

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-368/24

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN LAS FUERZAS MILITARES-Vulneración por desvinculación de soldado profesional en situación de debilidad manifiesta y sin motivar suficientemente la orden de no reubicación

(...) los derechos fundamentales (del accionante) al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso administrativo... fueron vulnerados por el Ejército Nacional con ocasión de la expedición de la orden administrativa de personal... mediante la cual se dispuso su desvinculación de la institución castrense por presentar una pérdida de la capacidad laboral... la decisión del Ejército Nacional no tuvo en cuenta que, tal situación se presentó como consecuencia de una lesión sufrida en el marco de una actividad militar, y por ello, emergía un deber de protección en cabeza del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el empleo del demandante y por cuanto la orden de no reubicación careció de una motivación objetiva, técnica y suficiente.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD EN LAS FUERZAS MILITARES-Derecho de sus miembros a seguir recibiendo atención médica integral por parte del sistema de salud, aunque hayan sido desvinculados de la respectiva institución

(...) el Ejército Nacional vulneró el derecho a la salud del demandante porque no le garantizó la continuidad en la prestación de servicios médicos a cargo del sistema de salud militar.

EXPRESIONES REFERIDAS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Lenguaje puede tener implicaciones inconstitucionales por ser entendido y utilizado con fines discriminatorios

(...) a lo largo del expediente administrativo y en los dictámenes médicos se utilizaron expresiones como “disminución de la capacidad psicofísica”, “disminución de la capacidad física”, “mentalmente sano”, entre otras similares. A pesar de que estas expresiones pueden corresponder a las contenidas en los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 del 2000, en todo caso, la Sala considera que en la práctica administrativa debería preferirse el uso de un lenguaje que esté en concordancia con el enfoque social de la discapacidad, tales como

“pérdida” o “disminución de la capacidad laboral”, ya que expresiones como “limitación o disminución física sensorial o psicológica” llevan inmersa la dualidad entre un ser humano completo versus una persona incompleta.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO RETIRADO DEL SERVICIO-
Procedencia de la acción de tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Procedencia de tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO RETIRADO DEL SERVICIO-
Reglas jurisprudenciales

PERSONA CON DISCAPACIDAD-Sujeto de especial protección constitucional/MODELO SOCIAL
DE LA DISCAPACIDAD-El Estado tiene la obligación de remover barreras que impidan la plena
inclusión social de las personas en situación de discapacidad

DERECHO A LA REUBICACION DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Caso en que ven
disminuida su capacidad laboral

FUERZAS MILITARES-Régimen legal sobre el retiro

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Invocar la
causal de disminución de capacidad psicofísica supone que la decisión se soporte en la
valoración de una Junta Médico Laboral

DERECHO A LA REUBICACION DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA
CAPACIDAD LABORAL-Cuando han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral
inferior al 50% y puedan ejercer laborales administrativas o de docencia

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

ORGANISMOS MEDICO LABORALES MILITARES Y DE POLICIA-Tribunal Médico Laboral de
Revisión Militar y de Policía y Junta Médico Laboral Militar o de Policía

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Adopción del
modelo social de la discapacidad

DISCAPACIDAD-Enfoque diferencial

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión-

SENTENCIA T-368 DE 2024

Referencia: expediente T-9.940.558

Acción de tutela interpuesta por Santiago en contra del Ejército Nacional de Colombia

Procedencia: Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Asunto: Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que disponen el retiro de miembros de la Fuerza Pública por pérdida de la capacidad laboral, reincorporación al servicio y continuidad en la prestación de servicios de salud

Magistrado ponente:

Juan Carlos Cortés González

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

¿Qué estudió la Corte?

¿Qué consideró la Corte?

La Corte Constitucional evaluó el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, tanto para controvertir la decisión de su desvinculación, así como para la garantía de la continuidad en los servicios médicos. En ambos asuntos la encontró procedente. Respecto de la posibilidad de controvertir su desvinculación, estimó que los medios de defensa ordinarios no resultaban idóneos ni eficaces para el caso concreto, por las

condiciones de vulnerabilidad del accionante y por las circunstancias administrativas y procesales del asunto, pues i) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, ii) fue desvinculado durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio declarado como consecuencia del COVID 19 y iii) la posibilidad de haber conseguido una eventual suspensión provisional de los actos que ordenaron la desvinculación conllevaba la carga procesal de tener que controvertir los dictámenes médicos, antes del periodo probatorio del proceso ordinario, exigencia que resultaba desproporcionada para un sujeto de especial protección constitucional en las circunstancias del accionante. Además, en este caso la caducidad parcial del medio de control ante la justicia administrativa no afectó la procedencia de la acción de tutela, toda vez que la solicitud de amparo se ejerció antes de que caducara la acción contencioso administrativa, de modo que la tutela no se utilizó para revivir términos fenecidos. En cuanto al derecho a la salud, se encontró procedente la acción, porque no existía un medio de defensa ordinario que permitiera proteger, de manera expedita y eficaz el derecho afectado (§33 a 34).

Se reiteró la jurisprudencia en materia de estabilidad laboral reforzada en favor de los miembros de la Fuerza Pública que han sufrido una pérdida de la capacidad laboral en el marco del servicio (§37 a 49) y la garantía de la continuidad de los servicios médicos de ex miembros de las Fuerzas Militares (§50 a 72). Asimismo, se efectuaron unas consideraciones sobre el enfoque social de la discapacidad y el control constitucional del lenguaje en estos casos (§73 a 75).

¿Qué decidió la Corte?

La Corte Constitucional decidió (i) revocar parcialmente la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional en lo relativo al reintegro laboral del accionante y, en su lugar, dispuso amparar los derechos del actor al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso administrativo. Como consecuencia, dejó sin efectos la orden administrativa que lo desvinculó del servicio y ordenó su reincorporación. No obstante, no se accedió a las pretensiones económicas por cuanto estas deben ventilarse en el proceso ordinario. De otro lado, (ii) decidió confirmar el amparo concedido en ambas instancias en lo relativo al derecho a la salud, ordenando, además, un correcto diagnóstico, especialmente sobre la salud mental del accionante; diagnóstico que además deberá servir como prueba para establecer las funciones que puede desempeñar en

la institución. Así mismo, se precisó que, en caso de ser necesario, el Ejército debía capacitar al accionante para sus nuevas funciones (§95 a 88). Finalmente, se compulsaron copias para que se investigue la remisión tardía del expediente de tutela (§98).

¿Qué ordenó la Corte?

La Sala ordenó los siguientes remedios constitucionales: (i) Dejar sin efectos la orden administrativa que desvinculó al accionante y (ii) reincorporarlo al servicio activo. Esta reincorporación deberá hacerse en forma conjunta con una valoración completa e integral de sus habilidades y competencias, con el fin de determinar las labores que podrá ejercer conforme a su estado de salud y capacidades laborales, o si es necesario, capacitarlo para las nuevas funciones. (iii) ordenar al Ejército Nacional que establezca el estado actual de la lesión sufrida por el actor y de las patologías que motivaron su retiro del servicio activo y los tratamientos médicos que requiere para lograr la rehabilitación, con el fin de que se garantice la continuidad en los servicios médicos requeridos por el accionante, derivados de las patologías que fueron calificadas como provenientes del servicio. Esta orden se conservará en forma independiente a que el accionante se retire o sea retirado en forma posterior del servicio. (iv) También se ordenó la compulsa de copias para que se investigue la remisión tardía del expediente de tutela.

Bogotá, D. C., cinco (5) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento, el 5 de junio de 2020, en primera instancia, y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 11 de agosto de 2020, en segunda instancia, producto de la solicitud de amparo promovida por Santiago en contra del Ejército Nacional de Colombia.

I. ACLARACIÓN PRELIMINAR

La Corte Constitucional estableció ciertos lineamientos para la protección de datos personales en las providencias que sean publicadas en su página web. La Presidencia de esta corporación dispuso que en los eventos en los que se haga referencia a la historia clínica u otra información relativa a la salud física o psíquica o cuando se pueda poner en riesgo el derecho a la vida e integridad personal o el derecho a la intimidad personal y familiar, las salas de revisión deben omitir los nombres reales de las personas en la providencia que sea publicada.

Por esto, la Sala Segunda de Revisión adoptará medidas para proteger los datos personales del accionante y de su núcleo familiar, por cuanto en la sentencia se pone de presente información relacionada con la historia clínica del demandante, así como relativa a su intimidad personal y familiar. Por lo tanto, se emitirán dos versiones de esta misma providencia, de manera que se sustituirán los nombres reales de la parte actora con el nombre de Santiago, como además ya se hizo en el auto de selección del presente asunto.

II. ANTECEDENTES

Hechos, contexto del caso y acción de tutela

1. 1. Presentación general de la acción de tutela. El 27 de mayo de 2020, Santiago interpuso acción de tutela en contra del Ejército Nacional de Colombia, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la salud, entre otros.

2. Señaló el accionante que estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia en calidad de soldado profesional entre el 15 de agosto de 2014 y el 27 de abril de 2020. En esta última fecha la referida institución le notificó la decisión que dispuso su retiro por pérdida de la capacidad laboral del 46.43%, con imposibilidad de reubicarlo en alguna dependencia militar, de conformidad con el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar.

3. Por lo anterior, solicitó que se ampararan los derechos invocados y que se ordenara a la accionada reintegrarlo a un cargo que pueda desempeñar acorde a sus condiciones médicas, así como el pago de las acreencias laborales causadas y no pagadas desde la desvinculación

hasta el reintegro, y la garantía de la continuidad de los servicios médicos que su condición de salud demanda.

