

CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia

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

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. Una de las garantías de la seguridad social son las pensiones por vejez o por invalidez. Esta última tiene por finalidad la protección de las personas que han 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, así como amparar su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

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 jurisprudencia constitucional y los Organismos Internacionales han reiterado 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, y han señalado la importancia que se debe tener en la protección de los derechos fundamentales, en especial a la seguridad social y adoptar las medidas tendientes a que puedan superar la situación de desigualdad. Igualmente, establece una protección reforzada en especial cuando se trata de 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 PUBLICA-Régimen jurídico aplicable

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.” La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al momento de proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los miembros de la Fuerza Pública cuando se les ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón a no cumplir con el requisito contemplado en el Decreto 1796 del 2000, el cual exigía una pérdida igual o superior del 75% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio. Igualmente señaló, que aquellos miembros de las Fuerzas armadas que perdieron más del 50% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio, así los hechos hayan ocurrido con anterioridad al año 2002, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión, en desarrollo de la Ley 923 de 2004 que les resulta más favorable.

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL RETIRADO DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZAS MILITARES-Obligación de las fuerzas militares de prestar servicios de salud requeridos a quienes son retirados del servicio por lesiones adquiridas con ocasión del mismo

Es un deber constitucional del Estado el proteger la integridad de los miembros de la Fuerzas Pública, por lo que, al resultar agredido el derecho a la salud de alguno de ellos, la administración, a través de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, debe garantizarlo bajo condiciones óptimas. Es responsabilidad de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares prestar los servicios de salud que requiera todo ex - soldado que, con ocasión a la prestación del servicio, hubiera sido lesionado y, en consecuencia, vea disminuido su estado de salud y sus condiciones de vida, hasta que se restablezca.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA VIDA, AL MINIMO VITAL Y A LA IGUALDAD-Orden al Ministerio de Defensa Nacional reconocer el pago del retroactivo de la pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-4615410

Acción de tutela instaurada por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía como curadora de Jorge Alexander Herrera Rojas contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

Derechos fundamentales invocados: seguridad social, vida, mínimo vital y a la igualdad.

Tema: procedibilidad de la acción de tutela para solicitar pensión de invalidez.

Problema jurídico: ¿Si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, entre el período comprendido del 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009, fecha en que quedó inhabilitado para laborar, con el argumento de la prescripción de dichas mesadas pensionales?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió en el Auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014) para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

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

1.1 SOLICITUD

La señora Jhojana Colombia Rojas Mejía como curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, instauró acción de tutela contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, por considerar que éste vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al

mínimo vital y a la igualdad, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su hermano, entre el período comprendido del 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009, alegando prescripción de las mesadas pensionales.

Con base en lo expuesto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la entidad que reconozca y pague dicha prestación económica. Basa su solicitud en los siguientes:

1.2 HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.2.1 Manifiesta la accionante, que su hermano el señor Jorge Alexander Herrera Rojas, quien cuenta actualmente con 36 años de edad, prestó el servicio militar obligatorio en la Armada Nacional, y en desarrollo de las actividades de sus funciones, el día 6 de abril de 2000, en un enfrentamiento contra grupos armados ilegales, sufrió heridas en la parte posterior de la cabeza causadas por esquirlas de granada y de balas de fusil, las cuales le produjeron un daño irreparable e irreversible causándole discapacidad mental crónica e inhabilidad para trabajar.

1.2.2 Dice que a través del Acta No. 133 del 22 de octubre de 2002, la Junta Médica del Hospital Militar de Cartagena, lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 50.33%, por lesiones ocurridas en el servicio por causa de herida en combate, según literal c informativo 030/09 de agosto de 2001, cuyo retiro se produjo el 14 de abril de 2000. Este concepto médico fue revisado y confirmado por el Tribunal Médico Laboral mediante Acta No. 2306 del 12 de agosto de 2003.

1.2.3 Razón por la cual, presentó un escrito el día 28 de octubre de 2002, debidamente autenticado, ante el Ministerio de Defensa Nacional con fundamento en el artículo 23 de la Carta Política, donde está solicitando que se autorice los servicios médicos especializados a su hermano, así mismo la pensión de invalidez desde el 6 de abril de 2000 fecha en que quedó inhabilitado para laborar.

1.2.4 Agrega, que mediante Resolución No. 310 del 20 de febrero de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional a través del Secretario General, declara “que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión por concepto de invalidez al ex - Infante de Marina Regular de la Armada Nacional”, por cuanto no cumple con lo ordenado en el artículo 90 del

Decreto 94 de 1989 que señala que la pérdida debe ser igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica.

1.2.5 Informa que mediante Resolución No. 1521 del 30 de mayo de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional a través del Secretario General, rechazó el recurso impetrado contra la anterior decisión, por cuanto no reconoció el poder otorgado por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía al apoderado para presentar el escrito, con el argumento de no reposar dentro del acervo probatorio la sentencia debidamente ejecutoriada por el juez competente donde se le declara curadora de su hermano, el señor Jorge Alexander Herrera Rojas.

1.2.6 Ante lo anterior, presentó demanda por interdicción judicial por causa de demencia a favor de su hermano Jorge Alexander Herrera Rojas, en el Juzgado Segundo Civil de Familia de Barranquilla, resuelta mediante sentencia del 14 de julio de 2009 que declaró la interdicción definitiva por causa de trastorno mental orgánico y la nombró como curadora de su patrimonio, providencia que fue ratificada por el Tribunal Superior Sala Sexta Civil y Familia de Barranquilla, mediante fallo en grado de consulta del 11 de agosto de 2010.

1.2.7 Señala, que posteriormente presentó acción de tutela cuya decisión fue proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de noviembre de 2012, en contra de la Nación Ministerio de Defensa Nacional, en la cual se le concedió el derecho y se ordenó la realización de una nueva evaluación de la Junta Médico Laboral para determinar la viabilidad de otorgar una pensión de invalidez a su hermano Jorge Alexander Herrera Rojas.

