, entre otras.

[20] Articulo 14, Decreto 1796 de 2000

[21] Corte Constitucional, sentencia T-117 del 13 de febrero de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[22] Sobre el acto discriminatorio por omisión del deber de trato especial pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-378 de 1997, C-381 de 2005, T-068 de 2006, T-1248 de 2008, C-640 de 2009.

[23] Ibídem

“[24] Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.”

[25] Corte Constitucional, sentencia de tutela T-158 del 2 de marzo de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.