4. Contexto previo a la interposición de la acción de tutela. Del escrito de tutela y del acervo probatorio que reposa en el expediente es posible tener como probados los siguientes hechos:

a. a) El señor Santiago estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia entre los años 2013 y 2020, primero en calidad de recluta en cumplimiento del servicio militar obligatorio y luego como soldado profesional, desde el 15 de agosto de 2014.

b. b) El 27 de noviembre de 2016, en el marco de una actividad militar, sufrió una caída desde un helicóptero a una altura de cerca de un (1) metro. El accidente le causó molestias en la columna, por lo cual fue atendido por un médico adscrito al Ejército Nacional, quien le encontró dos hernias discales y prescribe la práctica de una cirugía para removerlas.

c. c) El 4 de octubre de 2017 se lleva a cabo la cirugía para la extracción de las hernias discales.

d. d) El 27 de mayo de 2019, la Junta Médico Laboral la Dirección de Sanidad del Ejército expide el Acta No.107558, en la que se señala que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 43,46%, que resulta imposible reubicarlo en el interior de la institución, y se recomienda su retiro del servicio activo con el fin de permitirle una mayor recuperación de las patologías que presenta.

e. e) La decisión le fue notificada al accionante el 30 de octubre de 2019, quien procedió a presentar el 29 de noviembre del mismo año un recurso de apelación por estar disconforme con lo decidido por el órgano calificador.

f. f) El 23 de enero de 2020, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía expidió el Acta TML 20-1-061, mediante la cual ratificó las conclusiones de la Junta Médico Laboral y recomendó desvincular al accionante de la institución castrense ante la imposibilidad de que continuara prestando servicios como soldado profesional, por la improcedencia de reubicarlo en otra dependencia de la entidad.

g. g) La determinación sobre la imposibilidad de acceder a la reubicación se fundamentó,

entre otras cosas, en la condición psiquiátrica del paciente. Al respecto el Tribunal Médico refirió que el accionante: “fue valorado por la especialidad de psiquiatría para junta médica por presentar ánimo triste, desesperanza y algunas veces irritabilidad al no poder realizar actividades físicas como anteriormente lo hacía, no requirió controles ni tratamiento farmacológico”. Así mismo se indicó que: “una vez valorado el contexto de la junta médico laboral y el concepto del comité de psiquiatría BASAN de fecha 13/09/2018 quienes realizan valoración y examen mental concluyendo que el paciente cursa con diagnóstico de episodios depresivos actualmente asintomático en el momento, toda vez que no está expuesto a situaciones estresores propias de la vida militar. Ha persistido sensación de tristeza, desesperanza al no poder realizar actividades físicas y/o deportivas según lo relató el calificado durante su entrevista”.

En el informe técnico rendido por el Tribunal médico laboral se estableció que: “La reubicación del accionante en la institución podría derivar en un “daño antijurídico y probable el que se puede llegar a causar al interior de la misma al recomendar la reubicación laboral de un paciente que no es mentalmente sano, el cual puede desarrollar conductas impredecibles consigo mismo, con sus compañeros y demás personal que está cerca en un momento dado por las reacciones sorpresivas que puede llegar a tener a causa de su patología mental.

Esta Sala considera además pertinente mencionar que la Organización Mundial de la Salud en informe “prevención del suicidio. Un imperativo Global del año 2014 hace mención de los factores de riesgo para el mismo, entre los que se encuentran los trastornos mentales y de los cuales refiere específicamente que el 90% de quienes se suicidan tienen trastornos mentales y que el 10% restante que no tiene un diagnóstico claro presenta síntomas psiquiátricos semejantes [...] Lo anterior cobra suma importancia dado que la labilidad emocional del calificado es tática debido a la patología mental que presenta, razón por la cual esta Sala considera que añadir más factores de riesgo a su condición, per se, como lo es el estar en un ambiente laboral militar va en contra de su salud. En consecuencia, esta instancia considera que la patología psiquiátrica en mención le impide permanecer en este tipo de instituciones que generan estresores que pueden agravar su trastorno de ansiedad y exacerbar sus antecedentes y conducirlo a la autoagresión, inclusive hasta la heteroagresión, esta última como consecuencia de la irritabilidad que llegue a sentir, además, el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso a armamento puede generar un riesgo para

su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamado a proteger y hacen que médica y legalmente no sea apto ni reubicable en la actividad militar en el evento en que sus episodios depresivos se exacerben por carga laboral, horarios y otros factores que están presentes en el ámbito militar, administrativo u operacional. Es necesario manifestar por parte de esta instancia que cuando hay una afección psiquiátrica se considera desde el punto de vista médico que aún en labores administrativas reubicar laboralmente al paciente en una institución castrense es un acto irresponsable que puede generar indefinidas consecuencias ante una reacción sorpresiva propia de estas enfermedades”

h) El informe de psiquiatría BASAN de fecha 13/09/2018 en el que se fundamentaron las valoraciones médico laborales indica que el accionante “refiere ánimo triste, ideas de minusvalía, desesperanza por su enfermedad de base, irritabilidad, pero no ha tenido tratamiento por psiquiatría. [...] Paciente colaborador [...] Pensamiento lógico, coherente, sin ideación delirante, fóbica ni obsesiva, no ideas de auto y heteroagresión, juicio y raciocinio conservado, memoria conservada [...] diagnóstico: otros episodios depresivos. Pronóstico: paciente actualmente asintomático”.

i) El 02 de abril de 2020, el Ejército Nacional expidió la orden administrativa de personal OAP No. 1353, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio activo del soldado profesional Santiago como consecuencia de una pérdida de la capacidad laboral. La decisión le fue notificada al actor mediante el acta No. 3406 del 27 de abril de 2020.

j) Al momento de su desvinculación, el accionante se desempeñaba como auxiliar de archivo central en el Batallón de Artillería de Defensa Antiaérea No.2, Nueva Granada de Barrancabermeja, tenía capacitaciones del SENA como técnico en asistencia en organización de archivos y capacitaciones en técnicas de búsqueda y rescate en brigadas empresariales y en asistencia en organización de archivos.

k) Para la época de la desvinculación, el núcleo familiar del accionante estaba conformado por su esposa y por dos niñas, de 2 meses y dos años de edad respectivamente. En forma posterior, el accionante informó en el proceso de tutela que él desempeñaba labores informales como ayudante de panadería, y que su esposa trabajaba por días en un restaurante.

5. Admisión de la acción de tutela. El 27 de mayo de 2020, el Juzgado Cincuenta y Dos Penal

del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento admitió la acción de tutela y corrió traslado de la demanda al Ejército Nacional de Colombia, al Comando General de las Fuerzas Militares, al Comando de Batallón de Artillería de Defensa Antiaérea No. 2 Nueva Granada, para que ejercieran los derechos de defensa y contradicción.

6. Igualmente, dispuso la vinculación al trámite del Ministerio de Defensa Nacional, de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, de la Junta Médica laboral, del área jurídica del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares, del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, del Dispensario Médico Gilberto Echeverría Mejía, del Dispensario de Aguachica, del Hospital Emiro Quintero Cañizares, de la Dirección de Personal del Ejército Nacional y de la Clínica San Nicolás de Barrancabermeja, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

7. Los accionados y vinculados respondieron en los siguientes términos:

Entidad

Respuesta

Batallón de Artillería de Defensa Antiaérea No. 2 Nueva Granada

La dependencia militar por conducto de su comandante señaló que el accionante perteneció a esa unidad castrense hasta que se dispuso su retiro por pérdida de la capacidad laboral, determinación adoptada conjuntamente por el Comando de Personal y la Dirección de Sanidad Militar y Medicina Laboral. La primera de estas dependencias es la llamada a satisfacer las pretensiones del demandante, en tanto fue la que adoptó la decisión de retirarlo de la institución militar.

Comando General del Ejército Nacional- Comandante del Ejército Nacional

Dirección de Personal del Ejército Nacional

La dependencia indicó que el actor había sido retirado del servicio activo porque presentó una pérdida de la capacidad laboral que hacía imposible su continuidad en él. Igualmente refirió que la tutela estaba llamada a ser improcedente por subsidiariedad, comoquiera que el interesado debía demandar los actos administrativos que dispusieron su retiro de la

institución castrense ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Hospital Emilio Quintero Cañizares

Indicó que prestó atención médica en el año 2017 al accionante, por contusión de la región lumbosacra y de la pelvis y por trastorno de disco lumbar y otros con radioculopatía. Solicitó ser desvinculado de la acción de tutela.

Comandante General de la Fuerzas Militares

Solicitó su desvinculación, en atención a que la Circular 374 de 2009, que regula el trámite de las tutelas al interior del Ministerio de Defensa Nacional y sus dependencias, dispone que el cumplimiento de las acciones de tutela le corresponde a la dependencia con el deber funcional de acatarlas.

Dirección de Sanidad del Ejecito Nacional

No dio respuesta a pesar de que fue vinculada desde el auto que avocó el conocimiento de la tutela.

Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía

No dio respuesta a pesar de que fue vinculada desde el auto que avocó el conocimiento de la tutela.

Decisiones objeto de revisión

8. Sentencia de tutela de primera instancia. El 5 de junio de 2020, el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento amparó los derechos del actor y ordenó: (i) dejar sin efectos la orden administrativa de personal OAP No. 1353 del 2 de abril de 2020; (ii) realizar una nueva valoración integral de las capacidades laborales del actor para determinar si puede o no continuar vinculado a la institución militar; y iii) reincorporar al actor al servicio en el desempeño de un cargo que pueda desarrollar acorde a su capacidad laboral actual y a las competencias y destrezas que posea, lo anterior comportará la reanudación de la afiliación en el sistema de salud de las Fuerzas Militares.

9. Como sustento de su decisión, estimó que las autoridades castrenses en su análisis del

caso no tuvieron en cuenta que el demandante tenía derecho a la reubicación laboral, porque: (i) perdió la capacidad laboral en el marco del ejercicio de actividades militares; (ii) el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral dictaminado es inferior al 50% y no podrá acceder a una pensión de invalidez; (iii) porque fue desvinculado cuando ya se desempeñaba como auxiliar de archivo en una unidad militar; y (iv) tiene dos hijas que dependen económicamente de él, circunstancia que no fue desvirtuada por la demandada en el proceso de tutela.