1.2.8 Agrega, que la Junta Médico Laboral mediante Acta No. 111 del 10 de abril de 2013, determinó una pérdida de la capacidad laboral de su hermano en un porcentaje del 84.69% “por diagnóstico 1, 2 y 3 en el servicio por acción directa del enemigo, en el restablecimiento del orden público o conflicto internacional” solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2000.

1.2.9 Asegura que con base en la anterior evaluación Médico Legal, solicitó nuevamente la pensión de invalidez de su hermano ante el Ministerio de Defensa Nacional, quien mediante Resolución No. 3641 del 23 de septiembre de 2013, reconoció la misma solo a partir del 20 de noviembre de 2009, argumentando que las mesadas pensionales anteriores prescribieron teniendo en cuenta para la fecha de la prescripción del mencionado fallo de

tutela, alegando que no existe prueba de que el señor Jorge Alexander Herrera Rojas haya presentado reclamaciones en el período comprendido entre el 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009.

1.2.10 Ante lo anterior, presentó recurso de reposición fundamentado en los artículos 1, 13, 25, 40 y 48 de la Constitución Política, indicando que no se le debía aplicar la prescripción toda vez que existen pruebas de solicitudes de pensión anterior, como las actas de la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, así como una solicitud de pensión que fue respondida y resuelta por el Ministerio de Defensa Nacional, y la resolución que resolvió el recurso legalmente interpuesto.

1.2.11 El recurso fue resuelto por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución 4618 del 28 de noviembre de 2013, confirmó la anterior decisión a pesar de que en sus consideraciones aceptaba un trámite anterior a “Que el Ministerio de Defensa expidió el acto administrativo No. 310 del 20 de febrero de 2006, en el que declaró que no había lugar al reconocimiento y pago de una pensión de suma alguna por concepto de pensión por invalidez e intereses moratorios a favor del ex infante de Marina Regular de la Armada Nacional HERRERA ROJAS JORGE ALEXANDER (...) toda vez, que no cumplía con el requisito del porcentaje de disminución que exigía el Decreto especial para la época de los hechos”.

1.2.12 Por último, sostiene que su hermano sufre de trastorno mental orgánico considerado secuela de un trauma el cual debe ser tratado por un médico especialista en psiquiatría dado que es irreversible su enfermedad y ni ella ni su familia cuentan con los recursos económicos para su sostenimiento.

1.3 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, admitió la acción de amparo el 21 de marzo de 2014, y corrió traslado al Ministerio de Defensa Nacional y vinculó al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.3.1 El Ministerio de Defensa Nacional no rindió el informe solicitado.

1.3.2 El Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, guardó Silencio.

1.4 PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.1 Copia de la Resolución No. 310 del 20 de febrero de 2006, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional a través del Secretario General, el cual señala en la parte considerativa que: "... le fueron practicadas Acta de Junta Médica Laboral No. 133 de octubre 22 de 2002, (...) así como Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 2306-2309 de agosto 12 de 2003, (...) que le determinaron una disminución de la capacidad laboral del 50.33%, por lesiones ocurridas en el servicio por causa de herida en combate, literal c informativo 030/09 de agosto de 2001, cuyo retiro se produjo el 14 de abril de 2000."

Igualmente declara "que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión por concepto de invalidez al ex - Infante de Marina Regular de la Armada Nacional", por cuanto no cumple con lo ordenado en el artículo 90 del Decreto 94 de 1989 que señala: "Pensión de invalidez del personal de soldados y grumetes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual..." (negrilla y subrayado en el texto que se transcribe) (folios 9, 10 y 11).

1.4.2 Copia de la Resolución No. 1521 del 30 de mayo de 2006, del Ministerio de Defensa Nacional a través del Secretario General, por el cual se rechaza el recurso de reposición al no reconocer un poder otorgado por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía al apoderado para presentar el escrito, argumentando que no reposa una sentencia debidamente ejecutoriada por el juez competente donde se declara curadora de su hermano, el señor Jorge Alexander Herrera Rojas (folios 12, 13 y 14).

1.4.3 Copia de la Resolución No. 3641 del 23 de septiembre de 2013, del Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se ordenó pagar la pensión de invalidez al señor Jorge Alexander Herrera Rojas solo a partir del 20 de noviembre de 2009, argumentando que las

mesadas pensionales anteriores prescribieron dada la ausencia de prueba de su reclamación en el período comprendido entre el 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009.

Igualmente la citada resolución en su parte considerativa reconoce que: "... le fue practicada Acta de Junta Médica Laboral No. 133 de octubre 22 de 2002, (...) así como Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 2306-2309 de agosto 12 de 2003, (...) que le determinaron una disminución de la capacidad laboral del 50.33%, por lesiones ocurridas en el servicio por causa de herida en combate, literal c informativo 030/09 de agosto de 2001, cuyo retiro se produjo el 14 de abril de 2000." (folios 15 al 19).

1.4.4 Copia de la Resolución No. 4618 del 28 de noviembre de 2013, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición (folios 20, 21 y 22).

1.4.5 Copia de la sentencia 00479-2007 por interdicción judicial del 14 de julio de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Civil de Familia de Barranquilla, que declaró la interdicción definitiva por causa de trastorno mental orgánico al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, y designó a la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía, como curadora de su patrimonio (folios 23 al 28).

1.4.6 Copia del fallo en grado de consulta del 11 de agosto de 2010, expedido por el Tribunal Superior Sala Sexta Civil y Familia de Barranquilla, donde ratifica la sentencia 00479-2007 por interdicción judicial del 14 de julio de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Civil de Familia de Barranquilla (folios 29 al 35).

1.4.7 Copia del acta de posesión del cargo de curadora a favor del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, de fecha 5 de noviembre de 2010, ante el Juzgado Segundo de Familia de Barranquilla, Atlántico (folio 36).

1.4.8 Copia del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar No. 2306-2309 del 12 de agosto de 2003 y Acta No. 133 del 22 de octubre de 2002, de la Junta Médica del Hospital Militar de Cartagena, donde se califica al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, por una incapacidad permanente parcial no apto para el servicio, con una pérdida de la capacidad

laboral en un porcentaje del 50.33% (folios 38 al 41).

