

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Procedencia excepcional

Considera la Sala que el control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo mediante el cual se dictaminó la pérdida de capacidad laboral, la incapacidad para actividad militar y la no reubicación no resulta idóneo para resolver el asunto planteado, a partir de las características del caso y las circunstancias en las que se encuentra en razón de su condición médica derivada del trastorno depresivo recurrente y el VIH que padece.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Contenido y alcance

Conforme la jurisprudencia constitucional se ha entendido la estabilidad laboral reforzada como:“(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Protección especial

En el ámbito laboral al empleador no le es permitido terminar la relación laboral por causa de dicha patología, pues ello constituye un acto discriminatorio y violatorio del principio de

igualdad. Si ello acontece, el juez constitucional debe adoptar medidas de protección. En sentido contrario, se han desestimado las mismas cuando la decisión del empleador no se relaciona con la presencia del VIH en el trabajador.

REGIMEN DE RETIRO DE MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA-Marco normativo

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EN LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL-Organismos y autoridades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LA POLICIA NACIONAL POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA-Interpretación constitucional de la causal de acuerdo con la sentencia C-381/05

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LOS DICTAMENES DE PERDIDA DE CAPACIDAD PSICOFISICA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS-Reiteración de jurisprudencia

DEBIDO PROCESO EN LA EXPEDICION DE LOS DICTAMENES DE PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Beneficiarios

Los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son: el personal activo, el retirado con asignación de retiro o pensión, los afiliados en calidad de beneficiarios, y, excepcionalmente, las personas que pese a haber sido desvinculadas de la institución, sufrieron una afectación en la salud y necesitan continuar con la atención médica.

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

DEBIDO PROCESO EN LA EXPEDICION DEL DICTAMEN DE PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Vulneración por cuanto no se analizaron posibles secuelas de la enfermedad VIH/SIDA que padece el accionante

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA RETIRADOS DEL SERVICIO-Orden a la Policía convocar Junta Médico Laboral para evaluar de manera integral la capacidad psicofísica del accionante y definir la situación laboral

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA RETIRADOS DEL SERVICIO-Obligación de prestar asistencia médica a sus miembros retirados, dentro del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud

Referencia: Expediente T-7066517

Accionante: SFBR

Accionado: Policía Nacional

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre dos mil veinte (2020)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en el trámite de la solicitud de amparo de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración previa

En el presente asunto, como medida de protección a la intimidad del actor, se dispondrá la supresión de los datos que permitan la identificación de este. Se precisa que en esta providencia se hará referencia al nombre del peticionario mediante las siglas "SFBR".

2. Solicitud

SFBR, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la Policía Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la accionada por los hechos que se describen a continuación.

3. Hechos y argumentos de la solicitud¹

3.1. El accionante ingresó a la Policía Nacional como Auxiliar de Policía Bachiller el 2 de noviembre de 2004².

3.2. Según el demandante para ingresar a la institución se le practicaron, entre otros exámenes médicos, la prueba Elisa, esta última con el fin de detectar si padecía del virus de

inmunodeficiencia humana (en adelante VIH) la cual arrojó un resultado negativo.

3.3. El peticionario fue valorado, el 4 de agosto de 2014, por la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional, quien mediante Acta No. 1684 conceptuó lo siguiente³:

“(…)

VI. CONCLUSIONES

A. Antecedentes-Lesiones-Afecciones-Secuelas

1. TRASTORNO DE ADAPTACIÓN RESUELTO SIN SECUELAS VALORABLES.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.

NO AMERITA INCAPACIDAD-APTO.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Actual: CERO PUNTO CERO POR CIENTO 0%

Total: CERO PUNTO CERO POR CIENTO 0%

(…)”.

3.4. Al accionante en el mes de diciembre de 2014 le diagnosticaron VIH. Desde entonces, hace parte del programa que la entidad demandada tiene para pacientes con esta patología⁵.

3.5. El paciente fue nuevamente valorado, el 6 de agosto de 2015, por la mencionada Junta Médico Laboral, quien mediante Acta No. 6674 determinó⁶:

“(…)

VI. CONCLUSIONES

“(…)

A. Antecedentes-Lesiones-Afecciones-Secuelas

1. VIH ESTADIO AI

2. PACIENTE SIN PATOLOGÍA MENTAL

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.

