

Sentencia T-218/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de soldado

REGIMEN LEGAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES-Vinculación y retiro, según Decreto 1793 de 2000

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

Los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo cuando por alguna razón presentan una disminución de capacidad laboral. Sin embargo, esto no quiere decir que el Ejército Nacional esté legitimado para desvincular a quienes presenten un menoscabo de sus aptitudes físicas, cuando éste no es suficiente para que se pueda acceder a la pensión de invalidez. Si bien existen unas normas que permiten al Ejército Nacional válidamente retirar a sus miembros cuando estos presentan una disminución de capacidad psicofísica, también lo es que esta Corte ha decidido inaplicar por inconstitucionales, las normas que atribuyen dicha competencia, puesto que en algunos casos la aplicación de estas disposiciones puede acarrear la vulneración de los derechos fundamentales, dando prevalencia, en todo caso, a un principio de suma importancia, como lo es la estabilidad laboral reforzada en el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

NOTIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO-Importancia

NOTIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO-Cumple con triple función administrativa

DEBIDA NOTIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO-Garantía del principio de publicidad y del debido proceso

Esta Sala advierte que la debida notificación de los actos administrativos de carácter particular es una garantía del principio de publicidad, esencial para el correcto

funcionamiento de la función pública y, que a su vez, se traduce en una garantía del debido proceso para el administrado, puesto que sólo con el conocimiento de la decisión podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción. A su vez, es posible concluir que existe una notificación irregular de la decisión cuando (i) no se entrega copia del acto administrativo; (ii) no se indica la fecha en que fue proferida la decisión y, (iii) no se indican los recursos que proceden contra el acto, ante quien pueden interponerse y en qué plazos deben realizarse.

DERECHO DE PETICION-Respuesta debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva

La garantía del derecho de petición implica que exista una contestación que se pronuncie de manera integral acerca de lo pedido, sin que implique que la respuesta corresponda a lo solicitado, puesto que la misma puede ser negativa siempre que no sea evasiva o abstracta, de igual manera, la respuesta debe ser oportuna, esto quiere decir que, además de ser expedida dentro del término establecido debe ser puesta en conocimiento del peticionario, para que éste si así lo considera interponga los recursos administrativos que en cada caso procedan.

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Obligación del Estado de garantizarlo teniendo en cuenta su régimen especial

El Estado tiene la obligación de garantizar a los miembros de las Fuerzas Militares la adecuada prestación del servicio de salud, puesto que se trata de personas que al ingresar a las filas ponen su integridad personal en riesgo debido a las funciones propias desarrolladas en la actividad militar, y en esa medida, la prestación del servicio de salud debe ser integral por todo el tiempo que se requiera para que la persona recupere la salud.

DERECHO A LA SALUD, PETICION, MINIMO VITAL Y TRABAJO DE EX SOLDADO-Orden al Ejército proceda a reintegrar al accionante

Referencia: expediente T-5.215.408

Acción de tutela instaurada por: Aurelio Eduardo Armenta Ortiz contra el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias adoptadas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estudiaron la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, salud, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, trabajo e igualdad del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz, por parte del Ejército Nacional de Colombia.

I. ANTECEDENTES

Hechos y acción de tutela interpuesta[1]

1. El señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz, quien en la actualidad cuenta con 24 años de edad, refiere que estuvo vinculado al Ejército Nacional durante el periodo comprendido entre febrero de 2011 y febrero de 2014 desempeñándose como soldado regular y, posteriormente, como soldado profesional.
2. Manifiesta que cuando realizó los trámites para su ingreso a la referida institución, le fueron practicados exámenes médicos, los cuales determinaron que se encontraba apto en un cien por ciento (100%) para la prestación del servicio, es decir que, era una persona sana y normal, situación por la cual, fue admitido sin ninguna restricción[2].
3. Anota que, a finales del mes de enero de 2013 mientras realizaba ejercicios de reentrenamiento e instrucción en la vereda “El Gualtal” ubicada en el municipio de Tumaco

en el departamento de Nariño, fue picado por un insecto desconocido en su ojo derecho, situación que le produjo un ardor intenso, visión borrosa, inflamación y dolores de cabeza constantes, razón por la cual, tuvo que asistir al establecimiento de sanidad militar del batallón “BAFLIM” en Tumaco, Nariño para ser atendido por urgencias[3].

4. Comenta el señor Armenta Ortiz que el día 22 de junio de 2013 se le realizó la cirugía refractiva lasik de ojo derecho en la clínica oftalmológica Praga S.A.S ubicada en la ciudad de Pasto, procedimiento que contribuyó a recuperar la normalidad en su visión[4].

5. Manifiesta que, el día 9 de julio de 2013 se le adelantó la Junta Médico Laboral por la práctica de un examen de capacidad psicofísica en el cual se encontraron lesiones. La referida Junta calificó al actor con un 21.24% de pérdida de capacidad laboral, al igual que lo clasificó como no apto para la actividad militar y no recomendó su reubicación laboral[5].

6. El actor anota que, para enero de 2014 salió a disfrutar de su periodo de vacaciones y cuando retornó a la institución el día 6 de febrero de 2014[6] le fue notificada de manera personal la orden administrativa de personal número 2722 de fecha 12 de diciembre de 2013, a través de la cual fue retirado del servicio activo, sin embargo, nunca le fue entregada copia del referido acto administrativo[7].

7. El Ejército Nacional mediante dos oficios de fechas 3 y 19 de diciembre de 2014, resolvió de manera desfavorable una petición interpuesta por el accionante, a través de la cual solicitaba su reintegro a la institución[8].

9. Por lo anterior, el actor interpuso una petición ante el Ejército Nacional en el mes de marzo de 2015, solicitando copia de la orden administrativa mediante la cual fue retirado de la institución y su posible reintegro a las Fuerzas Militares. Esta solicitud fue respondida a través de dos oficios, el primero de fecha 12 de marzo de 2015, a través del cual se le negó el reintegro argumentando que no existía cargo disponible y el segundo del 22 de marzo de 2015[10], en el que se le remitió copia de la orden administrativa 2722 del 13 de diciembre de 2013 y se le ofrecieron explicaciones adicionales acerca de su retiro[11].