1.4.9 Copia del Acta de la Junta Médico Laboral No. 111 del 10 de abril de 2013, que determinó una pérdida de la capacidad laboral al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, en un porcentaje del 84.69% con fecha de iniciación “Hace 10 años, posterior a impacto con granada en servicio militar, con esquirlas en la región cefálica con posterior cambio de comportamiento, pobre función global, comportamiento bizarro, dificultad para valorarse y adaptarse” (folios 43 al 46).

1.4.10 Copia del certificado de ingreso del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, expedido el 30 de marzo de 2001 por el Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 50 donde consta que pasó a formar parte del 3er contingente a partir de noviembre de 1998 (folio 49).

1.4.11 Copia del informe administrativo por herida en combate No. 008 ocurrida al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, el 6 de abril de 2000 en el Buque Nodriza, mientras se realizaba “una operación fragmentaria de asalto a la altura del sector denominado Bocas del Río Murrí en área rural del municipio de Vigía del Fuerte en desarrollo de contacto armado contra agrupación ONT FARC, sufrió herida por impacto de esquirla en la parte posterior de la cabeza.” (folio 50).

1.4.12 Copia del certificado de retiro del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, expedido el 30 de marzo de 2001 por el Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 50 donde consta que fue dado de baja a partir del 15 de agosto de 2000 (folio 51).

1.4.13 Copia del escrito de fecha 28 de octubre de 2002, debidamente autenticado por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía, presentado ante el Ministerio de Defensa Nacional, en donde solicita, con fundamento en el artículo 23 de la Carta Política, se autorice los servicios médicos especializados a su hermano el señor Jorge Alexander Herrera Rojas, y se le conceda la pensión de invalidez desde el 6 de abril de 2000, fecha en que quedó inhabilitado para laborar (folio 53).

1.4.14 Copia del dictamen realizado al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Barranquilla, de fecha 13 de marzo de 2008, y remitido al Juzgado Segundo de Familia de Barranquilla,

donde señala un diagnóstico de “TRASTORNO MENTAL ORGÁNICO”, y Señala: “se considera una secuela del trauma lo que lo hace irreversible; debe recibir manejo por Psiquiatría” (...) Por todas estas consideraciones el examinado JORGE ALEXANDER HERRERA ROJAS, no está en capacidad de manejar sus bienes, ni disponer de ellos” (folios del 54 al 59).

1.4.16 Copia del escrito de fecha 9 de enero de 2003, debidamente autenticado por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía, presentado ante el Ministerio de Defensa Nacional, en donde solicita nuevamente se autorice los servicios médicos especializados a su hermano el señor Jorge Alexander Herrera Rojas, y se le conceda la pensión de invalidez desde el 6 de abril de 2000, toda vez que carece de recursos económicos y pertenece al estrato 1, razón por la cual no tiene como atender a la enfermedad de su hermano (folio 64).

1.4.17 Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jorge Alexander Herrera Rojas donde consta que nació el 8 de abril de 1979 (folio 65).

1.4.18 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía (folio 66).

1.4.19 Copia del recurso de reposición y apelación del 23 de octubre de 2013, presentado por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía, en su calidad de curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, contra la Resolución No. 3641 del 23 de septiembre de 2013, rechazando el argumento argumentando del Ministerio de Defensa Nacional, que dice que nunca se realizaron reclamaciones ante esa Entidad de las mesadas pensionales en el período comprendido entre el 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009 (folios 67 al 70).

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Mediante fallo del 1 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico, negó el amparo solicitado por improcedente. Su decisión se basó en lo siguiente:

2.1.1 No cumple con el principio de subsidiariedad, por lo que el caso que se dirime

hace referencia a un debate que debe adelantarse dentro del proceso ordinario administrativo para reclamar sus derechos.

2.1.2 Lo solicitado busca la nulidad de los actos administrativos, los cuales son susceptibles de control judicial a través de la nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2 IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1 Mediante escrito del 21 de abril de 2014, la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía, en su calidad de curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, dentro del término legal, impugnó el fallo de primera instancia, por los siguientes motivos:

2.2.1.1 Indicó que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Barranquilla, dictaminó que su hermano padecía de trastorno mental orgánico, acaecido como consecuencia de un enfrentamiento de la fuerza pública con grupos al margen de la ley en cumplimiento de sus funciones, con una inhabilidad para valerse por sí mismo, por lo que se considera una persona “especial”.

2.2.1.2 Igualmente, señaló que desde hace más de 13 años a su hermano le han negado la atención médica especializada que requiere con urgencia y los medicamentos para controlar la enfermedad mental que padece, y en aras del principio de igualdad como todo ser humano que debe vivir dignamente, solicita se le reconozca y pague las mesadas pensionales en el período comprendido entre el 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009.

2.2.1.3 Por último, asegura que un proceso ordinario le llevaría mucho tiempo y no cuenta con los recursos suficientes para asumir los costos que le generarían dicho proceso.

2.3 DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.3.1 Mediante fallo del 16 de junio de 2014, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda, revocó la sentencia del 1 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y la rechazó por improcedente. Su

decisión se basó en lo siguiente:

2.3.1.1 La demandante no logró comprobar la inminencia del supuesto daño causado, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad en la presentación de la acción de tutela que permita acudir a ella por encima de los recursos de defensa que para el efecto ha establecido el legislador.

2.3.2 La discapacidad presentada por el señor Jorge Alexander Herrera Rojas, no puede constituirse per se en un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que la persona que presenta la demanda fue debidamente nombrada como curadora, razón suficiente a concluir que el interdicto actúa por conducto de ella.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la igualdad del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, entre el período comprendido del 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009, fecha en que quedó inhabilitado para laborar, con el argumento de la prescripción de dichas mesadas pensionales.

Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas analizará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de derechos pensionales; segundo, la importancia de la pensión de invalidez; tercero, la protección constitucional reforzada de los sujetos en situación de discapacidad o enfermedad grave, especial situación de los miembros de la Fuerza Pública; cuarto, el régimen jurídico aplicable en materia de reconocimiento de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública; quinto, el derecho a la salud y a la seguridad social de los

miembros de las Fuerzas Militares retirados en caso de lesiones o enfermedades adquiridas con ocasión del servicio, y; sexto, estudiará el caso concreto.

3.3 LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE DERECHOS PENSIONALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA[1].

El carácter excepcional del mecanismo constitucional de la acción de tutela, está orientado a la protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos definidos por la ley.

El artículo 86 de la Constitución Política, reiterado por la jurisprudencia constitucional[2], se ha referido al carácter subsidiario[3] de la acción como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales.

Esta Corporación ha señalado 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, ha sostenido que su procedencia será viable de manera excepcional, cuando, 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.[4]

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T- 836 de 2006[5], estableció 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,[6]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[7]. 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 [8](Negrilla fuera de texto)"[9]

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 o a ciertas prerrogativas que de ella se derivan. 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.

3.4 LA IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SU RECONOCIMIENTO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA[10].

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 son las pensiones por vejez o por invalidez. Esta última tiene por finalidad la protección de las personas que han 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[11], así como amparar su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Esta Corporación en la sentencia T-290 del 2005[12] le imprimió el carácter de fundamental al derecho al que se reconozca la pensión de invalidez así:

“En efecto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez como elemento constituyente del derecho a la seguridad social es susceptible de amparo por medio de la acción de tutela cuando su desconocimiento ponga en peligro derechos que tengan el carácter de fundamentales. Así mismo, adquiere el rango de fundamental cuando se comprometa la efectividad del ‘derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez’. Lo anterior, debido a que por medio de dicha acreencia laboral se obtiene prestaciones económicas y en salud esenciales e irrenunciables (artículo 48 C.P) que tienen por finalidad compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de capacidad laboral.”

En la sentencia T-628 de 2008[13], esta Corporación, señaló el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana. Sobre el tema dijo:

“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.”

En la sentencia T-1040 del 2008[14], se resolvió un caso similar y se confirmó la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez:

“Si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar plenamente demostrado, la entidad niega el reconocimiento

del derecho. Además, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez, ha dicho esta corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que, en casos concretos, las personas se vieren afectadas por un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas que no les permite acceder a dicha prestación, y sin embargo, cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en la ley anterior, al considerarse que las medidas resultan desproporcionadas o ilegítimas. Asimismo, se advierte que la pensión de invalidez tiene una gran relevancia social, toda vez que garantiza a los asociados, que padecen de limitaciones significativas que menguan su capacidad para laborar, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades básicas.”

Confirmado en la sentencia T-138 del 2012[15]:

“Ahora bien, desde la perspectiva de cuál es prima facie la acción jurídica de reclamo, la pensión de invalidez se presenta, -se insiste- prima facie, como un derecho de origen legal que busca una compensación de carácter económico por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, por lo cual en principio corresponde al juez laboral analizar su procedencia. Pero, adquiere relevancia constitucional para ser debatido en sede de tutela, entre otros casos, cuando su reconocimiento es solicitado por personas en situación de especial protección como los enfermos de VIH, por lo que hace pertinente la procedencia de la tutela para lograr el eventual reconocimiento del mismo y evitar con ello la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Para concluir se puede indicar, 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.

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que no procede esta acción constitucional para el reconocimiento de derechos prestacionales, sin embargo, al evidenciarse situaciones en que las vías naturales de estos procesos no resultan ser

eficaces ni oportunas para proteger de manera real los derechos fundamentales de personas, que, como en el caso en estudio, pretenden un reconocimiento pensional, esta Corporación ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela, como instrumento idóneo para el amparo de dichos derechos que pueden estar siendo vulnerados por las administradoras de los fondos de pensiones.

3.5 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA DE LOS SUJETOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD GRAVE, ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Nuestra Carta Política contiene normas que disponen un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material. Es así como en los incisos 2 y 3 del artículo 13, 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.”

En el mismo sentido, el artículo 47 de la Norma Superior 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 de la Carta consagra que es deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud...”.

Como fundamento en los artículos constitucionales, la Corte señaló en la sentencia T- 884 de 2006[16] 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”.

En el mismo sentido se pronunció esta Corporación, en las sentencias T-826[17] y T-974[18] de 2010, donde resaltan 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.

Igualmente ha indicado, en sentencias como la T-093 de 2007[19], “... 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...”[20]. Esto, por cuanto estas personas enfrentan una situación que 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.

La jurisprudencia Constitucional, ha reiterado que el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, a superar su situación de desigualdad. Sostiene también, que este deber de protección le corresponde ejercerlo igualmente a los jueces de tutela quienes son los encargados de tomar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[21].

Sobre el tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 5[22], ha adoptado medidas de diferenciación positiva, 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)...”

Por último, esta Corporación ha manifestado en Sentencia T-131 de 2008[23] que esta 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[24], 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”. (Subrayado fuera del texto)

De lo visto se concluye, que la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y los Organismos Internacionales han reiterado 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, y han señalado la importancia que se debe tener en la protección de los derechos fundamentales, en especial a la seguridad social y adoptar las medidas tendientes a que puedan superar la situación de desigualdad. Igualmente, establece una protección reforzada en especial cuando se trata de un miembro de la Fuerza Pública,

cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

3.6 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.”[25]

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

Respecto al tema de 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 sicofísica, 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...”

El artículo 25 de la citada norma 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 Médico-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.”

El texto de la norma transcrita, establece que a los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de disfrutar de una pensión de invalidez cuando durante la prestación del servicio adquirieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta antes del 7 de agosto de 2002. También señala, que los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, son el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía y la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía[26] .

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”.

Frente a esta disposición existe una controversia, la cual se centra en analizar a partir de cuándo se aplica la Ley 923 de 2004.

La misma 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.