NO AMERITA INCAPACIDAD- NO APTO. Por artículo 68 A y B, REUBICACIÓN LABORAL SI.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Actual: CERO PUNTO CERO POR CIENTO 0%

Total: CERO PUNTO CERO POR CIENTO 0%

(...)”.

Para el demandante, a pesar de encontrarse en buenas condiciones físicas y mentales según los conceptos de los médicos tratantes y que la evaluación de la disminución de la capacidad laboral fue de 0%, sin fundamento alguno se tomó la decisión de declararlo no apto para el servicio y se sugirió la reubicación laboral⁷.

3.6. Según el peticionario como consecuencia del VIH que padece, ha sido víctima de persecución laboral, discriminación asociada con conductas homosexuales, lo que le ocasionó tratos homofóbicos como consta en la queja interpuesta el 7 de noviembre de 2017 por MMA a través del portal web de la entidad⁸.

3.7. El actor solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía con ocasión de la modificación del dictamen de la junta médico laboral anterior, específicamente, en lo relacionado con las secuelas de su enfermedad⁹.

3.8. El argumento de la solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se planteó en estos términos:

“El motivo de esta mi preocupación, está fundamentada en que de un tiempo a esta parte, mi estado de salud, se ha ido deteriorando a causa de este diagnóstico (VIH), pues las manifestaciones son más recurrentes, más inminentes, reflejadas en cansancio corporal,

pérdida de apetito, sueño constante, mareos, entre otros, sin dejar de manifestar que he requerido momentos de hospitalización, tanto por situaciones de dolencias corporales, como cambios en mi aptitud, que en muchas de las ocasiones, me llevan a pensar en el suicidio, pues es una cosa que se pueda saber la magnitud de mi caso a otra muy diferente que se tenga que sufrir dolencias y manifestaciones que esta causa en mi humanidad, pues no es fácil, ser objeto de rechazo por parte de la sociedad, de la misma familia, a nivel laboral y tratar de llevar una vida normal. El motivo de esta mi solicitud, está fundamentada en que deseo que sean ustedes quienes valoren de una forma minuciosa todos aquellos conceptos que conservo en mi poder y que los anexaré a este mi documento, donde se evidencia la realidad de un caso que, en muchas de las ocasiones, se me torna un poco complicado de manejar”.

3.9. El 29 de enero de 2018, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, mediante Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.110, decidió modificar los resultados de la Junta Médico Laboral No. 6674 del 6 de agosto de 2015 y, en consecuencia, resolvió:

Antecedentes-Lesiones-Afecciones-Secuelas

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, se determina:

1. Virus de inmunodeficiencia humana en estadio A1.
2. Trastorno depresivo recurrente en manejo por psiquiatría.

Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, por artículo 59, Literal C, Ordinal 1 del Decreto Ley 094 de 1989. No se recomienda reubicación laboral.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Actual: DIEZ PUNTO CINCO POR CIENTO (10.5%)

Total: DIEZ PUNTO CINCO POR CIENTO (10.5%)

(...)”.

El peticionario, advirtió que este dictamen es contradictorio, pues si el fundamento del mismo fueron las juntas médico laborales de los años 2014 y 2015 y conceptos médicos emitidos en la última anualidad citada, en los que se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 0%, él continuaba siendo apto para el servicio de policía. Consideración que fue ratificada por los profesionales de infectología, psiquiatría y el profesional de salud ocupacional, quien recomendó su reubicación laboral.

Destacó que para la fecha de realización del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía los conceptos médicos que sirvieron de sustento ya se encontraban prescritos conforme al Decreto 1796 de 2000.

3.10. Frente a las posibles secuelas del VIH, lo cual fue uno de los argumentos que expuso el peticionario al solicitar la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, este organismo médico señaló:

“En lo referente a que se le califiquen posibles secuelas que no fueron calificadas en la Junta Médico Laboral, objeto de la presente revisión, como valoración por neurología, medicina interna, gastroenterología y psicología, esta solicitud se despacha en sentido negativo, toda vez que este Organismo Médico Laboral, solo está facultado por vía del artículo 21 del Decreto 1796 de 2000, para revisar las conclusiones y calificaciones expedidas por la Junta Médica Laboral autorizada, y como se observa en la Junta Médico Laboral, no registra valoraciones diferentes, a la aquí examinada, lo anterior en aras de respetar el debido proceso a que tiene derecho el calificado”.