10. Aunado a lo anterior, señaló que teniendo en cuenta el contexto de la pandemia de Covid19, resultaba muy difícil su inserción en el mercado laboral por fuera del ámbito militar. Por lo anterior, se desconoció el deber de adoptar medidas para lograr la rehabilitación e inserción en la sociedad de una persona que sufrió una significativa pérdida de capacidad laboral al servicio del Estado y que no podía quedar desprotegido por este hecho.

11. Impugnación. El 10 de junio de 2020, el Ejército Nacional impugnó la decisión de primera instancia, por considerar que la tutela era improcedente por falta de subsidiariedad toda vez que los actos administrativos que dispusieron el retiro del actor del servicio activo se encuentran en firme y su legalidad debe ser discutida ante los jueces de lo contencioso administrativo, mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

12. Cumplimiento del fallo de primera instancia. El 17 de julio de 2020, en cumplimiento de la orden del juez de primera instancia se emitió la Orden Administrativa de Personal No. 1707, mediante la cual se ordenó reintegrar al servicio activo al accionante.

13. Sentencia de tutela de segunda instancia. El 11 de agosto de 2020, la Sala Penal de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó parcialmente la decisión de primera instancia y, en consecuencia, declaró improcedente la tutela para discutir la legalidad o la validez de los actos administrativos que dispusieron la desvinculación del accionante de la institución castrense, los cuales deben ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

14. Estimó igualmente que las decisiones de los órganos de calificación se encontraban debidamente motivadas en cuanto a las razones de su no recomendación de reubicación. Al respecto, resaltó que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía puso de presente que el actor presentaba un diagnóstico de “no ser mentalmente sano”, por lo cual

su continuidad en la institución militar podría contribuir al deterioro de su condición de salud y llegar a representar un peligro para sí mismo o para las demás personas.

15. Finalmente mantuvo el amparo al derecho a la salud en cuanto las patologías que presentaba el actor se originaron durante su vinculación al servicio y, por ello, persistía la obligación en cabeza de la sanidad militar de continuar brindando los servicios médicos que el actor demandara en relación con las patologías adquiridas durante su vinculación al Ejército Nacional.

16. Hechos ocurridos tras el fallo de segunda instancia. El 24 de agosto de 2020, el Ejército Nacional profirió la Orden Administrativa de Personal No.1821 mediante la cual dejó sin efectos la Orden Administrativa de Personal No. 1707 por medio de la cual se había cumplido la orden judicial de primera instancia y, en consecuencia, dispuso que recobrara firmeza la Orden Administrativa de Personal No. 1353 del 2 de abril de ese año, que originalmente dispuesto el retiro del accionante por pérdida de la capacidad laboral.

Actuaciones en sede de revisión

18. Primer auto de pruebas. El 8 de abril de 2024, el magistrado ponente decretó la práctica de pruebas con el fin de recabar información adicional sobre los hechos que originaron la interposición de la acción de tutela de la referencia. En concreto, se solicitó al accionante aportar información sobre sus condiciones actuales de salud y en materia socioeconómica. Igualmente, se solicitó a la demandada rendir un informe sobre las consideraciones que determinaron el retiro del actor del servicio activo como soldado profesional. Finalmente se pidió a los jueces de instancia copia íntegra del expediente de tutela.

19. Respuestas presentadas. Durante el término del auto de pruebas se recibieron las siguientes respuestas:

Entidad

Respuesta

Ejército Nacional

Remitió copia de la Orden de Personal 1821 del 24 de agosto de 2020, mediante la cual se

dispuso el retiro definitivo del servicio activo del accionante tras el fallo de tutela de segunda instancia.

Santiago

No respondió pese a estar notificado.

Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá

Remitió copia íntegra del expediente de tutela.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Penal

No respondió pese a estar notificada.

20. Auto de requerimiento de pruebas. El 3 de mayo de 2024, ante el incumplimiento del auto de pruebas, el magistrado sustanciador decretó que se requiriera el cabal cumplimiento a la decisión del 8 de abril de 2024, con el fin de que se aportara la información y la documentación antes solicitadas.

21. Respuestas. Durante el término del auto de requerimiento de pruebas se recibieron las siguientes respuestas:

Entidad

Respuesta

Ejército Nacional

No respondió el requerimiento de pruebas.

Santiago

El apoderado judicial del accionante dio respuesta al auto de pruebas. Indicó que su poderdante: (i) sufre aún las secuelas de las lesiones experimentadas durante su vínculo con el Ejército Nacional, entre ellas destaca problemas en las extremidades y dolores de espalda, y que no ha sido atendido por el sistema de sanidad de las Fuerzas Militares, pese a existir una orden judicial al respecto; (ii) se encuentra actualmente afiliado a Compensar EPS en el

régimen subsidiado de salud; (iii) su grado máximo de escolaridad es técnico en asistencia de organización de archivos; (iv) realiza “oficios varios” en una panadería y devenga 40.000 pesos diarios sin prestaciones sociales; (v) su núcleo familiar está compuesto por su pareja, quien labora algunos días de la semana y gana cerca de \$35.000 pesos diarios, y sus dos niñas dependen de él; (vi) los gastos del núcleo familiar son de cerca 1.240.000 pesos mensuales y comprenden arrendamiento, alimentación y educación, lo cual, según afirma el apoderado, consumen la totalidad de sus ingresos; (vi) presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que lo desvincularon, respecto de la cual el Juzgado Tercero Administrativo de Barrancabermeja declaró la caducidad del medio de control; y (vii) su pérdida de la capacidad laboral no ha sido calificada nuevamente desde que fue desvinculado por el Ejército.

Finalmente solicitó decretar las siguientes pruebas: (i) oficiar a Compensar EPS para que aporte copia de la historia clínica actualizada del accionante; y (ii) que se practicara una declaración de parte donde el demandante pudiera ser escuchado por el despacho del magistrado sustanciador.

22. Con posterioridad al vencimiento del término, el Ejército Nacional informó el procedimiento que se debía surtir para calificar la situación médico-laboral de los miembros de la institución y remitió el expediente médico laboral del accionante, en el que constan los exámenes médicos que fueron el fundamento de las decisiones de la junta médica laboral y del Tribunal Médico de la institución.

23. Segundo auto de pruebas. El 20 de mayo de 2024, ante la petición elevada por el apoderado judicial del accionante, el magistrado sustanciador decidió decretar las pruebas solicitadas. En este sentido se ofició a Compensar EPS para que allegara copia íntegra de la historia clínica del actor. En el mismo sentido se dispuso practicar una declaración de parte para que el accionante se pronunciara sobre los hechos y pretensiones que originaron el ejercicio de la acción de tutela, así como sobre sus condiciones de vida y de salud actuales.

24. Auto de suspensión de términos procesales. El 28 de mayo de 2024, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas resolvió suspender los términos para fallar el asunto de la referencia por un término de 30 días. Lo anterior con el fin de recabar las pruebas decretadas y poder valorarlas en conjunto con el resto del acervo probatorio contenido en el expediente.

25. Diligencia de declaración de parte. El 29 de mayo de 2024, a través de la plataforma digital Teams tuvo lugar la recepción de la declaración de parte del accionante. Este compareció en compañía de su apoderado judicial. En el trámite de la diligencia el actor ratificó los hechos y las afirmaciones informados por su apoderado judicial en el escrito del 14 de mayo de 2024. Hizo particular énfasis en que las secuelas del accidente que sufrió estando vinculado al Ejército Nacional persisten, en la medida que presenta dolores de espalda recurrentes, mareos y pérdida de equilibrio y fuerza en sus extremidades superiores e inferiores; que no ha recibido atención alguna en salud por parte de la Dirección de Sanidad de la institución castrense y que ha debido ser atendido por Compensar EPS, a la cual se encuentra afiliado en el régimen subsidiado en salud; que tanto el cómo su familia se encuentran en condiciones de suma vulnerabilidad socioeconómica, comoquiera que tiene un vínculo laboral de carácter precario, ya que no puede acceder a ningún empleo formal por presentar varias patologías que le impiden laborar en condiciones de normalidad y por ello no es contratado.

26. Tercer auto de pruebas. El 4 de junio de 2024, el magistrado sustanciador resolvió oficial al Juzgado Tercero Administrativo de Barrancabermeja con el fin de obtener información sobre el estado actual del proceso que promovió el actor mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos mediante los cuales fue desvinculado del Ejército Nacional.

27. Respuesta del Juzgado Tercero Administrativo de Barrancabermeja al tercer auto de pruebas. El 11 de junio de 2024, el juez tercero administrativo de Barrancabermeja informó que, mediante auto del 18 de enero de 2023, se admitió parcialmente la demanda respecto de la pretensión de nulidad de la Orden Administrativa de Personal Núm. 1821 del 24 de agosto de 2020, “Por la cual declara la pérdida de ejecutoria de la orden administrativa de personal Ejército Núm. 1707 de fecha diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020), mediante la cual, se ocasionó el reintegro al servicio activo del señor Soldado profesional Santiago, en razón a un fallo de tutela”. En cambio de ello, se rechazó parcialmente la demanda, por haber operado la caducidad, respecto de las pretensiones de nulidad formuladas contra el Acta de la Junta Médico Laboral 107558 del 27 de mayo de 2019, contra el Acta TML 20-1-061 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y en contra de la orden administrativa de personal OAP No. 1353 del 2 de abril de 2020 “por la cual se retira por disminución de capacidad física al poderdante [por] una merma del cuarenta y seis

punto treinta y seis (46.36%)”.