Este tema ha sido objeto de interpretación por parte de la Corte Constitucional, quien ha señalado que para acceder a la pensión de invalidez para los miembros de la Fuerza Pública, se debe dar aplicación a la norma citada, que determina una disminución de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%). Esto, fue acogido por primera vez en la sentencia T-829 de 2005[27], cuando se estudió el caso de un agente del escuadrón antimotín que sufrió una disminución de la capacidad laboral del 62.44% como consecuencia de la prestación del servicio y, al cual se le negaba el reconocimiento de la pensión de invalidez por ser la pérdida de capacidad laboral inferior al 75%.

En la sentencia citada, la Corte señaló:

“En consecuencia, aunque el régimen legal anterior no generaba el derecho a la pensión de invalidez a favor del miembro de la fuerza pública que tuviese una disminución de la capacidad laboral menor del 75%, y por tanto, solo se podía acceder a la misma cuando el porcentaje fuese igual o superior al 75%, a partir de la ley 923 de 2004, debe entenderse que esta situación se modificó, pues se reconoce que los miembros de la fuerza pública pueden optar por una pensión cuando la invalidez sea igual o superior al 50%.”

En otras palabras, la normatividad vigente para los miembros de la fuerza pública, contempla una situación distinta en el sentido de reconocer la pensión de invalidez cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al 50%". (Subrayado y negrilla ausente en texto original).

Posteriormente, en la sentencia T-595 de 2007[28], la Corte fue clara en afirmar que era procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez para miembros de la Fuerza Pública cuando su incapacidad permanente supere el 50%. En esa ocasión, se estudió el caso de un miembro del Ejército Nacional que padecía de una disminución del 62.3% de su capacidad laboral y no se le reconocía la pensión porque no cumplía con el requisito de pérdida del 75% de la capacidad laboral como lo disponía el Decreto Ley 1796 del 2000. La Corte fue enfática al manifestar que la entidad demandada estaba desconociendo la vigencia de una ley que fijó los parámetros mínimos que el Gobierno debe respetar al fijar el marco prestacional de los miembros de la fuerza pública. Igualmente reiteró, que el criterio temporal de aplicación de la Ley 923 de 2004 está consagrado en el artículo 6º de la misma, donde se dispone que se aplicará retroactivamente a quienes sufrieron una incapacidad permanente originada en hechos posteriores al 7 de agosto de 2002, razón por la cual dio aplicación a lo señalado en la ley en mención.

En el mismo sentido, esta Corte se pronunció en la sentencia T- 229 de 2009[29], donde se estudió el caso de un soldado profesional de la Armada Nacional, el cual en cumplimiento de operaciones de conservación y restablecimiento del orden público fue atacado en el año 2005 por un grupo guerrillero del Frente 14 de las FARC. Como consecuencia de este hecho sufrió alteraciones de conducta razón por la cual, la Junta Médico Laboral de la Armada Nacional, determinó declararlo "no apto" para la vida militar, con una disminución de la capacidad laboral del 62.80%. En esta oportunidad, resolvió reconocer la pensión de invalidez aunque le fue diagnosticado un porcentaje de disminución de su capacidad laboral inferior al 75%, esta vez en aplicación de la ley 923 de 2004 y el decreto 4433 del mismo año.

Ahora bien, frente a los casos ocurridos con anterioridad al año 2002, la Corte Constitucional ha dicho que se deberá dar aplicación a la Ley 923 de 2004, por cuanto en materia laboral y de seguridad social, observándose el mandato superior contenido en el artículo 53 de la Constitución, debe primar la norma más favorable para el trabajador.

Siguiendo ese lineamiento, esta Corporación en sentencia T- 038 de 2011[30] dio aplicación al principio de favorabilidad en aras de proteger los derechos fundamentales del actor, aun cuando los hechos acontecieron en vigencia de otra normatividad. En ese momento se estudió el asunto de un soldado regular vinculado al Ejército Nacional, quien en un enfrentamiento con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) recibió un disparo en la cabeza que le generó un trauma craneoencefálico con fractura de cráneo y laceración cerebral, por esa razón, le fue diagnosticado una disminución de la capacidad laboral equivalente al 73.06%, a quién le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por no cumplir con la disminución de la capacidad laboral mínima para acceder a una pensión de invalidez.

En dicha ocasión, este Tribunal concluyó que aunque la ocurrencia de los hechos que generaron la incapacidad se dieron bajo la vigencia del Decreto 094 de 1989, posteriormente modificado por la Ley 923 de 2004, en lo referente al porcentaje exigido a los miembros de la Fuerza Pública para acceder a la pensión de invalidez, el cual generó dudas acerca de la normatividad aplicable al actor, señaló que en este caso, se aplicaba la última disposición mencionada, por cuanto en materia laboral y de seguridad social, primaba el mandato de la norma Superior que era más favorable para el trabajador.

En otro caso, la Sentencia T- 035 de 2012[31], de esta Corporación examinó la situación de dos auxiliares regulares de la Policía Nacional, a los cuales les fue negada la pensión de invalidez porque no obtuvieron un porcentaje de disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% y por no pertenecer al nivel ejecutivo de dicha entidad. Aunque los hechos sucedieron bajo otra normativa, en aras de proteger los derechos fundamentales de los accionantes, se dio aplicación al principio de favorabilidad y se requirió a la Policía Nacional, para que se abstuviera de hacer una interpretación desfavorable de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004, y en su lugar, diera aplicación directa a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución.

En conclusión se tiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al momento de proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los miembros de la Fuerza Pública cuando se les ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón a no cumplir con el requisito contemplado en el Decreto 1796 del 2000, el cual exigía una pérdida igual o superior del 75% de la capacidad laboral durante la

prestación del servicio. Igualmente señaló, que aquellos miembros de las Fuerzas armadas que perdieron más del 50% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio, así los hechos hayan ocurrido con anterioridad al año 2002, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión, en desarrollo de la Ley 923 de 2004 que les resulta más favorable.

Es un deber constitucional del Estado el proteger la integridad de los miembros de la Fuerzas Pública, por lo que, al resultar agredido el derecho a la salud de alguno de ellos, la administración, a través de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, debe garantizarlo bajo condiciones óptimas.