3.11. El accionante el 6 de junio de 2018 fue notificado de la Resolución No. 02231 del 4 de mayo de esa anualidad proferida por el director de la Policía Nacional, General Jorge Hernando Nieto Rojas, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio¹¹.

3.12. A juicio del demandante, el Director de la Policía Nacional no podía retirarlo del servicio activo, dada su condición de debilidad manifiesta como consecuencia de la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece.

Así, se desconoció la jurisprudencia sobre estabilidad laboral reforzada, en la que se ha protegido los derechos fundamentales de miembros de las fuerzas militares y de policía que han sido retirados por presentar disminución sicofísica y otras limitantes, ordenándose en algunos casos, el reconocimiento de la pensión de invalidez y el pago de indemnizaciones, entre otras medidas de protección.

3.13. Según el actor tiene las competencias necesarias para desempeñarse en actividades administrativas tal y como lo recomendó el profesional de medicina ocupacional con anterioridad al dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Basta para comprobar dicha experiencia, analizar su hoja de vida, tener en cuenta los años que lleva en la institución demandada y las labores administrativas que ha desempeñado.

El peticionario planteó que no entiende cómo el tribunal conceptuó que no cuenta con las competencias necesarias para ocupar cargos administrativos, pues cuando los desempeñó fue tanta su eficacia que le fueron dadas dos condecoraciones por servicios distinguidos, tres menciones honoríficas y dos distintivos por buen servicio¹².

3.14. Finalmente, el accionante expuso que, a la fecha de interposición de la tutela, esto es, el 31 de julio de 2018, sus condiciones de salud como consecuencia de la patología de VIH se mantienen estables, gracias a los medicamentos y tratamientos que la entidad accionada le está brindando, los cuales se encuentran en riesgo de no seguir siendo suministrados por la decisión de retirarlo del servicio activo.

3.2. Pretensiones

El demandante solicita que se le tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso y, como consecuencia de ello, se ordene (i) su reintegro en el grado y cargo correspondiente y con la respectiva antigüedad, el pago de los haberes dejados de cancelar y demás prestaciones y (ii) la práctica de una nueva junta médico laboral¹³ con el fin de establecer la verdadera disminución de su capacidad sicofísica y la reubicación laboral¹⁴.

Adicionalmente, solicita mantener en reserva sus condiciones personales y de diagnóstico.

3.3. Oposición a la demanda

El Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda,

mediante proveído del 1 de agosto de 2018, admitió la demanda y corrió traslado a la demandada para que ejerciera su defensa.

Asimismo, requirió al Director General de la Policía Nacional para que informara las razones de hecho y de derecho que motivaron el retiro del servicio activo del demandante, especificando los exámenes médicos y diagnósticos considerados; el seguimiento y la solución dada a la queja No. 326948-20161105 instaurada en el portal web de la institución por parte de MMA en la que se expuso persecución laboral de la señora Intendente MIPL en contra del accionante y, si éste último ha presentado en nombre propio o a través de un tercero, queja u otro trámite por concepto de acoso laboral o discriminación de la cual haya sido víctima.

3.3.1. Dentro de la oportunidad procesal, la Policía Nacional, a través del secretario general, señaló:

-La institución no es competente para decidir acerca de la reubicación laboral del accionante sino el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía.

Adicionalmente, se tiene que la reubicación no es procedente en aquellos casos en que el concepto del aludido tribunal no sea favorable y señale que la capacidad del calificado no es aprovechable en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

Lo anterior fue consignado en el Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del 29 de enero de 2018 que sustentó el acto administrativo de retiro del servicio activo del demandante.

-En la citada acta se consignó que el accionante no cuenta con la capacidad sicofísica para el servicio de la policía y no tiene habilidades ni destrezas para desempeñarse en otro tipo de

labor dentro del ámbito militar.

Precisamente, en la parte considerativa de dicho documento, se señaló que el trastorno depresivo recurrente diagnosticado al actor le impide desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la entidad y continuar en este tipo de instituciones porque allí se generan estresores, son un medio jerarquizado y con acceso a armamento lo que podría no solo agravar la enfermedad, sino que representa además un riesgo para sus compañeros y para la comunidad.