10. Menciona el señor Armenta Ortiz que el día 16 de abril de 2015, nuevamente interpuso petición ante el Ejército Nacional solicitando el reintegro a esa institución, pero esta vez

acompañó la petición del concepto médico expedido por la clínica de la visión de Pasto en el que se certifica la normalidad de sus ojos. El señor Armenta comenta que, a la fecha de interposición de la presente tutela, la petición no ha sido resuelta[12].

11. Por último, el señor Armenta Ortiz comenta que con el salario que devengaba en el Ejército Nacional vivían tanto él, como su madre y sus dos hermanos, quienes son menores de edad.

Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Escrito de tutela de fecha trece (13) de julio de 2015.
- Copia del documento de identidad del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz.
- Copias de la tarjeta de conducta y libreta militar del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz.
- Copia de la ficha médica unificada de fecha 12 de mayo de 2012 valorada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.
- Copia de la historia clínica registrada en el Establecimiento de Sanidad Militar 3022 de fecha 28 de febrero de 2013.
- Copia de la certificación de la asistencia del accionante a cirugía reflectiva, emitida por el Médico oftalmólogo Dr. Omar Paredes Aguirre
- Copia del Acta de Junta médico Laboral N° 60675 del 9 de julio de 2013.
- Copia de la notificación de la orden administrativa N° 2722, oficio de fecha 20 de diciembre de 2013.
- Copia de las respuestas emitidas por el Ejército Nacional de fechas 3 y 19 de diciembre de 2014 a peticiones interpuesta por el actor.
- Copia de las respuestas emitidas por el Ejército Nacional de fechas 12 y 17 de marzo de 2015 a las peticiones interpuestas por el actor.

- Copia de la orden administrativa número 2722 del 12 de diciembre de 2013.
- Copia de la valoración oftalmológica realizada al actor el día 6 de abril de 2015 por parte de la Fundación Oftalmológica Clínica de la visión.
- Copia del puntaje otorgado por el SISBEN, el cual indica que el accionante fue clasificado con un 26.66 y, por tanto, puede ser beneficiario del régimen subsidiado de salud, así como de distintos programas de ayuda.
- Oficio del 17 de julio de 2015, a través del cual, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto deja constancia de la comparecencia del actor al despacho del magistrado ponente a informar que la orden administrativa N° 2722 del 12 de diciembre de 2013 le fue notificada sólo el día 22 de marzo de 2015.

Intervención de las accionadas

Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional

12. Debidamente notificada de la acción de tutela en su contra, la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional no se pronunció dentro del trámite de la referencia.

Dirección de Personal del Ejército Nacional

13. La Dirección de Personal del Ejército Nacional contestó la presente acción de tutela a través del oficio con radicado 20155620682611 del 16 de julio de 2015, suscrito por el subdirector de personal del Ejército Nacional, en el cual mencionó lo siguiente:

14. En primer lugar, hizo referencia al retiro del actor, sobre el particular anotó que, fue expedida la orden administrativa N° 2722 del 12 de diciembre de 2013 notificada el día 20 de diciembre de 2013, mediante la cual se le informó al accionante que había sido desvinculado de la entidad porque las autoridades médico laborales determinaron que tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 21.24% y conceptuaron que no era apto para reubicación, es decir que, la actividad castrense le era riesgosa y, en esa medida, el acto administrativo se fundamentó en el Decreto 1793 de 2000.

15. Adicionalmente, anotó que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez,

toda vez que, el actor fue desvinculado de la institución el día 20 de diciembre de 2013 y el amparo constitucional fue interpuesto el día 13 de julio de 2015, es decir, que transcurrió más de 1 año entre uno y otro, por lo cual, quedó desvirtuado el perjuicio cierto, grave e inminente.

16. De igual forma, la Dirección de Personal del Ejército Nacional manifestó que, en todo caso, el accionante hubiese podido hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, así como, de las medidas cautelares allí establecidas, mecanismo adecuado para debatir la validez del acto administrativo a través del cual fue desvinculado de la institución.

17. Por último, anota que respecto de la petición que interpuso el día 16 de abril de 2015, ésta fue contestada de fondo el día 23 de abril de 2015 de acuerdo a la información del sistema interno, razón por la cual, existiría una carencia actual de objeto por hecho superado.

De los fallos de tutela objeto de revisión

Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

18. El 30 de julio de 2015, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto negó el amparo de los derechos al debido proceso y petición, al tiempo que declaró improcedente la tutela respecto de la posible vulneración de los demás derechos fundamentales invocados. Al respecto argumentó que, si bien el acto administrativo a través del cual se desvinculó al accionante del servicio no fue notificado en debida forma, el mismo fue entregado el día 22 de marzo de 2015 de acuerdo a lo manifestado por el propio actor, motivo por el cual, hubiese podido hacer uso de los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 para controvertir la validez del mismo.

19. Asimismo, el a quo refirió que las peticiones interpuestas por el actor han sido contestadas en debida forma por parte del Ejército Nacional, razón por la cual, se configura el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado.

Sala Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

20. Impugnada la sentencia de primera instancia por parte del accionante, el día 23 de

septiembre de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a quo. Sobre el particular refirió que, la acción de tutela no acredita el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que, la vía para censurar las actuaciones del Ejército Nacional es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto a través de las distintas acciones existentes en la Ley 1437 de 2011.

21. Por último, la ad quem se refirió al cumplimiento del requisito de inmediatez, puesto que el accionante ha interpuesto distintas peticiones ante el Ejército Nacional. Sin embargo concluyó que, si bien la tutela acredita dicha exigencia, este argumento no la torna procedente por sí sola, ya que se requiere que el amparo acredite los otros requisitos exigidos en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

22. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016), expedido por la Sala primera (1) de Selección de esta Corporación, que escogió el presente caso para revisión.

Requisitos generales de la demanda de tutela

Alegación de afectación de un derecho fundamental

23. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, salud, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, trabajo e igualdad.