28. En consulta del despacho sustanciador al expediente electrónico del proceso ordinario promovido por el accionante, en el aplicativo SAMAI de la jurisdicción contencioso administrativa, en el enlace enviado por el Juzgado Tercero Administrativo de Barrancabermeja, se constató que, a pesar de que no se interpusieron los recursos procedentes contra la decisión que rechazó parcialmente la demanda, el 24 de julio de 2024, en forma oficiosa, el juez administrativo del caso profirió un auto de control de legalidad en el que revocó parcialmente la caducidad declarada, por cuenta de la suspensión de términos judiciales que operaba para la fecha de los hechos, con ocasión de la emergencia sanitaria del COVID 19, ordenada por el Decreto 564 de 2020. En consecuencia, el despacho judicial admitió la demanda respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento formuladas contra la Orden Administrativa de Personal OAP 1353 del 02 de abril de 2020, notificada el 27 de abril de 2020, pero conservó la caducidad respecto de la pretensión de nulidad y restablecimiento formulada contra el dictamen de la Junta Médico Laboral 107558 del 27 de mayo de 2019, y contra el Acta TML 20-1-061 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

29. Respuesta de Compensar EPS al segundo auto de pruebas. El 13 de junio de 2023, Compensar EPS remitió copia de la historia clínica del accionante. En este documento consta que el actor presenta un diagnóstico de “trastorno de disco lumbar y otros, con Radiculopatía” como consecuencia de la caída desde un helicóptero. Esta patología ha sido objeto de varias citas médicas de control y ha sido manejada con analgésicos. Igualmente ha presentado varios episodios de dolores abdominales relacionados con la patología previamente descrita. También ha presentado episodios de cefaleas, mareos y pérdida de fuerza.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

30. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Delimitación de la metodología a seguir

31. La acción de tutela contenida en el expediente de la referencia plantea dos cuestiones que deberá resolver la sala de revisión. En primer lugar, será preciso resolver la procedencia de la acción de tutela para discutir la validez de la orden administrativa expedida por el Ejército Nacional de Colombia, a través de la cual se dispuso el retiro del servicio activo de Santiago. En segundo lugar, habrá de evaluarse la procedencia de la acción constitucional para determinar la continuidad en los servicios médicos requeridos por el accionante.

32. En caso de encontrar procedente la acción, se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre las materias objeto del litigio y se resolverá el caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela

33. La Sala advierte que la solicitud de amparo cumple con los requisitos para su procedencia, tal y como se observa a continuación:

Acreditación

Legitimación en la causa por activa

Se acredita el cumplimiento de la legitimación en la causa por activa en tanto que el accionante, Santiago, fue la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la salud. El accionante obró en las instancias a título personal y en sede de revisión, acompañado por apoderado de confianza.

Legitimación en la causa por pasiva

La acción se interpuso contra el Ejército Nacional de Colombia, el Comando General de las Fuerzas Militares y el Comando del Batallón de Artillería de Defensa Antiaérea No. 2 Nueva Granada.

De manera oficiosa, el Despacho de primera instancia vinculó al Ministerio de Defensa Nacional, a la Dirección de Sanidad del Ejército, la Junta Médica Laboral, el Área Jurídica del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares, al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al Dispensario Gilberto Echeverría Mejía, el Dispensario de Aguachica, el

Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña y la Clínica San Nicolás Ltda. de Barrancabermeja.

Respecto del Ejército Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares y el Comando del Batallón de Artillería de Defensa Antiaérea No. 2 Nueva Granada. se cumple con la legitimación en la causa por pasiva, en tanto que el accionante prestó sus servicios como soldado profesional para ese batallón, del cual fue desvinculado por la orden administrativa que se evalúa. Además, son las dependencias llamadas a cumplir una eventual orden de reincorporación al servicio.

La Junta Médica Laboral, el Área Jurídica del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía también se encuentran legitimados en la causa por pasiva, pues en el presente proceso se discuten los dictámenes médicos en los cuales se fundamentó la desvinculación del servicio, de los cuales, eventualmente procedería la causa de la violación de los derechos fundamentales alegados.

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, también es una autoridad que se encuentra legitimada por pasiva, pues sería la dependencia encargada de brindarle la afiliación y de prestarle los servicios médicos que se reclaman a través de la acción de tutela, para la atención de las patologías y diagnósticos desarrollados durante su vinculación como miembro de la institución.

Respecto del Dispensario Gilberto Echeverría Mejía, el Dispensario de Aguachica, el Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña y la Clínica San Nicolás Ltda de Barrancabermeja la Sala encuentra que no están legitimados en la causa, pues en la acción se juzga el régimen de afiliación del accionante al sistema de salud de la fuerza pública y no las actuaciones o prestaciones específicas de las referidas entidades. En consecuencia, se ordenará su desvinculación.

Inmediatez

Se cumple con el presupuesto de inmediatez, respecto de los dos cuestiones que se analizan en esta tutela, en la medida que: (i) entre la expedición del acto administrativo que dispuso el retiro del servicio activo del accionante, el 2 de abril de 2020, y la fecha en que se interpuso la acción constitucional, el 27 de mayo de 2020, no transcurrieron más de dos

meses, tiempo que se estima razonable para el ejercicio del mecanismo de amparo; y (ii) en lo que respecta a la atención en salud, es posible vislumbrar que la inmediatez se cumple porque actualmente sigue el accionante sin recibir atención en salud por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, pese a existir una orden judicial al respecto proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, razón por la cual es posible predicar prima facie que la afectación al derecho fundamental a la salud del demandante persiste.

Subsidiariedad

En este caso debe evaluarse la subsidiariedad, en forma independiente, frente a i) la determinación de la validez de la orden de desvinculación del accionante y ii) la determinación de la continuidad del servicio de salud.

Cumplimiento de la subsidiariedad respecto del estudio de validez de la orden de desvinculación del accionante

La Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela es un medio de defensa procedente, como medio principal en forma excepcional, cuando se discute el acto de desvinculación de un soldado que ha perdido su capacidad laboral como consecuencia del servicio, en caso que la acción ordinaria no sea idónea o eficaz, ya sea por la condición de vulnerabilidad del accionante o por la naturaleza del debate.

Por ejemplo, en la Sentencia T-286 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la tutela era la acción procedente “por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, al ser personas que tienen alguna discapacidad; ello lleva a concluir que los mecanismos ordinarios no son lo suficientemente eficaces para proveer una protección urgente de sus derechos fundamentales”.

En la Sentencia T 440 de 2017, esta corporación indicó que para este tipo de casos la procedencia de la acción de tutela estaba sometida a un estudio específico sobre el medio de control ordinario, debiendo verificarse más allá de su existencia formal “(i) Los hechos de cada caso, (ii) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela, (iii) el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria, (iv) el agotamiento de la posibilidad de ejercicio

del derecho fundamental durante el trámite, (v) la existencia de medios procesales a través de los cuales, puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales, (vi) las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido, o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (vii) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una particular consideración de su situación”.

De otro lado, en la Sentencia T-068 de 2018 la corporación estableció que la procedencia de la acción de tutela debe evaluarse confrontando la acción ordinaria, incluyendo las medidas cautelares disponibles en la acción contencioso administrativa. Al respecto señaló la Corte que “subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que ofrece la acción constitucional, por un lado, y las medidas cautelares del CPACA, por otro, para la protección invocada en estos eventos”. Concluyó que la acción de tutela es la herramienta idónea y eficaz al presentarse circunstancias, como “(i) haber sufrido una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor como soldado; (ii) presentar dificultad para vincularse al mercado laboral ya que su formación se ha enmarcado en el campo especializado de la vida militar; (iii) carecer de otros ingresos económicos distintos a los percibidos en su oficio en el Ejército para lograr su manutención y la de su núcleo familiar, integrado en la cotidianidad por sujetos de derechos prevalentes -como menores de edad-; (iv) situación que se agrava cuando la disminución física es inferior al 50%, pues imposibilita, en los términos de ley, la titularidad sobre la pensión de invalidez y (v) encontrarse privado del acceso a los servicios médicos requeridos para tratar las dolencias padecidas debido al retiro de la Institución”.

i) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional, a quien por sus especiales circunstancias particulares no le resulta eficaz el medio ordinario de defensa, ya que, a pesar de que no se ordenó la reubicación, perdió el 46.43% de la capacidad laboral, estándar que no le permite acceder a una pensión, pero resulta muy cercano a una pérdida de la capacidad laboral por invalidez y que no ha podido acceder a un empleo formal. Además, su situación personal y familiar, al momento de la desvinculación también lo hacía un sujeto de especial protección constitucional, ya que se trataba de un padre de familia, que tenía a su cargo a dos niñas, de dos meses y dos años, y su esposa trabajaba por días, por lo que el ingreso de aquel era fundamental para sostener el hogar. De la misma manera, la condición como sujeto de especial protección constitucional se maximizó, en el caso concreto, por cuanto la desvinculación se notificó e hizo efectiva en abril de 2020, es decir, durante el

aislamiento preventivo obligatorio ocasionado por la emergencia del Covid 19, ordenado a través del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 y prorrogado por los Decretos 531 del 8 de abril de 2020, 536 del 11 de abril de 2020 y 593 del 24 de abril de 2020. Es decir, la desvinculación se dio en uno de los peores contextos de incertidumbre vividos por la humanidad de manera reciente. En consecuencia, el retiro del servicio implicó una carga desproporcionada para el accionante, pues le impuso buscar empleo en un momento en el que la humanidad no contaba con las circunstancias ordinarias para el relacionamiento social. Especialmente, si se tienen en cuenta sus condiciones personales y familiares.