En desarrollo de lo anterior, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, reglamentado por el Decreto 1795 de 2000, consagra quiénes se consideran afiliados al sistema. En efecto, el artículo 23 del mencionado Decreto señala que existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

“a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización:

1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo.
2. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión.
3. Numeral 3) Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-479-03 DE 10 DE JUNIO DE 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
4. Los soldados voluntarios.
5. Numeral 5. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-479-03 de 10 de junio de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
6. Los servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, el personal civil activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado activo y pensionado de la Policía Nacional.
7. Los beneficiarios de pensión por muerte de soldado profesional activo o pensionado de

las Fuerzas Militares.

8. Los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

9. Los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional.

b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización:

1. Los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los alumnos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, a que se refieren el artículo 225 del Decreto 1211 de 1990, el artículo 106 del Decreto 41 de 1994 y el artículo 94 del Decreto 1091 de 1995.

2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio”.

De acuerdo con el contenido normativo transcrito, las personas que son desvinculadas del servicio que gocen de la asignación de retiro o de pensión tienen derecho a la prestación de servicio de salud por parte de la Dirección de Sanidad Militar. De otra parte, según reiterada jurisprudencia[32] la Corte ha sostenido que dicho beneficio se extiende igualmente a los soldados que han sido desvinculados de las Fuerzas Militares en razón de una enfermedad o lesión adquirida dentro de la prestación del servicio, pues sería contrario a la finalidad del estado social de derecho, el cual propende por el bienestar general y la efectividad de los derechos, principios y garantías consagrados en la Constitución, el hecho de que la Fuerza Pública se niegue a prestarle los servicios de salud a aquellos que al ingresar a prestar sus servicios a la patria, tenían unas óptimas condiciones de salud, y una vez fuera del mismo, le persistan lesiones ocasionadas por causa o razón de la prestación del servicio militar[33].

En el mismo sentido, esta Corporación ha señalado que los miembros de la Fuerzas Pública, en los eventos en que han sido lesionados y, por esta causa, han visto menoscabada su salud tiene el pleno derecho de “reclamar a los organismos de sanidad de las Fuerzas Militares -quienes tienen atribuidas las funciones de prevención, protección y

rehabilitación en beneficio de su personal- la atención médica, quirúrgica, servicios hospitalarios, odontológicos y farmacéuticos necesarios, al igual que elementos de prótesis cuando sean indispensables, por el tiempo necesario para definir su situación[34]”.

Por consiguiente, se tiene que es responsabilidad de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares prestar los servicios de salud que requiera todo ex - soldado que, con ocasión a la prestación del servicio, hubiera sido lesionado y, en consecuencia, vea disminuido su estado de salud y sus condiciones de vida, hasta que se restablezca.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, esta Sala entrará a decidir el caso concreto.

4. CASO CONCRETO

En el presente caso la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía en calidad de curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, reclama la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su hermano, entre el período comprendido del 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009, alegando prescripción de las mesadas pensionales, a pesar de que existen pruebas de trámite de pensión anterior, como las actas de la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, así como una solicitud en ese sentido que fue resuelta por el Ministerio de Defensa Nacional, tanto la primera instancia como el recurso legalmente interpuesto.

4.1 ANTECEDENTES

De acuerdo con ello, encuentra la Sala que según escrito obrante en los folios 40 y 41 del expediente, el señor Jorge Alexander Herrera Roja, fue valorado mediante Acta No. 133 del 22 de octubre de 2002, por la Junta Médica del Hospital Militar de Cartagena, quien lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 50.33%, por lesiones ocurridas en el servicio por causa de herida en combate, según literal c informativo 030/09 de agosto de 2001, cuyo retiro se produjo el 14 de abril de 2000. Este concepto médico fue revisado y confirmado por el Tribunal Médico Laboral mediante Acta No. 2306 del 12 de agosto de 2003.

Con el resultado anterior, la señora Jhohana Colombia Rojas Mejía, en calidad de hermana del accionante presentó un escrito el día 28 de octubre de 2002, ante el Ministerio de Defensa Nacional solicitando se autorice los servicios médicos especializados para su hermano, así como también la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2000 fecha en que quedó inhabilitado para laborar.

También se destaca, que se aporta al expediente a folios 9, 10 y 11 la Resolución No. 310 del 20 de febrero de 2006, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional que decide “que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión por concepto de invalidez al ex - Infante de Marina Regular de la Armada Nacional”, por cuanto no cumple con lo ordenado en el artículo 90 del Decreto 94 de 1989 que señala que la pérdida debe ser igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica.

Sin embargo, se observa a folios 12, 13 y 14 del expediente, que mediante Resolución No. 1521 del 30 de mayo de 2006, la accionada rechazó el recurso impetrado contra la anterior decisión, por cuanto no reconoció el poder otorgado por la señora Jhohana Colombia Rojas Mejía al apoderado para presentar el escrito de reposición, con el argumento de no reposar dentro del acervo probatorio la sentencia debidamente ejecutoriada por el juez competente donde se le declara curadora de su hermano, el señor Jorge Alexander Herrera Rojas.

En relación con ese punto, encuentra la Sala a folios del 23 al 37, que constan los fallos expedidos por el Juzgado Segundo Civil de Familia de Barranquilla, el 14 de julio de 2009 que declaró la interdicción definitiva del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, por causa de trastorno mental orgánico y nombró a la señora Jhohana Colombia Rojas Mejía como curadora de su patrimonio, providencia que fue ratificada por el Tribunal Superior Sala Sexta Civil y Familia de Barranquilla, mediante fallo en grado de consulta del 11 de agosto de 2010.

Con el resultado anterior, presentó acción de tutela ante el Tribunal Superior de Medellín contra la Nación Ministerio de Defensa Nacional, la cual falló a su favor mediante sentencia del 20 de noviembre de 2012, y ordenó una nueva evaluación, la que fue realizada por la Junta Médico Laboral al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, quien mediante Acta No. 111 del 10 de abril de 2013, determinó en esta ocasión, un porcentaje del 84.69% de pérdida de

la capacidad laboral, como consta en los folios 43 al 46 del expediente.