Legitimación por activa

24. El accionante interpone acción de tutela en nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política[13], el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

Legitimación por pasiva

25. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[14] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso que nos ocupa, el Ejército Nacional de Colombia, quien actúa como accionado dentro del trámite de la referencia, es una entidad de derecho público, razón por la cual, goza de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente trámite de tutela, esto no quiere decir, que según las circunstancias de cada caso, pueda proceder la acción de tutela respecto de particulares, lo que no ocurre en el presente caso.

Inmediatez

26. Respecto del requisito de inmediatez, creado por la jurisprudencia constitucional para asegurar la efectividad y la pertinencia de la acción de tutela, esta Sala encuentra que la última actuación desplegada por parte del señor Armenta Ortiz fue una petición que interpuso ante el Ejército Nacional el día 16 de abril de 2015 como él mismo lo indica en los hechos y el presente amparo de tutela fue radicado el día 13 de julio de 2015, es decir que, tan sólo transcurrieron 1 mes y 27 días, término que esta Sala considera razonable, de acuerdo a los postulados esgrimidos por esta Corporación[15].

Subsidiariedad

27. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en los casos en los que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental; en todo caso, deben analizarse las circunstancias particulares de cada caso[16].

28. Sobre el tema en particular, las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declararon improcedente el amparo de los derechos fundamentales, por no encontrar acreditado el requisito de subsidiariedad, en la medida que, el señor Armenta Ortiz podía hacer uso de las

acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el código de lo procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo” para controvertir las actuaciones administrativas que dieron origen a su retiro del Ejército Nacional.

29. Ahora bien, esta Corte considera que, si bien es cierto, contra la orden administrativa número 2722 de fecha 12 de diciembre de 2013, el actor hubiese podido ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así como solicitar la adopción de medidas cautelares ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es menos cierto que existió una notificación irregular de dicho acto administrativo en atención a que este último sólo le fue entregado al accionante el 22 de marzo de 2015, de acuerdo a lo manifestado ante el a quo, situación que no fue controvertida por la parte accionada. Asimismo, la Sala observa que en el caso bajo estudio no existe, prima facie, claridad acerca de la naturaleza jurídica de las respuestas que brindó el Ejército Nacional a las peticiones interpuestas por el actor solicitando el reintegro.

30. Con el fin de determinar si el presente amparo cumple con el requisito de subsidiariedad antes descrito, esta Sala abordará en acápites posteriores el estudio de la procedencia de la tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto.

Problema jurídico y método de la decisión

31. En esta oportunidad corresponde a la Sala responder el siguiente problema jurídico: ¿Vulneró el Ejército Nacional los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, vida digna, debido proceso, trabajo, petición, salud e igualdad del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz al negarle el reintegro a la institución argumentando que había sido desvinculado por concepto de la autoridad médico laboral, la que encontró una disminución de su capacidad laboral, sin estudiar el hecho de que el actor afirma haber recuperado su salud, a pesar de que el porcentaje de incapacidad diagnosticado es de 21.24%?

32. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales relativas a: (i) la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto; (ii) el régimen legal de vinculación y retiro de los soldados profesionales; (iii) El derecho a la reubicación laboral de los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral; (iv) el debido proceso y el deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto; (v) el derecho de

petición, (vi) se realizarán algunas consideraciones sobre el derecho a la salud de los miembros de las Fuerzas Militares; (vii) se estudiará el caso concreto y, por último, (viii) se establecerán las respectivas órdenes.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto -Reiteración de jurisprudencia

33. La acción de tutela[17] es un mecanismo dispuesto en la Constitución Política de 1991 para solicitar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando no se disponga de otros instrumentos judiciales, o cuando existiendo, estos no sean idóneos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Lo anterior quiere decir que, el amparo constitucional es residual y subsidiario respecto a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, tratándose del debate de un acto administrativo, en primera medida, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así como las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011 son el mecanismo adecuado para debatir su eficacia.

34. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver controversias relacionadas con actos administrativos, particularmente cuando los medios judiciales existentes no son idóneos para la protección del derecho quebrantado o existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. En todo caso, corresponde al juez constitucional de tutela valorar las condiciones en particular que dieron origen a la interposición del amparo, al respecto esta Corte se pronunció en la sentencia T-359 de 2006[18] en la que mencionó lo siguiente:

“En concordancia con lo anterior, el papel del juez constitucional en estos casos es el de examinar la eficacia e idoneidad del otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular de la parte actora; es decir, el operador jurídico tendrá en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que los medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza. En los casos en los cuales procede la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, inclusive con solicitud de suspensión provisional, el juez de tutela deberá verificar, en cada caso, si a pesar de éstos instrumentos la acción de

tutela constituye el único mecanismo idóneo para proteger temporalmente a la persona ante la amenaza a uno de sus derechos fundamentales[19].”

35. Ahora bien, es cierto que las reformas que en materia de control judicial de la administración, realizadas por la Ley 1437 de 2011, CPACA, han contribuido de manera clara para mejorar la eficacia de los mecanismos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al simplificar los procedimientos, mejorar los términos de resolución y adecuar las condiciones para la prosperidad de las medidas cautelares, por lo que la procedencia de la acción de tutela, frente a actos administrativos, es aún más excepcional, esto no quiere decir que, en cada caso, el juez no deba valorar la procedencia excepcional de la acción de tutela respecto de este tipo de actos jurídicos.

36. En el caso bajo estudio, esta Sala encuentra que la orden administrativa a través de la cual el señor Armenta Ortiz fue retirado del servicio es un acto administrativo de cuya validez conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo como bien lo indican los jueces de instancia, incluso el actor hubiese podido solicitar las medidas cautelares de acuerdo a lo establecido en el Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, el referido acto administrativo fue notificado de manera irregular al señor Armenta Ortiz, tal y como fue indicado en el escrito de tutela, situación que además no fue desvirtuada por la institución en el escrito de contestación del presente trámite, en la medida que, el Ejército Nacional únicamente se limitó a referir que la solicitud de amparo no acreditaba el requisito de inmediatez por haber sido el actor desvinculado de la institución el 20 de diciembre de 2013, dejando de lado que si bien la orden administrativa de retiro fue notificada en esa fecha, tan sólo le fue entregada copia al accionante el día 22 de marzo de 2015, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el artículo 67 del CPACA[20] e incluso lo estipulado en las instrucciones de coordinación de la misma autoridad administrativa[21].