Finalmente, en esta oportunidad se reitera lo dicho en la Sentencia T-729 de 2016, en la que se indicó que la acción era procedente, toda vez que la vinculación y la reinserción al mercado laboral puede llegar a ser muy difícil para el actor en consideración a su estado de salud y a su experticia en la actividad militar.

ii) El medio de defensa ordinario no le resulta idóneo en atención a las particularidades de la motivación del acto administrativo de desvinculación. Como se refirió anteriormente, una de las principales razones para adoptar la decisión de no reubicación fue la situación psiquiátrica del paciente, no obstante, el diagnóstico fue materialmente inexistente, ya que como se advierte en la valoración de psiquiatría BASAN de fecha 13/09/2018 el accionante no ha tenido tratamiento por psiquiatría, por lo que prima facie no es posible considerar que las conclusiones sobre la depresión gozan de un adecuado sustento técnico derivado del caso concreto. Lo mismo ocurre con las consideraciones sobre el eventual daño antijurídico por auto o heteroagresión, pues es el mismo informe psiquiátrico el que indica que el paciente tiene “pensamiento lógico, coherente, sin ideación delirante, fóbica ni obsesiva, no ideas de auto y heteroagresión”. De modo que en este caso, las decisiones médico laborales se fundamentan en consideraciones generales y no en las condiciones particulares del accionante.

De otro lado, como la desvinculación se fundamentó en el alegado diagnóstico médico laboral, la eficacia de la acción ordinaria y la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, conllevaba la carga de controvertir las conclusiones médicas de los dictámenes, en las etapas iniciales del proceso, es decir, antes del periodo probatorio. Al respecto, el artículo 231 del CPACA refiere que la suspensión provisional “procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda [...]

cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud". En consecuencia, la eficacia de la medida cautelar pasaba por la exigencia de persuadir al juez administrativo de la invalidez de los dictámenes médico laborales, con la sola presentación de la demanda y las pruebas que se pudieran aportar para ese momento procesal y sin llegar a tener en cuenta las que pudieran practicarse en la etapa probatoria posterior, lo que resultaba en una carga procesal desproporcionada para alguien en las circunstancias de vulnerabilidad del accionante.

A pesar de que en esta oportunidad la jurisdicción contencioso administrativa declaró la caducidad respecto de la pretensión de nulidad formulada contra los dictámenes médicos, en este caso ello no tiene incidencia frente a la procedencia de la acción de tutela como medio de defensa principal porque la acción en curso se interpuso antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y cuando aún no había caducado, y, en ese sentido, no se empleó el amparo constitucional como mecanismo para revivir términos vencidos. De la misma manera, es importante tomar en consideración que en esta oportunidad se presentó una remisión tardía del expediente de tutela a esta corporación, como se expondrá más adelante, motivo por el cual esto afectó el estudio de este caso en el momento oportuno. La remisión tardía del expediente no es una razón admisible para que la Corte Constitucional deje de pronunciarse, con fundamento en una declaratoria de caducidad posterior, frente a un asunto que fue propuesto de manera oportuna en sede de tutela, pero que apenas fue conocido por la Corte Constitucional varios años después.

En consecuencia, para este evento la acción de tutela resulta procedente para evaluar la eficacia de la orden de desvinculación, en lo relativo a la negativa de reubicación laboral, por no resultar idónea ni eficaz la acción ordinaria al efecto.

Cumplimiento de la subsidiariedad respecto la determinación de la continuidad del servicio de salud

De otro lado, y en consonancia con el precedente establecido en la Sentencia T-319 de 2021, la acción de tutela es procedente de manera definitiva para evaluar la protección del derecho fundamental a la salud del actor. Ello porque el accionante pretende obtener la continuidad en la afiliación en salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares,

independientemente de su vinculación o no al servicio.

A pesar de que, en abstracto, el accionante podría reclamar la nulidad del acto por no prever la continuidad del servicio de salud, se advierte que el precitado medio de control judicial no resultaría idóneo ni eficaz para abordar la dimensión constitucional de este asunto, comoquiera que el derecho al diagnóstico y a la prestación oportuna del derecho a la salud requiere una decisión judicial inmediata, que no se encuentre sometida a las formalidades de un proceso ordinario. Además, por cuanto el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho suele centrarse en el reconocimiento de la adecuación legal de los actos administrativos y, en este caso, la continuidad de la prestación del servicio de salud se deriva del reconocimiento de una dimensión que trasciende la regulación legal del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, el cual no prevé expresamente la continuidad en la afiliación o en la prestación de servicios para las personas que fueron desvinculadas de la institución. En consecuencia, el mecanismo ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo también carece de idoneidad y eficacia para juzgar si el accionante tiene derecho a la continuidad de la prestación del servicio de salud respecto de las patologías surgidas como consecuencia del servicio.

34. Conclusiones sobre el estudio de procedencia: De acuerdo con lo anterior, la acción de tutela es procedente, en tanto se advierte que se cumplen los requisitos de legitimación en la causa (por activa y por pasiva), inmediatez, y subsidiariedad.

Problemas jurídicos

35. Conforme al escrito de tutela, las contestaciones de las entidades requeridas y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala considera que los problemas jurídicos que se deben resolver en el presente asunto son los siguientes:

I. I) ¿El Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso administrativo de Santiago, al disponer su retiro definitivo de la institución militar por presentar una pérdida de la capacidad laboral del 46.43%, como consecuencia de una lesión y de unas patologías adquiridas durante su vinculación como Soldado Profesional, y al no ordenar su reubicación laboral?

II. II) ¿El Ejército Nacional, por conducto de su Dirección de Sanidad, violó el derecho a la salud del actor, al terminar su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares e impedir así la continuidad en la prestación de los servicios médicos requeridos para el tratamiento de las patologías causadas por el servicio y que originaron su retiro de la institución?

36. Para resolverlos la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre el alcance de la estabilidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública por pérdida de capacidad laboral provocada durante el servicio; (ii) expondrá el alcance del principio de continuidad en la prestación de servicios médicos de miembros de la Fuerza Pública desvinculados del servicio, siempre y cuando las patologías se hayan originado durante la vinculación o con ocasión de actividades militares; (iii) abordará unas consideraciones sobre el enfoque social de la discapacidad y sobre el control constitucional del lenguaje en estos casos y, por último, (iv) resolverá el caso concreto.

Estabilidad laboral de miembros de la Fuerza Pública con pérdida de capacidad laboral provocada durante el servicio. Reiteración de jurisprudencia

37. Las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional. La Constitución Política de Colombia previó como obligación del Estado amparar a todas las personas, teniendo en consideración sus condiciones físicas, mentales o económicas, para garantizar el respeto al derecho a la igualdad (artículo 13). De ahí que pueda entenderse que la Carta ha conferido una protección especial a toda aquella persona que se encuentre en una situación de discapacidad, bien sea física, sensorial o psicológica, y que la ponga en una circunstancia de debilidad manifiesta. En este mismo sentido, los artículos 53 y 54 de la Constitución consagran el principio de la estabilidad laboral y la obligación de proveer formación profesional y técnica, tanto por parte del Estado como de los empleadores, a quienes lo requieran.

38. La Ley 361 de 1997 dirigida a crear mecanismos para lograr una integración social de las personas que se encuentran en una situación de discapacidad, estableció que estas medidas fueran aplicables a diferentes ámbitos de la vida cotidiana, tales como el educativo, el laboral, el de las comunicaciones, el del transporte, etc.

39. En los artículos 2, 4 y 26 de la referida ley se dispone (i) la obligación que tiene el Estado

de hacer lo posible por evitar la presencia de cualquier manifestación de discriminación dentro del ordenamiento jurídico; (ii) da la orden a las entidades estatales de aplicar los recursos que sean necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad; y (iii) establece que dicha condición no puede significar un obstáculo para que las personas puedan vincularse laboralmente, “a menos que se demuestre que efectivamente el ejercicio del cargo en cuestión es realmente incompatible con las circunstancias de salud en las que se halle”. En definitiva, en dicha ley se evidencia una clara intención de que se garantice a las personas en situación de discapacidad la posibilidad de desarrollar su vida con normalidad, sin que su condición implique un motivo de rechazo, exclusión o discriminación.

40. Dicha protección también ha sido reconocida por tratados internacionales. Por ejemplo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 762 de 2002, el Convenio No. 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado por la Ley 82 de 1988. En los referidos instrumentos internacionales se prevé la obligación de facilitar a las personas en condición de discapacidad, la integración social y el acceso a puestos de trabajo. Tales disposiciones, deben ser interpretadas en armonía con el artículo 47 de la Constitución Política, el cual establece que el Estado debe crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y con el artículo 54, que señala que es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, garantizando a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

41. Esta es una protección que se extiende a los miembros de la Fuerza Pública, que comporta para el Estado el deber de potenciar otras habilidades de los soldados que resulten afectados con ocasión del servicio, de conformidad con el modelo social de la discapacidad.

42. Régimen legal de las Fuerzas Militares y derecho a la permanencia o reubicación de los militares que ven disminuida su capacidad laboral. La Constitución Política estableció un régimen especial prestacional, disciplinario y de carrera para las Fuerzas Militares en su artículo 217. Dicho régimen está desarrollado por las leyes 923 de 2004 y 1792 de 2016 y

por los decretos 094 de 1989, 1796 y 1790 de 2000, 4433 de 2004 y 1070 de 2015. En estas disposiciones se ha fijado el régimen de acceso, permanencia y retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

43. Los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 del 2000 regulan el régimen de retiro de los soldados, de la siguiente manera:

“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.

b. Retiro absoluto

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. Ahora bien, el referido numeral 2 del literal a) del artículo 8º y el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000 fueron declarados exequibles de manera condicionada en la Sentencia C-063 de 2018. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que dichas normas eran exequibles en el entendido de que “el retiro por disminución de la capacidad psicofísica de los soldados profesionales del Ejército Nacional sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras”.