Se concluyó que el demandante no tenía habilidades ni destrezas que le permitieran desempeñarse en otro tipo de labor dentro del ámbito militar, pues no cuenta con capacitaciones ni certificaciones para demostrar su aptitud ocupacional como lo exige el artículo 11 del Decreto 2888 de 2007.

-La exigencia para la aptitud ocupacional es haber cursado para la formación laboral una permanencia mínima de 600 horas y para la académica 160 horas en instituciones que ofrezcan el servicio educativo para el trabajo y desarrollo humano. En este caso, el actor acreditó los cursos de Organizador de Archivos Administrativos, Administrador Documentación en el Entorno Laboral y de Liderazgo, Motivación y Trabajo en Equipo, todos en el SENA, y con una intensidad horaria de 40 horas, luego no cumplió dicha exigencia. Por lo anterior, el tribunal concluyó que no se encontraba capacitado para aplicar su capacidad residual en la institución.

-De conformidad con el artículo 22 del Decreto Ley 1796 de 2000, las decisiones del mencionado tribunal son irrevocables y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes. Así, la tutela no es la vía para dejar sin efectos una decisión de índole médica, razón por la cual, en este caso, debe declararse su improcedencia.

-El retiro del demandante se sustentó en el artículo 59 del Decreto Ley 094 de 1989, pues al poseer una patología psiquiátrica se torna inviable su permanencia en la institución.

-El retiro del servicio activo del accionante se debió única y exclusivamente por sus condiciones mentales y no por ser portador del VIH. Si fuera cierto lo argumentado, la Policía Nacional hubiese retirado del servicio activo al uniformado desde el año 2014, cuando fue diagnosticado.

-La discriminación que alega el peticionario tampoco se presentó, pues fue beneficiario durante un considerable periodo de los servicios médicos y del tratamiento requerido para la enfermedad que padece hasta el punto que según la autoridad médica ésta se encuentra en estadio A1, sin ningún síntoma de complicación, ni se evidencian secuelas adicionales o empeoramiento de las condiciones de salud.

-Respecto al derecho a la seguridad, el demandante cuenta con el régimen contributivo o subsidiado para la atención de los servicios de salud.

El actor puede volver a ser beneficiario de los servicios médicos de sanidad, sin que sea necesario ordenar su reintegro, mientras realiza las gestiones de afiliación a los regímenes anotados.

3.3.2. Por otra parte, el jefe de la oficina de asuntos jurídicos de la Policía Nacional informó al juez de primera instancia:

-A la queja presentada por el señor MMA, a través del portal web de la institución, se le dio respuesta en comunicado oficial No. 2016-063345/COMAN-ATECI 29.25 del 15 de noviembre del citado año, en el que se le informó que el Comité de Recepción, Atención, Evaluación y Trámites de Quejas e Informes Policiales de la Policía Metropolitana de Pereira había revisado, evaluado y determinado archivarla, toda vez que no se habían encontrado situaciones relevantes que permitieran establecer que la funcionaria contra quien se instauró el reclamo, hubiera realizado actuaciones irregulares contra el accionante.

Agregó que, consultada la base de datos de la entidad, no se evidenció queja presentada directamente por el demandante por concepto de discriminación en su contra o por acoso laboral.

3.3.3. Igualmente, el director de sanidad de la Policía Nacional se pronunció frente a la acción de tutela de la referencia en estos términos:

-Esta dirección no ha vulnerado derecho fundamental alguno del demandante, toda vez que durante el tiempo que aquél estuvo activo como miembro de la Policía Nacional se le proporcionó y garantizó la atención en salud, valoración por varios médicos y el suministro de medicamentos e insumos prescritos por los especialistas. Del mismo modo, se le realizaron las juntas médico laborales que convocó a fin de determinar su capacidad físico laboral.

-Los servicios médicos especialistas que se encuentran contenidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial se prestan a todos los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares.

Para el presente caso al accionante se le prestarán nuevamente los servicios de sanidad, una vez se profiera resolución que le reconozca asignación de retiro o pensión.

-El peticionario podrá acceder a los servicios de salud a través del régimen contributivo o subsidiado por intermedio de los hospitales del Estado y demás entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud cuyos recursos sí están destinados a satisfacer las necesidades de salud de toda la población colombiana.