37. Por lo anterior, esta Sala considera que si bien el accionante contaba con un mecanismo de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como bien se indicó en párrafos anteriores, el ejercicio de dichos mecanismos no le es exigible, teniendo en cuenta que la notificación de la orden administrativa mediante la cual se le retiró del servicio, fue irregular. Exigirle al señor Armenta Ortiz, el recurso a dichos instrumentos, se convierte en una carga desproporcionada, que conduciría al absurdo de argumentar que por la actuación irregular de la administración, respecto del deber de notificación, la acción no fue

interpuesta y caducó, por lo que la tutela para proteger sus derechos fundamentales sería improcedente.

38. Así mismo, esta Sala advierte que el señor Armenta Ortiz interpuso una serie de peticiones ante el Ejército Nacional, a través de las cuales, solicitaba su reintegro a la institución, argumentando que había recuperado su salud y, que por ese motivo, se encontraba apto para la prestación del servicio. Las referidas peticiones fueron resueltas por la entidad a través de los oficios 20145521279991 del 3 de diciembre de 2014, 20145521327941 del 19 de diciembre de 2014, 20155520227821 del 12 de marzo de 2015 y 20155620247381 del 17 de marzo de 2015, respuestas que constituyen verdaderos actos administrativos que, si bien fueron puestos en conocimiento del accionante, también fueron notificados de manera indebida ya que en ningún momento se le informó acerca de los recursos que procedían ante la administración, ni respecto de la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incumpliendo de esta forma, lo estipulado en el artículo 67 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Por lo anterior, tampoco le es exigible al actor haber ejercido los recursos respecto de dichos actos administrativos.

39. Podría pensarse que estas peticiones de reexamen y de reintegro son, en el fondo, solicitudes de revocatoria directa del acto administrativo que los desvinculó de la entidad, caso en el cual, según el artículo 96 del CPACA, las respuestas dadas no son recurribles ni reviven los términos para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, esto sólo confirma que la notificación irregular del primer acto le dificultó el ejercicio de las acciones correspondientes, a tal punto que entendió que el único camino con el que contaba era el de solicitar el reintegro.

40. Adicionalmente, esta Sala advierte que el señor Armenta Ortiz fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 21.24% que lo cataloga como una persona que presenta una discapacidad moderada de acuerdo a lo establecido en los artículos 1 y 7 de la Ley 361 de 1997[22] y el Decreto 2463 de 2001[23], respectivamente y, por lo tanto, es deber del Estado garantizar el goce de todos los derechos constitucionales en condiciones de igualdad, particularmente los relacionados con la incursión en el ámbito laboral y la estabilidad en el empleo, posición que también ha sido acogida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[24]. En este sentido, el artículo 26 de la citada Ley

361 de 1997 establece lo siguiente:

“Artículo 26. En ningún caso una discapacidad, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. (...)”

41. Sumado a lo anterior, el señor Eduardo Aurelio Armenta Ortiz refiere en el escrito de tutela que con el salario que devengaba en el Ejército Nacional garantizaba para sí y para su familia (compuesta por su madre y sus dos hermanos menores) un sustento económico que les permitía tener una vida en condiciones de dignidad, ya que se trata de una familia en situación de vulnerabilidad por su precaria condición económica[25]. Esta situación, sumada a las constantes irregularidades en las que incurrió el Ejército Nacional en el trámite administrativo a través del cual desvinculó al accionante del servicio, hacen desproporcionado exigir el uso de los medios de defensa existentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

42. Así las cosas, esta Sala advierte que en el caso concreto se satisface el requisito de subsidiariedad, en la medida que, sin resultar de su mala fe o negligencia, el señor Armenta Ortiz ya no cuenta con mecanismos judiciales idóneos para controvertir los actos administrativos a través de los cuales (i) fue retirado del Ejército Nacional mientras se encontraba en tratamiento de la lesión que sufrió en el ojo derecho y (ii) se le negó la solicitud de reintegro. Lo anterior, como se explicó en párrafos anteriores, no puede ser atribuible al accionante como lo indicaron los jueces de instancia, en la medida que, el Ejército Nacional notificó de manera irregular los distintos actos administrativos que expidió y, por tanto, entorpeció el uso que de los distintos medios de defensa hubiese podido hacer el accionante.

Régimen legal de vinculación y retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional

43. De acuerdo con lo estipulado en el Decreto 1793 del 2000[26], los soldados profesionales son aquellos varones capacitados para actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares, y en esa medida, para la ejecución de operaciones militares, así como para la conservación y restablecimiento del orden público; su régimen legal de retiro se encuentra regulado en los artículos 7, 8 y 10 del referido decreto, los cuales consignan lo siguiente:

“Artículo 7. Retiro. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

Artículo 8. Clasificación. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

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

2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.

3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones.

(...)

Artículo 10. Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”(Subrayas no originales)

44. De acuerdo con lo anterior, el artículo 10 del mencionado Decreto refiere que el soldado que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio. Concordante con lo anterior el Decreto 1796 de 2000[27] reguló lo atiniente con la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, al respecto determinó el concepto de capacidad psicofísica y su clasificación de la siguiente manera:

“Artículo 2o. definición. Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

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

Artículo 3o. calificación de la capacidad psicofísica. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

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

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Parágrafo. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autorice para tal efecto.”(Subrayas no originales)

El derecho a la reubicación laboral de los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral – Reiteración de jurisprudencia

45. De lo transcrito en el acápite anterior de esta providencia es posible determinar que, en principio, los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo cuando por alguna razón presentan una disminución de capacidad laboral. Sin embargo, esto no quiere decir que el Ejército Nacional esté legitimado para desvincular a quienes presenten un menoscabo de sus aptitudes físicas, cuando éste no es suficiente para que se pueda acceder a la pensión de invalidez. Distintas Salas de Revisión de esta Corte han determinado que, según las circunstancias, se vulneran los derechos fundamentales cuando se retira del servicio activo a los soldados aplicando la normatividad que fue referida líneas arriba:

46. En el año 2010, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta Corporación profirió la sentencia T-503[28] de ese año, en la cual estudió el caso de un ex soldado profesional que fue retirado del Ejército Nacional por haber sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 28.25% y haber sido clasificado como no apto para la prestación del servicio. En esa oportunidad la Sala tuteló los derechos fundamentales del actor inaplicando por inconstitucional el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000. Sobre el particular argumentó que es deber del Estado proteger a las personas que sufren una disminución de sus aptitudes psicofísicas por la prestación del servicio y reconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

47. De manera posterior, la Sala Quinta de Revisión expidió la sentencia T-081 de 2011[29], a través de la cual, conoció el caso de un ex soldado que fue calificado por la autoridad médica competente con un porcentaje de disminución de capacidad laboral del 32.57% y clasificado como no apto para la prestación del servicio. La Sala decidió tutelar los derechos fundamentales inaplicando el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000 por considerar que de lo contrario se estaría frente a una flagrante vulneración de los preceptos contenidos en la Constitución Política de 1991 y procedió a ordenar el reintegro del accionante.

48. En el año 2012, esta Corte profirió la sentencia T-459 de 2012[30] en la cual estudió el caso de otro ex soldado profesional que tuvo un accidente mientras patrullaba y, como

consecuencia, sufrió una fractura en uno de sus brazos, refirió que durante el proceso de recuperación se desempeñó en distintas actividades. Sin embargo, fue calificado por las autoridades médicas competentes con un 15% de pérdida de capacidad laboral con clasificación no apto para el servicio, razón por la cual, fue retirado. En esta oportunidad, la Sala Quinta de Revisión nuevamente inaplicó por inconstitucional el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000 y, por consiguiente, tuteló los derechos fundamentales del actor, ordenando su reintegro inmediato a la institución.

49. Posteriormente, la Sala Novena de Revisión de esta Corporación se pronunció en la sentencia T-843 de 2013[31] sobre la situación de un ex soldado profesional que tuvo una caída mientras realizaba entrenamiento, razón por la cual, fue expedido un informe administrativo de lesiones, con el cual se convocó una junta médico laboral que lo calificó con el 46.10% de pérdida de capacidad laboral y clasificación no apto para el servicio, refiere que durante el tiempo que duró el procedimiento administrativo se desempeñó en otras funciones en el Ejército Nacional, sin embargo, fue retirado del servicio. Al respecto, la Sala decidió tutelar los derechos fundamentales invocados y, por lo tanto, inaplicó por inconstitucional el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000.

50. En el año 2014, la Sala Séptima de Revisión profirió la sentencia T-382 de 2014[32], providencia a través de la cual conoció el caso de un ex soldado que debido a una serie de patologías le fue convocada Junta Médico Laboral, la que le dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 46.12%, porcentaje ratificado por el Tribunal Médico de Revisión Militar y/o de Policía, situación por la cual, fue desvinculado de la institución. Sobre el tema, la Sala decidió seguir el precedente jurisprudencia sobre la materia y, como consecuencia, inaplicó por inconstitucional el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000, por lo cual tuteló los derechos fundamentales invocados y ordenó el reintegro del accionante al Ejército Nacional.

51. De lo anterior, es posible colegir que si bien existen unas normas que permiten al Ejército Nacional válidamente retirar a sus miembros cuando éstos presentan una disminución de capacidad psicofísica, también lo es que esta Corte ha decidido inaplicar por inconstitucionales, las normas que atribuyen dicha competencia, puesto que en algunos casos la aplicación de estas disposiciones puede acarrear la vulneración de los derechos fundamentales, dando prevalencia, en todo caso, a un principio de suma importancia, como

lo es la estabilidad laboral reforzada en el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

Debido Proceso Administrativo: La importancia de la notificación de los actos administrativos de naturaleza particular y concreto – Reiteración de jurisprudencia

52. El artículo 29 de la Constitución Política refiere que el debido proceso deberá aplicarse a todo tipo de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas. Lo anterior quiere decir que deben respetarse todas las garantías del debido proceso, particularmente el derecho a la defensa.

53. En el caso de las actuaciones administrativas, el debido proceso debe garantizarse desde la etapa previa a la expedición del acto administrativo hasta las etapas finales, es decir, su notificación e impugnación, en la medida que de esta manera se garantizan los principios que rigen la función pública, tales como la igualdad, la eficacia, la moralidad, la celeridad, la imparcialidad y la economía y la publicidad; por lo tanto, la notificación en debida forma de los actos administrativos de carácter particular es de suma relevancia para garantizar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

54. Esta Corte ha indicado que la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto cumple una triple función administrativa:

“i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes.[33]”

55. De esta manera la notificación de los actos administrativos garantiza entre otras cosas el principio de publicidad, esencial para la función pública[34], puesto que permite que los administrados ejerzan control frente a las actuaciones del Estado, además de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

56. Sobre este tema en particular, se ha pronunciado en múltiples ocasiones esta Corte,

tanto en sentencias de tutela[35] como de constitucionalidad[36]. Al respecto ha dicho lo siguiente:

“Desde otro punto de vista, y en el ámbito de las actuaciones administrativas, la publicidad es uno de los principios esenciales de la función pública (artículo 209 CP), pues permite que la comunidad ejerza una veeduría de las actuaciones del poder público, fomentando de esa manera la transparencia en su gestión. La publicidad también incide en la eficacia de las decisiones administrativas, pues el ordenamiento legal establece que si bien la publicidad no determina la existencia o validez de los actos administrativos, sí define su oponibilidad para los interesados y determina el momento desde el cual es posible iniciar una controversia en su contra.[37]”

57. En desarrollo de los mandatos, el legislador plasmó en la Ley 1437 de 2011 actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los mecanismos de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto en el Capítulo V denominado “publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones”, particularmente, en lo que se refiere a la notificación personal, la ley dice lo siguiente:

“Artículo 66. Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.”

58. De no poder la administración realizar la notificación personal del acto administrativo, la ley prevé el mecanismo de la notificación por aviso previsto en el artículo 69. En todo caso, el artículo 72 advierte que sin el lleno de todos los requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión tomada.