45. En dicho fallo se señaló que la norma no puede considerar “a los soldados como personas que deben ser retiradas cuando se disminuye su capacidad psicofísica” pues ello conllevaría que la norma “se funda en un modelo de marginación de la discapacidad, [lo] que contribuye a perpetuar las barreras sociales de discriminación, y que tanto los mandatos nacionales como los internacionales pretenden derrumbar” [...] [y] que los despidos discriminatorios estén avalados y sea el mismo Estado quien perpetúe estereotipos y contribuya al rechazo y exclusión de una población que, en términos constitucionales, es sujeto de especial protección” [...] Por ello es imprescindible que la autoridad técnica especializada (Junta Médica Militar) que realice una valoración médica e integral al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad psicofísica, revise a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de que dicha persona sea reubicada en labores acorde a sus capacidades. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para que esa persona desarrolle alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución, podrá ser retirada del Ejército Nacional”.

46. De lo anterior se deriva que la orden de no reubicación tiene unas cargas especiales de motivación, exigiéndose que se base en criterios técnicos, objetivos y especializados que sustenten la imposibilidad de aquella medida, pues en caso contrario, la decisión se

entenderá discriminatoria y directamente contraria a la Constitución.

47. Así mismo, es preciso destacar que en amplia y pacífica jurisprudencia la Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de miembros de las Fuerzas Militares, para los casos en que han sido retirados del servicio activo como consecuencia de la pérdida en su capacidad laboral, y por haber sido calificados como “no aptos” para ejecutar actividades militares. De no concederse el amparo en estos casos, se estaría desconociendo la obligación del Estado de proteger a personas en condición de discapacidad. Por ello, en estos eventos la Corte se ha inclinado por ordenar la reincorporación y reubicación de los militares en actividades que puedan ser desarrolladas de acuerdo con sus destrezas y formación académica, y a reconocer la atención médica necesaria. En relación con la posibilidad de reincorporar al militar al servicio, también se ha aclarado que ello no tiene que darse necesariamente en el mismo cargo en que venía desempeñándose aquel.

48. Adicionalmente, esta Corte ha afirmado que el retiro de un militar solo será procedente cuando la Junta Médico Laboral, o en su defecto el Tribunal Médico Laboral, “concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad” dentro de las Fuerzas Militares, pues en ese caso lo constitucionalmente admisible sería atribuirle al militar una pérdida de su capacidad igual o superior al 50%, para así poder reconocerle una pensión de invalidez. Contrario sensu, de tener una calificación menor al 50%, la medida a tomar no puede ser, en principio, el retiro.

49. En consonancia con las sentencias T-928 de 2014, T-487 de 2016, T-286 de 2019 y T-189 de 2023 de la Corte Constitucional se procede a hacer una síntesis de las reglas jurisprudenciales aplicables a casos similares al estudiado en esta providencia:

El derecho a la reubicación laboral implica: (i) desempeñar trabajos y funciones acordes con las condiciones de salud del interesado, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaban antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda plantear las soluciones que estime convenientes.

Las Fuerzas Militares deben procurar la recuperación de la salud del soldado, cuando es posible, evaluar la posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una pérdida de la capacidad laboral, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función.

Es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares señale que se requiere la capacidad laboral suficiente por parte de un soldado profesional para el adecuado cumplimiento de la misión constitucional que a ellos se les encomienda, pero, de esto no se sigue que los soldados profesionales puedan ser retirados de las Fuerzas Militares cuando adquieren una pérdida de la capacidad laboral, pues ello supondría un incumplimiento del deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad.

El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para la actividad militar, implica que no pueda seguir desempeñándose en esa labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.

* Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de las condiciones de salud, se requiere validar las habilidades, las destrezas y las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.

Los derechos a la igualdad y al trabajo son vulnerados cuando se retira del servicio a un soldado profesional como consecuencia de la pérdida de su capacidad laboral y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de algún modo en la institución.

La continuidad en la prestación de servicios médicos de miembros de la Fuerza Pública desvinculados del servicio. Reiteración de jurisprudencia

50. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”.

51. En la misma línea, el artículo 49 superior señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. //

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)."

52. El legislador estableció que, con fundamento en los artículos 216 y 217 de la Constitución Política, el Sistema de Seguridad Social de la Fuerza Pública sería un régimen especial dadas las especiales características de sus miembros, y en este sentido, expidió la Ley 352 de 1997, la cual estableció los principios y los lineamientos que orientan la prestación de los servicios de salud de los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales. Este sistema fue posteriormente reestructurado por el Decreto 1795 de 2000. El aludido régimen se encuentra compuesto por el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (SSFM) y por el Subsistema de Salud de la Policía Nacional (SSPN), administrados por la Dirección de Sanidad de cada institución.

53. El artículo 5º del Decreto 1795 de 2000 señala que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tiene por objeto "prestar el Servicio de Sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios (...)" (énfasis añadidos).

54. El artículo 6º de dicha normativa establece que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se rige por los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad, autonomía, descentralización, desconcentración, integración funcional, independencia de recursos, atención equitativa y preferencial, racionalidad y unidad.

55. En lo que se refiere a la población beneficiada por este régimen, la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000 señalan que está integrada por las siguientes personas:

Los afiliados sometidos al régimen de cotización, esto es: (a) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo o que gocen de asignación de retiro o pensión, (b) los soldados voluntarios, (c) 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; y (d) los beneficiarios de una pensión por muerte o de asignación de retiro, según sea el caso, del personal previamente señalado.

-Los afiliados no sometidos al régimen de cotización del cual hacen parte: (a) 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; y (b) las personas que actualmente presten el servicio militar obligatorio.

Los beneficiarios del primer grupo de afiliados señalados en el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000.

56. Entre el grupo de afiliados al Sistema de Salud de la Fuerza Pública se encuentran comprendidos como miembros activos de esta, los soldados profesionales cuyo régimen de carrera se encuentra regulado en el Decreto 1793 de 2000. Así mismo, el Decreto 1795 de 2000 señala que: “Todos los afiliados y beneficiarios al SSMP, tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad en los términos y condiciones que establezca el CSSMP. Además, cubrirá la atención integral para los afiliados y beneficiarios del SSMP en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. (...)”.

57. Por su parte los artículos 29, 30, 31 y 32 del Decreto 1795 de 2000 señalan que el Sistema de Salud Especial de los militares y policías presta servicios de salud operacional, salud ocupacional, medicina laboral y atención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales.

59. El artículo 14 del Decreto 1796 de 2000 dispone que son organismos médico laborales la Junta Médico Laboral Militar o de Policía y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar o de Policía.

60. Dentro de las funciones de la Junta Médico-Laboral se encuentran, entre otras las siguientes: valorar las secuelas de lesiones o afecciones, clasificar el tipo de incapacidad, determinar la disminución de la capacidad laboral para el servicio y clasificar la enfermedad en profesional o común.

61. La Junta, que está integrada por tres (3) médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional, se reunirá en aquellos casos en que, al practicar un examen de capacidad psicofísica, se evidencien lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral del personal. Asimismo, se reunirá cuando exista un informe de lesiones, se presente una incapacidad igual o superior a tres meses continuos o discontinuos en un año, o se presenten patologías que así lo ameriten y, finalmente, por solicitud del interesado.

62. Por su parte, el Tribunal Médico Laboral de revisión tiene a su cargo el conocimiento en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico Laborales y actuará en única instancia para la revisión de la pensión por solicitud del pensionado. Este Tribunal está conformado por los directores de Sanidad del Ejército, de la Fuerza Aérea, de la Armada Nacional y de la Policía Nacional, si fueren médicos, y por el médico del Estado Mayor Conjunto, para un total de 5 miembros con voto; además, hay un asesor jurídico del Ministerio de Defensa que participa con voz pero sin voto.

63. La Corte Constitucional ha señalado que si bien del contenido de las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se entiende que las personas desvinculadas del servicio y que no pueden acceder a la pensión de invalidez, no tienen derecho a recibir atención médica, lo cierto es que la Dirección de Sanidad debe continuar la prestación del servicio a las personas que, a pesar de no tener un vínculo jurídico formal con la institución, sufrieron un menoscabo en su integridad física o mental durante o con ocasión de la prestación del servicio.

64. La Sentencia T-910 de 2011 señaló que esta excepción a la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto 1795 de 2000 se fundamenta en que el Estado, por conducto de sus Fuerzas Militares y Policiales, tiene la obligación de velar por la salud e integridad personal de quienes hicieron parte de esas fuerzas en desarrollo de los principios de dignidad humana y de solidaridad imperantes en un Estado Social y Democrático de Derecho. En concreto, se estableció en dicha providencia que esta obligación parte de la naturaleza de los servicios prestados por los militares y policías, que implica la asunción de varios riesgos, como la muerte o la invalidez parcial o total, lo que exige que exista un respaldo institucional para afrontar las consecuencias de su concreción.

65. Ahora bien, la Corte Constitucional precisó en la Sentencia T-507 de 2015 que dicha

obligación se origina en los principios de solidaridad y equidad consagrados en el artículo 6º del Decreto 1795 de 2000, los cuales implican que, ante ciertas circunstancias, se prolongue la obligación de prestar el servicio de salud a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía con posterioridad a su desvinculación.

66. En distintas ocasiones esta corporación ha protegido por vía de tutela el derecho a la salud de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía que sufren una lesión o enfermedad producida con ocasión de la prestación del servicio cuando, como consecuencia de su desvinculación, se suspende la prestación del servicio de salud a cargo de dicha institución.

67. Por ejemplo, en la Sentencia T-601 de 2005, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, estudió la tutela presentada por un infante de marina contra el Hospital Naval de Cartagena de la Armada Nacional. La Corte concluyó que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen la obligación de continuar prestando servicios médicos al personal retirado siempre que se acredite que: (i) la enfermedad o la lesión que estos presentan tenga su origen en el servicio y (ii) el tratamiento dado con anterioridad a la desvinculación no haya sido suficiente para lograr la recuperación del paciente, sino para controlar temporalmente la afección. La Sala determinó que era deber de la Armada Nacional brindar la atención médica al actor, debido a que se había demostrado que la patología que padecía inició cuando prestaba el servicio a esa institución, por lo que la suspensión del servicio médico vulneraba sus derechos a la salud y a la vida digna.