3.3.4. De igual manera, el jefe seccional de sanidad de Risaralda de la Policía Nacional se refirió al caso que se examina, así:

-Esta seccional llevó a cabo el proceso médico laboral del accionante, el cual culminó con la celebración de las juntas médico laborales y la convocatoria del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía.

-El trámite del mencionado proceso médico laboral se adelantó conforme a los parámetros legales vigentes, razón por la cual no puede predicarse la vulneración a algún derecho fundamental, pues el accionante siempre fue conocedor de la actuación administrativa que se le adelantó y tuvo la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción. De ahí que, la junta médico laboral, fue objeto de convocatoria ante el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía.

-Puntualizó que la acción de tutela, en este caso, resulta improcedente porque el demandante tiene otros mecanismos judiciales de los que puede hacer uso, mediante las acciones en vía judicial (acción de nulidad y restablecimiento del derecho).

3.3.5. Asimismo, el jefe seccional de sanidad Bogotá-Cundinamarca, respecto de la acción de tutela de la referencia, señaló:

-De acuerdo con el contenido del acta del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, la patología que produjo “pérdida de capacidad laboral y no aptitud sin reubicación laboral es de orden mental” y no es consecuencia del VIH. Lo anterior, por cuanto el accionante es solo portador de ese virus, pero no presenta síntomas de SIDA.

-El concepto especializado de psiquiatría -salud ocupacional, no solo fundamentó su análisis en los antecedentes clínicos del calificado sino también en el historial médico que reposa en la institución.

De esta forma, las autoridades médico laborales definen la capacidad para el servicio policial, el cual requiere de una aptitud plena tanto a nivel físico como emocional. Fundamenta lo anterior, el hecho de que la función de la policía se enmarca en la protección de la ciudadanía, actividad que, de acuerdo con los análisis y resultados médicos, el demandante en la actualidad no está facultado para cumplir adecuadamente.

-De conformidad con los artículos 15 y 21 del Decreto Ley 1796 de 2000, el peticionario tiene definida su situación médico laboral así: en primera instancia con la junta médico laboral del 6 de agosto de 2015 -Acta 6674- y, en segunda, con el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía -Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del 29 de enero de 2018.

-Las decisiones del mencionado tribunal como máxima autoridad médico laboral, son definitivas e irrevocables y contra las mismas no procede recurso alguno y medicina laboral

como organismo de primera instancia no tiene facultad legal para tomar decisiones o modificaciones frente a los pronunciamientos de este.

-Los servicios médicos especialistas que se encuentran contenidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial se prestan a todos los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, condiciones que no cumple el accionante.

-El personal retirado de la institución sin asignación de retiro o pensión cuenta con un periodo de 4 semanas de protección junto con su núcleo familiar, con el fin de que dentro de dicho término logre su afiliación en el Sistema General de Salud a través del régimen contributivo o subsidiado, diligencia que no ha realizado el actor.

En este contexto, de conformidad con el artículo 7 del Acuerdo 002 de 2001, los servicios que se brindan al actor son única y exclusivamente con ocasión al proceso médico laboral, por lo tanto, las citas médicas que se asignen se relacionan con las especialidades por los conceptos requeridos y mientras dure este proceso.

-En este caso, el demandante cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa para reclamar sobre la nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio policial y así lograr su reintegro al igual que la reubicación laboral y demás beneficios que solicita, por lo que la presente acción constitucional resulta improcedente.

3.3.6. También, el director de talento humano (E) de la Policía Nacional, se refirió a la acción de tutela que se analiza y señaló:

-El demandante fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 02231 del 4 de mayo de 2018, proferida por el director general de la institución, por

disminución de la capacidad sicofísica de conformidad con lo establecido en los artículos 54, inciso 1 y 55 numeral 3 del Decreto Ley 1791 de 2000, con una disminución de la capacidad laboral del 10.5%.

El mencionado retiro se fundamentó en lo dispuesto en el Acta del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del 29 de enero de 2018.

-Cuando se presenta una afección psiquiátrica, se considera desde el punto de vista médico que reubicar laboralmente al paciente aún en labores administrativas constituye un acto irresponsable que puede generar indefinidas consecuencias, ante la reacción sorpresiva propia de estas enfermedades. Así, con la recomendación de que no proceda la reubicación laboral, se está previniendo un daño antijurídico futuro, el cual generaría condenas a la entidad.