En ese orden de ideas, se solicitó nuevamente la pensión de invalidez ante la accionada, quien mediante Resolución No. 3641 del 23 de septiembre de 2013, reconoció la misma sólo a partir del 20 de noviembre de 2009, argumentando que las mesadas pensionales anteriores prescribieron teniendo en cuenta para la fecha de la prescripción el mencionado fallo de tutela, alegando que no existe prueba de que el señor Jorge Alexander Herrera Rojas haya presentado reclamaciones en el período comprendido entre el 6 de abril de 2000 al 19 de noviembre de 2009.

Los recursos presentados fueron resueltos negativamente a las pretensiones que la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía como curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas.

De lo anteriormente reseñado, la Sala advierte que la negativa de la accionada a reconocer la pensión de invalidez del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, a partir de la fecha en que sufrió el accidente en ejercicio de sus funciones[35], vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la igualdad, toda vez que, como se observa en la cronología de las actuaciones, en ningún momento se presentó negligencia por parte de los interesados en solicitar dicha prestación social, la cual se analizará previa la verificación de los requisitos de procedencia.

4.2 EXAMEN DE PROCEDENCIA

4.2.1 Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

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 puesto que es un sujeto de especial protección dada su discapacidad y, padece de “Trastorno mental orgánico”. Así mismo, está acreditado que el actor se encuentra en una situación precaria, pues no puede desarrollarse en el campo laboral, y necesita de la pensión para poder subsistir, además que se le presten los servicios médicos necesarios para tratar las graves afecciones que le fueron diagnosticadas en cumplimiento de sus funciones como ex infante de marina de la Armada Nacional. Esto significa que el demandante requiere una solución inmediata que no le ofrecen otros mecanismos judiciales.

En este orden de ideas la Sala concluye que la acción de tutela procede en este caso, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos invocados por el actor teniendo en cuenta su carácter de persona con especial protección constitucional, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

4.2.2 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía actúa como curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, razón por la que se encuentra legitimada.

4.2.3 Legitimación pasiva

El Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección de Sanidad Militar son entidades adscritas al Ejército Nacional que prestan un servicio público, a las que se le atribuye responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducida por el demandante, por lo tanto, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas, como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio.

4.2.4 Inmediatez

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.

En el presente caso, la Sala observa 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. 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.

4.2.5 Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales

Sea lo primero señalar, que como bien se indicó en la parte considerativa de esta providencia, por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos referentes a temas pensionales, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa.

Sin embargo, procede el amparo contra las acciones cuando se vulneren gravemente los derechos fundamentales de forma tal, que se pueda ocasionar un perjuicio irremediable, es decir, cuando del análisis del caso concreto se observa una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales. Circunstancias estas que se deben estudiar en el caso en particular.

Se estudia la situación del señor Jorge Alexander Herrera Rojas, que padece “Trastorno mental orgánico” como consecuencia de una herida sufrida en desarrollo de las actividades de sus funciones en la Armada Nacional el día 6 de abril de 2000, las que le causaron una discapacidad mental crónica e inhabilidad para trabajar con una pérdida de capacidad laboral del 50.33%, para la época de los hechos, según Tribunal Médico Laboral. Sobre esta base, la accionada le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir de esa fecha, argumentando que no cumplía con el porcentaje de incapacidad del 75% o más que reglamentaba el Decreto 94 de 1989.

Ahora bien, en la fecha de ocurrencia de los hechos narrados de manera precedente, es decir la época en que fue calificada la incapacidad y se produjo el retiro del militar, se encontraba vigente el Decreto 094 del 11 de enero de 1989 “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalidez e indemnizaciones del personal

de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional” . El citado Decreto disponía en su artículo 90 lo relativo a la pensión de invalidez de la siguiente manera:

Artículo 90. Pensión de invalidez del personal de soldados y Grumetes. A Partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de soldados Grumetes de las Fuerzas Militares , adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público (...)

Con posterioridad se expidió el Decreto Ley 1796 del 2000, el cual regulaba las evaluaciones de la capacidad sicofísicas y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de las Fuerza Pública.

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923[36], en su artículo 3.5 dispone lo siguiente:

“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.”

La anterior disposición ha sido objeto de interpretación de esta Corporación, la cual ha concluido que para acceder a la pensión de invalidez por parte de los miembros de la fuerza pública se establece un parámetro mínimo de protección que es el 50% de disminución en la capacidad laboral, interpretación que fue acogida por la Corte por vez primera en la sentencia T-829 de 2005, cuando se estudió el caso de un agente del escuadrón antimotín que sufrió una disminución de la capacidad laboral del 62.44% a consecuencia de la prestación del servicio y, al cual se le negaba el reconocimiento de la pensión de invalidez

por ser la pérdida de capacidad laboral inferior al 75%.

En dicha ocasión expresó la Corte:

“En consecuencia, aunque el régimen legal anterior no generaba el derecho a la pensión de invalidez a favor del miembro de la fuerza pública que tuviese una disminución de la capacidad laboral menor del 75%, y por tanto, solo se podía acceder a la misma cuando el porcentaje fuese igual o superior al 75%, a partir de la ley 923 de 2004, debe entenderse que esta situación se modificó, pues se reconoce que los miembros de la fuerza pública pueden optar por una pensión cuando la invalidez sea igual o superior al 50%.”

En otras palabras, la normatividad vigente para los miembros de la fuerza pública, contempla una situación distinta en el sentido de reconocer la pensión de invalidez cuando la disminución de la capacidad laboral sea superior al 50%”. Subrayado ausente en texto original.

De esa forma éste ha sido el criterio utilizado por esta Corte para dar solución a distintos casos en similares condiciones, en especial en la sentencia T-595 de 2007[37], donde hizo claridad en afirmar la procedencia del reconocimiento de la pensión de invalidez para miembros de la fuerza pública cuando quiera que la incapacidad permanente supere el 50% y previno Ministerio de Defensa para que se abstenga de aplicar las normas pertinentes contenidas en la Ley 923 de 2004, aplicación de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, cuando vulneren el debido proceso por desconocer el principio de legalidad y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales.