68. Las reglas antes descritas han sido reiteradas por la Corte Constitucional en las sentencias T-654 de 2006, T-854 de 2008, T-516 de 2009, T-862 de 2010, y T-157 de 2012 en las que ha concedido el amparo del derecho fundamental a la salud de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía desvinculados del servicio y a quienes se había suspendido la atención médica como consecuencia de esa desvinculación. En aquellas ocasiones la Corte estableció que: (i) las lesiones ocurrieron durante el servicio y (ii) el tratamiento ofrecido no había sido suficiente para lograr su recuperación. En consecuencia, se ordenó a la Dirección de Sanidad correspondiente garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud.

69. En la Sentencia T-258 de 2019 la Sala Quinta de Revisión reiteró lo expuesto en la Sentencia T-516 de 2009 y señaló algunos supuestos fácticos en los que se configura el

deber de brindar atención en salud a miembros del Ejército Nacional con posterioridad a su desvinculación de la institución. Al respecto estableció:

a. (a) Cuando la persona adquirió una enfermedad antes de incorporarse a las Fuerzas Militares y la misma no haya sido detectada en los exámenes psicofísicos de ingreso, debiendo hacerlo, y se haya agravado como consecuencia del servicio militar. En este caso, la Dirección de Sanidad correspondiente deberá continuar brindando atención médica integral.

* Cuando la enfermedad es producida durante la prestación del servicio, el servicio de salud deberá seguir a cargo de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en los casos en que la enfermedad es producto directo del servicio, se generó en razón o con ocasión de este, o es la causa directa de la desincorporación de las Fuerzas Militares o de Policía.

* Cuando la enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida (...).

70. En este sentido, la aplicación de las normas del Decreto 1795 de 2000 no es absoluta, pues el sistema de seguridad social de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional tiene la obligación de continuar la prestación de “los servicios de salud cuando la persona deja de estar en servicio activo y no goza de asignación de retiro ni de pensión hasta cuando sea necesario”.

71. En la Sentencia T-287 de 2019, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional indicó que: “una vez el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional constate que hubo una afectación del derecho a la salud de sus miembros, con ocasión del servicio prestado tiene el deber de brindar la atención a la salud del servidor cuando así lo requiera, debido a que las enfermedades progresan, la salud se deteriora y la obligación de brindar atención médica persiste, incluso cuando se efectuó el retiro de la institución de quien se vio afectado por causa del servicio”.

72. Así las cosas, el Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto en el régimen general como en los especiales, está basado en el principio de continuidad, razón por la cual corresponde a

la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, prestar el servicio de salud de manera oportuna a sus afiliados y/o beneficiarios, aun cuando la relación laboral haya culminado, si el militar retirado se enfermó o se lesionó durante su vínculo con la institución castrense y esta situación originó su retiro.

Enfoque social de la discapacidad y control constitucional del lenguaje

73. A partir de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 1346 de 2009, y de la promulgación de las leyes 1618 de 2013 y 1996 de 2019, así como de los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, se ha modificado el enfoque en el que debe ser comprendida la discapacidad, en el sentido de que “el modelo social de la discapacidad se sustenta, principalmente, en los siguientes ejes: (i) la dignidad humana, (ii) la autonomía e independencia individual, (iii) libertad de tomar las propias decisiones, (iv) la no discriminación, (v) la participación plena y efectiva en la sociedad, (v) la accesibilidad y (vi) la igualdad de oportunidades”. Como parte de este modelo, se busca eliminar las barreras a las que puedan enfrentarse las personas en situación de discapacidad, superando la concepción según la cual se trataría de una enfermedad que requiere ser superada a toda costa.

74. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-729 de 2016 se indica que: “La declaración explícita acerca del contexto adverso que enfrentan las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta implica trasladar la carga del sujeto afectado a la sociedad, al Estado o al empleador y, por consiguiente, aceptar que la rehabilitación sólo es posible si estos estamentos se adecúan al sujeto y no en sentido contrario. Pese a lo expuesto, no se puede desconocer que el éxito del plan de vida de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta -en virtud de sus condiciones de salud- también depende del sujeto afectado, pero para lograr este objetivo se requiere de un esfuerzo importante de su entorno que otorgue herramientas adecuadas para facilitar su rehabilitación social”.

75. Parte del enfoque social de la discapacidad, también entraña un control constitucional del lenguaje, por el que se supriman términos que impliquen un carácter peyorativo. Por tal razón, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado del control constitucional del lenguaje, con el fin de superar parámetros excluyentes y discriminadores. En este contexto, se ha concluido que el lenguaje no es neutro y que, por el contrario, tiene un poder

instrumental y simbólico importante. En particular, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de expresiones como “inválida”, “inválido”, “invalidez” cuando su función no es agraviar o restar dignidad a las personas, sino que hacen parte de un sistema jurídico en el que cumplen una función referencial, orientada a delimitar el universo de individuos de los que se predicen los efectos jurídicos allí establecidos. Es decir, no caracterizan o describen a un grupo social, sino que acotan el objeto de una cierta prescripción legal. En cambio, ha declarado inexequibles expresiones como “los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales”, “y minusvalía”, “minusvalía” “y minusválías”, “los discapacitados”, “personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas”, “personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales”, “personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas o mentales”, “personas con limitaciones”, “personas discapacitadas”, “limitado auditivo”, “limitados auditivos”, “personas con limitación”, “personas con limitaciones”, “persona con limitación”, “población con limitación” o “personas limitadas físicamente”, “población limitada”, “limitación”, “limitaciones”, “disminución padecida”, “limitados”, “limitada”, “población minusválida”, “minusválidos”, “discapacitado” y “discapacitados” cuando “ubican su situación como un defecto personal, que además los convierte en seres con capacidades restringidas que tienen un menor valor. Esta carga propia de las palabras citadas hace que los procesos de dignificación, integración e igualdad sean más complejos”.

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

76. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, la Sala estudiará los problemas jurídicos atrás referidos y procederá a adoptar la solución del caso.

Primer problema jurídico: desvinculación del actor del Ejército Nacional

77. La Sala amparará los derechos fundamentales de Santiago al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso administrativo, los cuales fueron vulnerados por el Ejército Nacional con ocasión de la expedición de la orden administrativa de personal No. 1353 del 2 de abril de 2020, mediante la cual se dispuso su desvinculación de la institución castrense por presentar una pérdida de la capacidad laboral. Lo anterior, por cuanto esta Sala observa que la decisión del Ejército Nacional no tuvo en cuenta que, tal situación se presentó como consecuencia de una

lesión sufrida en el marco de una actividad militar, y por ello, emergía un deber de protección en cabeza del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el empleo del demandante y por cuanto la orden de no reubicación careció de una motivación objetiva, técnica y suficiente.

78. El retiro del accionante de las Fuerzas Militares se dio como consecuencia de un concepto emitido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que resolvió las reclamaciones formuladas por Santiago contra la decisión de la Junta Médico Laboral. En su decisión, el Tribunal calificó la pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 46,43% y se fundamentó en dos tipos de causas, las concernientes a su pérdida de capacidad laboral física y a su pérdida de capacidad laboral psiquiátrica para la prestación del servicio.

79. Respecto de la pérdida de capacidad física indicó que no era procedente la reubicación, pues el accionante “no ha podido laborar de manera adecuada en la Institución luego del accidente y post operatorio, lo cual riñe con la naturaleza y razón de ser para lo cual fue incorporado. En consecuencia, este Organismo Médico considera que el calificado no puede ser reubicado en ningún tipo de labor administrativa, toda vez que la sintomatología que presenta según lo relatado por el paciente el día de la valoración como no poder estar de pie, no poder estar sentado por más de 30 minutos, imposibilidad para realizar actividades físicas y/o de alto impacto, aunado a lo señalado por el especialista en salud ocupaciones en la valoración de fecha 27/05/2019 para su Junta médica donde debe evitar levantar cargas superiores a 10 kg, evitar deportes de alto impacto (trote - abdominales), evitar bipedestación y sedestación prolongada, mayor a 30 minutos, control de su peso higiene postural y de columna, lo cual es corroborado de acuerdo a la valoración por esta Instancia esto le impide realizar cualquier actividad administrativa, de gestión, docencia u operacional dentro de la fuerza”.

80. Al respecto, la Sala estima que la Junta Médico Laboral como el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía confundió la aptitud para el desempeño de las actividades militares con la capacidad para desarrollar cualquier clase de actividades al interior de las Fuerzas Militares, asumiendo de esta forma que la pérdida de la capacidad laboral de una persona lo imposibilita para desempeñar cualquier actividad en esa institución. Además, dicha conclusión contradice el hecho de que el accionante desempeñó labores de tipo administrativo para lo cual se encuentra formado, como auxiliar en manejo de archivos, y

que estas labores se prestaron incluso después de que aquel sufrió la lesión de la columna, en el año 2017. Es claro que una pérdida de la capacidad laboral puede suponer una dificultad para la realización de determinadas tareas, pero no necesariamente imposibilita para ejercer otras, como aquellas de tipo administrativo, de instrucción o de docencia. Adicionalmente, si fuese cierto que el accionante tuviera una pérdida de la capacidad laboral que le impidiera desarrollar todo tipo de actividad, lo lógico hubiese sido que su calificación le hubiera acreditado la invalidez. Así mismo, la situación del accionante, para nada conlleva que el Ejército no esté en condiciones de capacitarlo para la realización de labores que sean compatibles con sus circunstancias. Al respecto, no puede perderse de vista que el modelo social de la discapacidad comporta que las autoridades estatales tienen el deber de favorecer la superación de las barreras que dificulten la integración de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, motivo por el cual, el Ejército también tiene la obligación de favorecer la reubicación.