-En el presente caso, se cumplen las condiciones para retirar del servicio activo de la Policía al accionante por cuanto: (i) la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, concluyeron la pérdida de capacidad laboral y en sus conceptos indicaron que no es posible su reubicación laboral, debido a la patología psiquiátrica; (ii) en los mencionados conceptos se clasificó dicha enfermedad de origen común y se determinó que fue adquirida durante la prestación del servicio pero no imputable al mismo y (iii) lo determinante lo constituyó su estado de salud mental y el peligro que ello implica.

-La acción constitucional debe declararse improcedente, dado que el demandante tiene a su alcance el medio de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto mediante el cual fue retirado del servicio.

4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección

Segunda, mediante sentencia proferida el 15 de agosto de 2018, consideró que la acción constitucional debe declararse improcedente respecto al reintegro solicitado, dado que existe otro mecanismo judicial para atacar la Resolución No. 2231 del 4 de mayo de 2018 proferida por el director general de la Policía Nacional en el que podrá solicitar la suspensión provisional del acto o las medidas cautelares que considere pertinentes.

Precisó que no es posible analizar de forma excepcional el reintegro, toda vez que de las pruebas allegadas al proceso no se tiene certeza que el retiro sea consecuencia del hecho de que el demandante sea portador del VIH como él lo afirmó, más aún cuando su estado de salud por esta patología se encuentra estable.

Advirtió que el accionante no demostró la insolvencia que pueda estar viviendo con ocasión del retiro, ni existe prueba que permita aclarar si efectivamente fue víctima de acoso laboral o discriminación a causa de esa enfermedad, pues la única queja instaurada por un tercero por este concepto fue archivada por no contar con suficiente material probatorio para tomar acciones de fondo en contra de la presunta agresora.

Destacó que tampoco es posible atacar por vía de tutela, las decisiones adoptadas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, pues no se cumplen los presupuestos para que el juez constitucional intervenga en estos casos, a saber: (i) haya existido negligencia o demora injustificada por parte del mencionado tribunal al momento de valorar una enfermedad y que dicha conducta represente la afectación de un derecho fundamental; (ii) exista ausencia de motivación del acto administrativo proferido por dicho cuerpo colegiado y (iii) se evidencien errores en la valoración médica técnica realizada.

Respecto a la prestación de los servicios de salud por parte de la entidad accionada, el despacho recalcó que el demandante es paciente del servicio de psiquiatría y por el VIH desde el 2014. De ahí que, conforme a la jurisprudencia constitucional no puede dejar de recibir tratamiento por la circunstancia de no estar al servicio de la institución.

Estimó que el demandante al ser sujeto de especial protección debido a sus condiciones de salud y no contar con la protección de seguridad social en salud, debe concedérsele el amparo transitorio de su derecho a la salud¹⁵.

5. Impugnación

El apoderado judicial del demandante presentó impugnación por las siguientes razones:

-El juez de primera instancia sin conocimiento científico desconoció que el VIH es una enfermedad mortal. Por ello, el Decreto 1543 de 1997¹⁶ protege de manera especial a las personas que lo padecen y prohíbe su despido.

-En el fallo impugnado se afirmó que el retiro del servicio tuvo como origen una patología diferente al VIH, sin embargo, en las actas y en los conceptos de medicina laboral se lee que dicha enfermedad se encontraba en estadio A1 y que los episodios de ansiedad y depresión estaban resueltos y por ello era viable la reubicación laboral. Luego, no se entiende por qué fue retirado del servicio con una disminución de la capacidad sicofísica del 10.5%.

Con lo anterior se acredita el acoso laboral y la discriminación que fue objeto el demandante, frente a lo cual la accionada guardó silencio frente a estos hechos.

-De conformidad con la jurisprudencia constitucional a pesar de que exista un medio alternativo de defensa judicial es necesario para excluir la protección constitucional a través de la tutela que ese instrumento procesal sea eficaz y oportuno, análisis que resulta pertinente cuando se encuentra involucrada una persona que padece VIH como sucede en este caso.