59. De lo dicho en párrafos anteriores, esta Sala advierte que la debida notificación de los actos administrativos de carácter particular es una garantía del principio de publicidad, esencial para el correcto funcionamiento de la función pública y, que a su vez, se traduce en una garantía del debido proceso para el administrado, puesto que sólo con el conocimiento de la decisión podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción. A su vez, es posible concluir que existe una notificación irregular de la decisión cuando (i) no se entrega copia del acto administrativo; (ii) no se indica la fecha en que fue proferida la decisión y, (iii) no se indican los recursos que proceden contra el acto, ante quien pueden interponerse y en qué plazos deben realizarse.

Derecho de Petición – Reiteración de Jurisprudencia

60. El artículo 23 de la Constitución Política de 1991 dispone que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener una pronta resolución. Las peticiones pueden ser interpuestas ante algunos particulares y las autoridades públicas, puesto que a través de

éstas se pone a la administración en funcionamiento, se exige el cumplimiento de distintos deberes.

61. Dentro de las garantías básicas del derecho de petición encontramos que (i) la pronta resolución del mismo, es decir que, la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello y, (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, esto quiere decir que, debe pronunciarse respecto de todos los hechos puestos a consideración. La Corte Constitucional ha definido a través de su reiterada jurisprudencia en la materia el núcleo esencial y ha manifestado que el mismo a más de presentar la petición, en la resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva:

“... una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario[38], es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea[39]; y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta[40].”

62. En otras palabras, la garantía del derecho de petición implica que exista una contestación que se pronuncie de manera integral acerca de lo pedido, sin que implique que la respuesta corresponda a lo solicitado, puesto que la misma puede ser negativa siempre que no sea evasiva o abstracta, de igual manera, la respuesta debe ser oportuna, esto quiere decir que, además de ser expedida dentro del término establecido debe ser puesta en conocimiento del peticionario, para que éste si así lo considera interponga los recursos administrativos que en cada caso procedan.

Derecho a la salud de los miembros de la Fuerza Pública – Reiteración de jurisprudencia

63. El derecho a la salud ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, amparándolo a través de la acción de tutela mediante tres concepciones distintas: En una primera etapa, esta Corte tuteló el derecho a la salud debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; de manera posterior, se le dio la

categoría de derecho fundamental para el caso de personas de especial protección constitucional y de esa manera fue protegido, sin embargo, la jurisprudencia y la Ley Estatuaria de salud lo han considerado un derecho fundamental autónomo[41].

64. En esa medida, proteger el derecho a la salud por su conexidad con la vida digna, le resta importancia y, trae como consecuencia, que se entienda únicamente como la supervivencia biológica, dejando de lado características de suma relevancia, puesto que para la Organización Mundial de la Salud (OMS) ésta implica condiciones físicas y psíquicas óptimas en el ser humano. Bajo esa concepción, esta Corte ha definido el derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”[42].

65. Por lo anterior, la garantía efectiva de la salud como derecho fundamental autónomo, significa que las personas podrán ejercer otras facultades previstas en la Constitución Política y, en esa medida, gozarán de una vida en condiciones de dignidad, por lo que la jurisprudencia constitucional lo ha protegido entendiéndolo como un derecho progresivo[43].

66. La prestación del servicio a cargo de las Fuerzas Militares es un deber constitucional que se fundamenta principalmente en los artículos 95 numeral 3[44] y 216[45] de la Constitución Política, en los cuales se establece el deber que tiene todas las personas de respetar y apoyar a las autoridades legítimamente constituidas para mantener la integridad nacional y la independencia, por lo tanto, cuando una persona ingresa a las Fuerzas Militares recaen sobre el Estado una serie de obligaciones relativas a garantizar su vida en condiciones de dignidad, particularmente, en lo que tiene que ver con el ámbito de protección y garantía de la salud, puesto que debido a la actividad que desarrollan, están sometidos a una serie de riesgos que conllevan las obligaciones de la fuerza pública. Sobre el tema se pronunció la sentencia T-470 de 2010[46] en los siguientes términos:

“El carácter obligatorio que demanda este servicio, y el riesgo inherente a las labores que cumplen quienes lo prestan, justifica el derecho del militar aquejado por alguna dolencia o enfermedad a reclamar del Estado y particularmente, de los organismos de sanidad de las Fuerzas Militares, la atención médica indispensable durante el tiempo que sea necesario

cuando se requiera para el cumplimiento de funciones de prevención, protección y rehabilitación en beneficio de su personal.”

67. De lo anterior, se desprende que, el Estado tiene la obligación de garantizar a los miembros de las Fuerzas Militares la adecuada prestación del servicio de salud, puesto que se trata de personas que al ingresar a las filas ponen su integridad personal en riesgo debido a las función propias desarrolladas en la actividad militar, y en esa medida, la prestación del servicio de salud debe ser integral por todo el tiempo que se requiera para que la persona recupere la salud.

Caso Concreto

El Ejército Nacional vulneró los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, vida digna, petición, trabajo y salud del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz

68. En el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, el señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz comenta que estuvo vinculado al Ejército Nacional entre febrero de 2011 y febrero de 2014, primero como soldado regular y, posteriormente, en calidad de soldado profesional, labor que desempeñó con firme convicción de servir a su patria; anota que a finales del mes de enero de 2013 fue picado por un insecto desconocido en su ojo derecho, situación que le ocasionó una reacción alérgica que desencadenó en fuertes dolores, inflamación y disminución de la visión en ese ojo, motivo por el cual, le adelantaron exámenes de capacidad psicofísica que fundamentaron la práctica de una Junta Médico Laboral el día 9 de julio de 2013, que lo calificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 21.24% con clasificación no apto para actividad militar y recomendó su no reubicación.

69. Refiere que con fundamento en lo anterior fue retirado del servicio activo mediante orden administrativa del personal número 2722 de 2013, la cual le fue notificada el 6 de febrero de 2014, día en el que se reincorporó a la institución después de gozar de su periodo de vacaciones, sin que se le hubiera hecho entrega de la respectiva copia del acto administrativo y además sin valorar el hecho de que se encontraba mejor de salud debido al tratamiento y, que podía seguir laborando en la institución, por lo cual, durante el año 2014 interpuso dos peticiones solicitando el reintegro a la institución, la cuales fueron contestadas de manera desfavorable por el Ejército Nacional, solicitud en la que insistió

durante el 2015, recibiendo la misma respuesta.

70. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidieron declarar improcedente la acción de tutela argumentando que el amparo no acreditaba el requisito de subsidiariedad, en la medida en que, el señor Armenta Ortiz hubiese podido hacer uso de los medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, apreciación que no comparte esta Sala por los argumentos que pasan a exponerse a continuación.

71. La Sala Tercera de Revisión advierte que el señor Armenta Ortiz fue retirado del Ejército Nacional mediante orden administrativa de personal número 2722 del 12 de diciembre de 2013 con fundamento en la disminución de capacidad psicofísica (artículo 10 del Decreto 1793 del 2000) y el concepto emitido por la Junta Médico Laboral número 60675 del 9 de julio de 2013, la cual determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor era de 21.24% y lo clasificó como no apto para el servicio militar, no recomendando su reubicación laboral, sin advertir que la lesión sufrida por el accionante era transitoria y, que en esa medida, hubiese podido realizar distintas labores dentro de la institución.

72. Los jueces de instancia determinaron que contra la orden administrativa 2722 del 12 de diciembre de 2013, el actor hubiese podido interponer la acción correspondiente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin embargo con esta posición no concuerda esta Sala, puesto que como se describió en acápites anteriores de esta providencia, no es posible exigir ese deber al accionante, ya que dicho acto administrativo fue notificado de manera irregular el día 20 de diciembre de 2013, en la medida en que, no se hizo entrega material de la copia del acto, el cual sólo fue conocido por el actor hasta el 22 de marzo de 2015, es decir que, la institución tardó más de un año en realizar la notificación en debida forma, situación que a todas luces entorpeció la discusión que sobre la validez del acto hubiese podido ejercer el señor Armenta Ortiz, ante la jurisdicción competente, la actuación irregular de la administración le dificultó el ejercicio de los mecanismos judiciales ordinarios, por lo que mal haría el juez constitucional en exigir la utilización de dichos instrumentos, para negar el amparo a sus derechos fundamentales de quien fue víctima de la actuación administrativa.

73. Como se expuso en el acápite correspondiente de esta sentencia, esta Corte ha

estudiado casos similares y en su jurisprudencia ha inaplicado el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000 por inconstitucional, puesto que de lo contrario se vulnerarían flagrantemente los derechos de los soldados que son retirados del Ejército Nacional por presentar una disminución en su capacidad psicofísica y ser calificados con porcentajes inferiores al 50%, situación que no los hace acreedores de la pensión de invalidez y, adicionalmente, clasificándolos como no aptos para el servicio y sin derecho a la reubicación laboral, lo anterior sin realizar por lo menos una valoración que permita determinar si pueden realizar otro tipo de funciones dentro de la institución y sin permitirles el derecho a recuperar su salud, más aún, respecto de este tipo de afecciones menores que no dan lugar a ser calificado como inválido.

74. En el caso del señor Armenta Ortiz, se encuentra que estuvo vinculado al Ejército Nacional durante el término comprendido entre el mes de febrero de 2011 y el mes de febrero de 2014, tiempo durante el cual prestó sus servicios a dicha institución como soldado regular y posteriormente como soldado profesional con una conducta excelente[47] dentro de la institución. Adicionalmente, se encuentra probado que el accionante el 28 de febrero de 2013 fue atendido en el Establecimiento de Sanidad Militar 3022 por un cuadro clínico de 2 semanas de evolución de disminución de agudeza visual en ojo derecho y cefalea y que el 22 de junio de 2013 asistió a una cirugía refractiva lasik ojo derecho en la clínica Praga S.A.S, procedimiento por el cual fue expedida una incapacidad médica de 30 días[48].

75. Adicionalmente, llama la atención de esta Sala que el señor Armenta Ortiz interpuso en cinco oportunidades peticiones ante el Ejército Nacional, solicitando su reintegro a la institución y manifestando que su situación de salud había mejorado, por lo cual, adicionalmente solicitaba la valoración de las autoridades médicas competentes; peticiones que fueron resueltas de manera desfavorable refiriendo en que no existía planta en el momento[49] y reiterando que había sido desvinculado por disminución de la capacidad psicofísica. Al respecto, la Sala considera que, en efecto, el Ejército Nacional vulneró el derecho constitucional fundamental de petición del señor Armenta Ortiz, puesto que, si bien las solicitudes fueron contestadas, éstas no se hicieron de manera integral, es decir que, la institución accionada no se pronunció respecto de todos los hechos puestos a su consideración, particularmente respecto de la recuperación que tuvo el señor Armenta Ortiz de su visión y los conceptos médicos expedidos por los especialistas anexados con algunas

de esas peticiones.

76. Si bien el señor Armenta Ortiz fue calificado en su momento con una incapacidad permanente parcial del 21.24%, con una clasificación que a juicio de esta Sala fue desproporcionada, puesto que no se realizó una adecuada valoración integral de las capacidades físicas y de las funciones en las cuales hubiera podido desempeñarse, situación por la cual, no se le permitió la reubicación laboral, este caso se diferencia de otros similares estudiados por esta Corte en que el actor refiere haber recuperado su salud y haber puesto esta situación a consideración de la institución con el fin de que se le realizara una nueva valoración médica para determinar su posible reintegro, petición que no fue acogida por el Ejército Nacional. Esto quiere decir que la Sala encontró una serie de irregularidades que afectaron los derechos fundamentales del accionante: (i) un concepto médico que recomienda el retiro, a pesar de valorar la incapacidad en un porcentaje bastante bajo; (ii) una decisión de retiro indebidamente notificada; y, (iii) una respuesta a la solicitud hecha que desconoce el principio de estabilidad en el empleo[50] y el derecho a la salud, más aún respecto de una afección superable.

77. Por último, esta Sala aclara que si bien, de acuerdo lo establecido por las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes de seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias, bajo el entendido que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta Corte fija o delimita.