81. Respecto de la valoración de las patologías psiquiátricas del accionante la Sala estima que no es posible darle credibilidad al dictamen, pues el informe de psiquiatría BASAN de fecha 13/09/2018 en el que se fundamentó la valoración de la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral, indica que el accionante “no ha tenido tratamiento por psiquiatría”. En primer lugar, la falta de tratamiento deriva en que la Sala no pueda establecer la certeza del diagnóstico, pues, sin el tratamiento respectivo, no se tiene conocimiento sobre la objetividad de las razones médicas para determinar que es improcedente la reubicación del accionante. Así mismo, la falta de tratamiento conlleva que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policiales no intentó la recuperación de su salud, por lo que no se puede saber si su patología efectivamente impide, prestar algún servicio al interior de la institución.

82. Es imperativo tener en cuenta que cuando el Ejército se abstiene de disponer la reubicación, tiene la carga de evidenciar la objetividad del diagnóstico, lo que no ocurrió en esta oportunidad. En efecto, dicha carga resultaba especialmente calificada, pues estaba acreditado que el accionante había prestado labores administrativas desde que ocurrió el accidente, en el año 2017.

83. Así mismo, al revisar las conclusiones del Tribunal Médico se encuentra que estas parecen fundamentarse en consideraciones generales y no en la consideración específica para el caso del accionante. En primer lugar, las conclusiones de una eventual hetero y auto

agresión no se fundamentan en la historia clínica, pues, por el contrario, en el informe BASAN de fecha 13/09/2018 se consigna que el accionante “no tiene ideas de auto y heteroagresión”; además indica como pronóstico que el “paciente es actualmente asintomático de patologías psiquiátricas”. Si bien es cierto que dicho concepto aduce que el paciente “refiere ánimo triste, ideas de minusvalía, desesperanza por su enfermedad de base, irritabilidad”, también lo es que refiere al accionante como un “paciente colaborador [...] Pensamiento lógico, coherente, sin ideación delirante, fóbica ni obsesiva, no ideas de auto y heteroagresión, juicio y raciocinio conservado, memoria conservada [...] diagnóstico: otros episodios depresivos. Pronóstico: paciente actualmente asintomático”. Es decir, la falta de tratamiento, sumada a lo consignado en dicho informe, no permite generar certeza sobre si las consecuencias del diagnóstico psiquiátrico se fundamentan en un verdadero cuadro de depresión que reste capacidad laboral de manera real y en una dimensión relevante, o en la tristeza natural que resulta de perder parte de la funcionalidad corporal. Como la carga de la objetividad y de la tecnicidad en el diagnóstico recaía en el Ejército Nacional, esta duda debe resolverse a favor del accionante.

84. En consecuencia, como el dictamen del Tribunal Médico carece de una motivación técnica y objetiva suficiente, la decisión administrativa de no ordenar el reintegro desconoció materialmente el condicionamiento efectuado al numeral 2º del literal a) del artículo 8º y al artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000 por la Sentencia C-063 de 2018, y el deber de protección constitucional a los soldados profesionales que han sufrido disminución en su capacidad laboral, por cuenta de las actividades propias del servicio militar.

85. Por lo anterior, el accionante tiene derecho a que se deje sin efectos la orden administrativa de personal Núm. 1353 del 02 de abril de 2020 y se le reincorpore a una función que pueda desempeñar. Así mismo, tiene derecho a que no vuelva a ser desvinculado, a menos de que se efectúe una correcta valoración médica en la que se evidencie que el accionante no puede prestar ninguna función en la institución castrense por su condición de salud; y a que se efectúe una valoración psiquiátrica adecuada, precedida de un tratamiento que busque su rehabilitación. Así mismo, el accionante tiene derecho a que se le valore completa e integralmente con el fin de determinar las labores que podría ejercer conforme a su estado de salud y sus capacidades laborales. E, inclusive, a que se le capacite para la prestación de nuevas labores al interior de la institución.

86. Finalmente, la Corte Constitucional no accederá a las pretensiones económicas derivadas del reintegro, pues estas deben ventilarse en el proceso ordinario que se adelanta por parte del accionante ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Segundo problema jurídico: continuidad en la prestación del servicio de salud a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

87. La Sala reitera que, tal como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, las Fuerzas Militares tienen la obligación de garantizar la continuidad del servicio médico a la persona que ha sido desvinculada de la institución, siempre que: (i) la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio y (ii) el tratamiento dado por la institución no haya garantizado su recuperación.

88. En el caso sub examine se tiene que el accionante estuvo vinculado al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional entre 2014 y 2020. Que, en vigencia de esta relación laboral, el 27 de noviembre de 2016, sufrió un accidente al caer desde un helicóptero, lo cual le acarreó una lesión en la columna vertebral que requirió atención quirúrgica y le ha generado secuelas de salud.

89. Con posterioridad fue valorado por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, las cuales concluyeron que presentaba una incapacidad parcial permanente y una pérdida de capacidad laboral del 46,43%, resultando que la discopatía lumbar y la hipoacusia neurosensorial en ambos oídos que padece el accionante son de origen profesional. Así mismo, se dispuso su no reubicación laboral y finalmente fue desvinculado por la orden administrativa Núm. 1353 del 2 de abril de 2020, notificada el 27 de abril siguiente.

90. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que la no garantía de la continuidad en la prestación de servicios médicos de los soldados y policías que fueron desvinculados del servicio por presentar una disminución de la capacidad laboral psicofísica producto de lesiones sufridas en actos del servicio comporta una vulneración de sus derechos a la salud y al debido proceso y, en consecuencia, ha dispuesto que la Fuerza Pública responsable de la violación de estas garantías constitucionales debe asegurar el acceso de estos a las prestaciones sanitarias a cargo del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policiales.

91. En conclusión, el Ejército Nacional vulneró el derecho a la salud del demandante porque no le garantizó la continuidad en la prestación de servicios médicos a cargo del sistema de salud militar, pese a conocer que tenía la obligación constitucional de hacerlo, dado que fue retirado del servicio con ocasión de una disminución de la capacidad laboral psicofísica derivada de actos del servicio y no hay prueba de su restablecimiento al momento de su desvinculación.

92. Como remedio ante esta vulneración, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional dispondrá que el Ejército Nacional, por conducto de su Dirección de Sanidad, garantice la continuidad en los servicios médicos requeridos por el accionante, derivados de las patologías que fueron calificadas como provenientes del servicio. Esta orden se conservará hasta que no se logre la rehabilitación del accionante y en forma independiente a que el accionante se retire o sea retirado posteriormente del servicio.

Control constitucional del lenguaje

93. En esta oportunidad, a lo largo del expediente administrativo y en los dictámenes médicos se utilizaron expresiones como “disminución de la capacidad psicofísica”, “disminución de la capacidad física”, “mentalmente sano”, entre otras similares. A pesar de que estas expresiones pueden corresponder a las contenidas en los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 del 2000, en todo caso, la Sala considera que en la práctica administrativa debería preferirse el uso de un lenguaje que esté en concordancia con el enfoque social de la discapacidad, tales como “pérdida” o “disminución de la capacidad laboral”, ya que expresiones como “limitación o disminución física sensorial o psicológica” llevan inmersa la dualidad entre un ser humano completo versus una persona incompleta. En razón de lo anterior, la Sala exhorta a las autoridades militares para que cambien sus prácticas administrativas por otras que respondan mejor a los postulados de la dignidad humana.

Asuntos complementarios

94. Remisión tardía del expediente. Tal y como puede verificarse en el expediente, las sentencias de tutela del asunto de la referencia fueron proferidas el 5 de junio de 2020, por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá y el 11 de agosto de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; no obstante, la radicación en secretaría de la Corte Constitucional solo ocurrió hasta el 22 de enero de 2024. Por ende,

hubo una presunta remisión tardía del expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. En razón de lo anterior, la Sala estima necesario compulsar copias a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para que investigue el asunto.

Órdenes

95. Se revocará la decisión del juez de segunda instancia y, en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia, en la que se ampararon los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso administrativo de Santiago.

96. En consecuencia, se dejará sin efectos la orden administrativa de personal OAP No. 1353, del 2 de abril de 2020, notificada el 27 de abril siguiente, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio activo del soldado profesional Santiago como consecuencia de una “disminución de la capacidad psicofísica”; se ordenará al Ejército Nacional de Colombia reintegrar al servicio activo a Santiago. Esta reincorporación conllevará una valoración médica completa e integral de las habilidades y competencias del accionante, con el fin de determinar las labores que podrá ejercer conforme a su estado de salud y capacidades laborales o, en caso de ser necesario, capacitarlo para que pueda ejercer una nueva función.

97. Por otro lado, se confirmará el amparo otorgado al derecho a la salud del demandante y, en consecuencia, se ordenará al Ejército Nacional de Colombia que establezca el estado actual de la lesión y de las patologías que motivaron el retiro del servicio activo y los tratamientos médicos que se requieren para lograr la rehabilitación del paciente, y que se garantice la continuidad en los servicios médicos requeridos por el accionante, derivados de las patologías que fueron calificadas como provenientes del servicio. Esta orden se aplicará en forma independiente a que el accionante se retire o sea retirado posteriormente del servicio.

98. Finalmente se ordenará compulsar copias a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que investigue la remisión tardía del expediente de la referencia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión 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 el 11 de agosto de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, CONFIRMAR la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá el 5 de junio de 2020, mediante la cual se ampararon los derechos al mínimo vital, al trabajo, a la igualdad y a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada de Santiago.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS la orden administrativa de personal OAP No. 1353, del 2 de abril de 2020, notificad