Como reiteradamente ha señalado esta Corporación, para que los miembros de la fuerza pública puedan acceder a la pensión de invalidez se establece un parámetro mínimo de protección que es el 50% de disminución en la capacidad laboral. Además, en el caso objeto de estudio se debe tener en cuenta que el actor se encuentra en una situación de vulnerabilidad y los trastornos mentales que padece se incrementaron con el tiempo debido a una inadecuada prestación en los servicios de salud.

Como se puede ver la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme al momento de proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital en casos como el del actor, en los cuales se les ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez a miembros de la

fuerza pública que perdieron más del 50% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio.

Del análisis de los hechos, se observa que el señor Jorge Alexander Herrera Rojas, al momento de sufrir la lesión, el día 6 de abril de 2000, se encontraba vinculado al Ejército Nacional, razón por la cual tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez desde el momento de su afectación, sin perjuicio de la existencia de las mesadas atrasadas prescritas, toda vez que, según el dictamen expedido por la Junta Médica del Hospital Militar de Cartagena, el trauma le causó una discapacidad mental crónica e inhabilidad para trabajar, "... que le determinaron una disminución de la capacidad laboral del 50.33%, por lesiones ocurridas en el servicio por causa de herida en combate, literal c informativo 030/09 de agosto de 2001, cuyo retiro se produjo el 14 de abril de 2000", como consta a folios 38 al 41 del expediente.

Posteriormente, fue nuevamente valorado por el Tribunal Médico Laboral, en cuya Acta No. 111 del 10 de abril de 2013, se determinó una pérdida de la capacidad laboral al señor Jorge Alexander Herrera Rojas, en un porcentaje del 84.69% con fecha de iniciación "Hace 10 años, posterior a impacto con granada en servicio militar, con esquirlas en la región cefálica con posterior cambio de comportamiento, pobre función global, comportamiento bizarro, dificultad para valorarse y adaptarse" como consta a folios 43 al 46 del expediente, lo que implica un perjuicio que le impide desarrollarse en un campo laboral y subsistir por sí mismo.

En este orden de ideas, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que señala que "Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto."

De igual manera, hay que considerar que el accionante no ha dejado de reclamar sus derechos, pues, después de la valoración médica en octubre de 2002, solicitó la pensión de invalidez a la accionada, quien la negó así como los recursos, en el año 2006. Posteriormente, inició proceso de interdicción judicial del accionante el cual se decide favorablemente en julio de 2009, ratificado por el Tribunal Superior de Barranquilla, en

agosto de 2010. Cumpliendo dicho fallo, se le realizó al accionante una nueva valoración en abril de 2013, razón por la cual, solicitó nuevamente la pensión de invalidez ante la accionada, quien en septiembre de 2013 la reconoció sólo a partir del 20 de noviembre de 2009, negando igualmente los recursos presentados contra dicha decisión.

En este sentido, le asiste razón al demandante dado que tiene derecho al pago del retroactivo de sus mesadas pensionales desde dicha fecha, sin perjuicio de las mesadas pensionales prescritas, y por lo tanto, se concluye 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 del servicio.

1. CONCLUSIÓN

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.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que: (i) el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2000, (ii) la urgencia de protección a los derechos fundamentales del actor y, (iii) su estado de salud le impide actualmente desarrollarse en un campo laboral y subsistir por sí mismo, ésta Sala de Revisión, revocará el fallo de segunda instancia, proferido por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, el dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), que confirmó la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, el primero (1) de abril de dos mil catorce (2014), que negaron el amparo constitucional por improcedente, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía como curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, para en su lugar CONCEDER la tutela de los

derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la igualdad, del actor.

De igual manera, se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones Sociales 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, inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2000, sin perjuicio de las mesadas pensionales prescritas, al señor Jorge Alexander Herrera Rojas.

5. 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 de segunda instancia, proferido por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, el dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), que confirmó la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, el primero (1) de abril de dos mil catorce (2014), que negaron el amparo constitucional por improcedente, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Jhojana Colombia Rojas Mejía como curadora del señor Jorge Alexander Herrera Rojas contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la igualdad, del actor, por las consideraciones vistas en la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones Sociales 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, inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión de invalidez a partir del 6 de abril de 2000, sin perjuicio de las mesadas pensionales prescritas, al señor Jorge Alexander Herrera Rojas.

TERCERO.- Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991, y remitir el expediente al juzgado de origen quien hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretario General

[1] Sentencia T-146 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[2] Ver sentencias T-556, T-625, T- 651 y T-711 de 2004, y T-406 de 2005.

[3] Artículo 86. Constitución Política. “[...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [...]”.

[4] Sentencia T-100 de 1994.

[5] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[7] Sentencias T-1291 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T- 668 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[8] Ibidem.

[9] Sentencia T-479 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] Sentencia T-146 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[11] 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.

[12] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[13] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[14] M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[15] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[16] MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

[17] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[18] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[20] Sentencia T-378 de 1997.

[21] Sentencia T-841 de 2006.

[22] 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.

[23] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[24] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[25] 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 de 2005, T-841 de 2006 y T-596 de 2007, entre otras.

[26] Artículo 14, Decreto 1796 de 2000.

[27] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[28] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[29] MP. Cristina Pardo Schlesinger.

[30] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[31] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[32] Sentencia T-438 de 29 de mayo de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[33] Ver Sentencia T-140 de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia T-602 de 2009 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[34] Sentencia T-602 de 2009 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[35] Según el documento informativo 030/09 de agosto de 2001, consta que el retiro del oficial se produjo el 14 de abril de 2000, el cual fue revisado y confirmado por el Tribunal Médico Laboral mediante Acta No. 2306 del 12 de agosto de 2003.

[36] “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”.

[37] MP. Jaime Córdoba Triviño.