78. Por todo lo expresado en párrafos anteriores, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional considera que el Ejército Nacional vulneró los derechos constitucionales fundamentales al trabajo, vida digna, mínimo vital, salud y petición del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz, en esa medida, tutelaré los derechos constitucionales fundamentales y ordenaré al Ejército Nacional de Colombia que reintegre al señor Armenta Ortiz a la institución y, que a través de la dependencia competente, realice una nueva Junta Médico Laboral, en la cual, valore de manera integral la capacidad psicofísica del accionante, con el fin de determinar las funciones que puede llegar a desempeñar.

III. CONCLUSIÓN

79. Se vulneran los derechos constitucionales fundamentales de petición, vida digna, mínimo vital y trabajo de un ex soldado que solicita el reintegro al Ejército Nacional por haber posiblemente recuperado su salud después de haber sido retirado por una disminución en su capacidad psicofísica inferior al 50%, cuando el Ejército Nacional no valora de manera integral el nuevo hecho puesto en su conocimiento.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias de tutela de primera y segunda instancia proferidas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respectivamente, a través de las cuales se declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, TUTELAR los derechos de petición, vida digna, mínimo vital, salud y trabajo del señor Aurelio Eduardo Armenta Ortiz.

TERCERO.- ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la notificación de la presente sentencia proceda a reintegrar al señor Eduardo Aurelio Armenta Ortiz a la institución de acuerdo con las consideraciones señaladas en parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de Tutela presentada el día trece (13) de julio de 2015 (Folio 92, cuaderno 2).

[2] De acuerdo a la copia de la ficha médica unificada visible a folios 45, 46, 47 y 48 del cuaderno principal.

[3] Según copia de la historia clínica de urgencias aportada en el cuaderno principal de la tutela (folios 57 y 58).

[4] De acuerdo a los certificados emitidos por parte de la clínica oftalmológica Praga S.A.S visible a folios 59 y 60 del cuaderno principal.

[5] Copia de la Junta Médico Laboral 60675 del 9 de julio de 2013 visible a folios 61 y 62 del cuaderno principal.

[6] La copia de la notificación obrante en el expediente es de fecha 20 de diciembre de 2013.

[7] Copia de la notificación de la orden administrativa de personal 2722 visible a folios 63 y 116 del cuaderno principal.

[8] De acuerdo a las copias de los oficios 2014552127991 y 20145521327941 de fechas 3 de diciembre de 2014 y 19 de diciembre de 2014 respectivamente visibles a folios 66 y 67 del cuaderno principal de la acción de tutela.

[9] De acuerdo a copia de la historia clínica visible a folio 68.

[10] El accionante se acercó el día 17 de julio de 2015 al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para informar al magistrado ponente que la fecha en la cual se le fue

notificada la orden administrativa 2122 del 20 de diciembre de 2013 fue el 22 de marzo de 2015 (Folio 107, cuaderno 2).

[11] De acuerdo a las copias de las respuestas emitidas por el Ejército Nacional a las peticiones interpuestas visibles a folios 74, 75, 76, 77 y 78 del cuaderno principal.

[12] Según folios 80-91 del cuaderno principal de la tutela.

[13] Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

[14] De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”. CP, art 86º; D 2591/91, art 1º

[15] Al respecto ver sentencias T-675 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-008 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-066 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-235 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-700 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), entre otras.

[16] Ver sentencias T-762 de 2008, T-376 de 2007, y T-149 de 2007, (M. P. Jaime Araujo Rentería); T-286 de 2008 y T-284 de 2007, (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-239 de 2008, (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-052 de 2008 y T-691ª de 2007, (M. P. Rodrigo Escobar Gil); T-529 de 2007, (M. P. Álvaro Tafur Galvis); T-229 de 2006, (M. P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia T-090 de 2009, (M.P. Humberto Sierra Porto) y más recientemente la sentencia SU-355 de 2015, (M.P. Mauricio González Cuervo)

[17] Artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

[18] T-539 de 2006, (M.P. Jaime Araujo Rentería).

[19] Sentencia T-067 de 2006, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico

[21] La orden administrativa de personal N° 2722 del 12 de diciembre de 2013 dispone que “es responsabilidad de todos los comandantes y jefes de personal difundir la información al interesado, entregado copia del acto administrativo y realizando la comunicación correspondiente, dando así cumplimiento a la novedad fiscal establecida en la presente”

[22] Artículo 1. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.

[23] Artículo 7. Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la

capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 15 de julio de 2008, Rad. 32532, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

[25] El SISBEN otorgó al accionante un puntaje de 26.66 de acuerdo al Folio 38 obrante en el cuaderno principal de tutela.

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

[27] “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

[28] T-503 de 2010, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[29] T-081 de 2011, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[30] T-459 de 2012, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[31] T-848 de 2013, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[32] T-382 de 2014, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[33] T-210 de 2010, (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

[34] Artículo 209 de la Constitución Política. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

[35] Ver entre otras, sentencias T-210 de 2010, (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); T-558 de 2011, (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-404 de 2014, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[36] Ver entre otras, sentencias C-114 de 2003, (M.P. Jaime Córdoba Triviño); C-980 de 2010, (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-012 de 2013, (M.P. Mauricio González Cuervo).

[37] Sentencia C-035 de 2014, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[38] Sentencias T-1160A de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda) y T-581/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[39] Sentencia T-220 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[40] Ver Sentencias T-669 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-259 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda) y C-951 de 2014, (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

[41] Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

[42] Sentencias T-454 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); y T-894 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[43] Ver sentencias T-016 de 2007, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-580 de 2007, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-128 de 2008, (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-585 de 2008, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-760 de 2008, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-122 de 2010, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-989 de 2010, (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-610 de 2013, (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

[44] “Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica

responsabilidades.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

(...)”

[45] “Artículo 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

[46] Sentencia T-470 de 2010, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[47] De acuerdo a folio 39 del cuaderno principal de tutela.

[48] Folios 57, 58, 59 y 60 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[49] Respuestas visibles a folios 66, 67, 74, 75, 76 y 77 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[50] Garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 así:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en

caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”