-El juez de primera instancia desconoció la jurisprudencia constitucional, según la cual el despido de una persona con VIH no surte efecto si el empleador no logra probar una causal objetiva de despido o si el trabajador prueba que dicha decisión obedece a un acto de discriminación como ocurre en este caso, pues es posible reubicar laboralmente al accionante en tareas administrativas o de docencia dadas las capacidades intelectuales y la experiencia laboral que posee.

-En este caso, la acción de tutela sí puede controvertir las decisiones del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, toda vez que este incurrió en una serie de irregularidades y desconoció que la junta médica laboral había conceptuado que era procedente la reubicación del demandante.

6. Decisión de segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante proveído del 26 de septiembre de 2018, confirmó el fallo impugnado, por las mismas razones que el juez de primera instancia.

7. Actuación en sede de revisión

La Sala Quinta de Revisión, mediante auto de marzo 29 de 2019, dispuso la vinculación al presente tramite del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía al considerar que su concurso era necesario para establecer la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales alegados y en aras de garantizar su derecho a la defensa.

Igualmente, le solicitó al demandante que informara: (i) quiénes conforman su núcleo familiar y la edad de cada uno de ellos y precisara si los miembros de su familia dependen económicamente de él; (ii) si a la fecha se encuentra laborando y señalara sus ingresos en caso de estar vinculado al mercado laboral, las obligaciones que tiene y si recibe apoyo económico de un tercero y, (iii) si ha acudido a otros mecanismos de defensa distintos a la acción de tutela tendiente a lograr la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados. Asimismo, le pidió que remitiera a esta Corporación la documentación necesaria que acredite su capacitación y desempeño efectivo en labores administrativas, docentes o de instrucción pedagógica a lo largo de su trayectoria profesional.

Finalmente, dispuso la suspensión de los términos del presente asunto.

7.1. El accionante, a través de su apoderado, presentó escrito en esta Corporación, el 5 de abril de 2019, en el que informó lo siguiente:

-Su grupo familiar está compuesto por sus padres HJBS (51 años) y GRP (51 años) y sus hermanos RA (30 años); DLR (24 años) e IM (22 años).

Con los ingresos que devengaba de la entidad demandada mitigaba en parte los gastos de sus padres quienes se dedican a labores del campo y labores domésticas. Igualmente, cubría lo relacionado con su seguridad social¹⁷.

-A la fecha no ha podido conseguir un empleo, pues al constar que el retiro de la institución obedeció a una disminución de la capacidad sicofísica, ello se convierte en un obstáculo para ingresar nuevamente al mercado laboral.

-Ante la falta de salario se ha retrasado en el pago de las obligaciones que adquirió con distintas entidades, por lo cual se encuentra reportado ante las centrales de riesgo.

Destacó que en la actualidad se dedica a las labores domésticas en la vivienda de la señora LMAL quien le da posada¹⁸.

-El 11 de agosto de 2018, inició el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de retiro, el cual cursa en el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Pereira. No especificó en qué etapa se encuentra.

-Igualmente, anexó varios certificados mediante los cuales acredita su capacitación y desempeño en distintas labores dentro de la institución demandada y las distinciones que le fueron concedidas.

7.2. El 8 de abril de 2019, la secretaria general del Ministerio de Defensa Nacional, en nombre del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, señaló:

-De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1796 de 2000, la competencia de este organismo consiste en proferir valoraciones en materia médico laboral y

en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar, en última instancia, las decisiones de las Juntas Médicos Laborales proferidas en primera instancia.

-El demandante solicitó mediante escrito allegado al Ministerio de Defensa, convocatoria a Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía, a efecto de obtener revisión de la Junta Médico Laboral No. 6674 del 6 de agosto de 2015.

-Mediante Acto Administrativo No. 170 del 15 de noviembre de 2017, se autorizó la convocatoria de este Tribunal.

-Este Organismo Médico en Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1, modificó los resultados de la Junta Médico Laboral No. 6674 del 6 de agosto de 2015.

-Se calificó la capacidad para el servicio del demandante como no apto para la actividad y se sugirió la no reubicación laboral

-Finalmente, solicitó la desvinculación de este Tribunal de la presente acción de tutela, por cuanto: (i) las pretensiones del demandante no son de su competencia y (ii) el pronunciamiento del organismo, a través de la mencionada acta tiene como fundamento las causales de no aptitud para la permanencia en el servicio consignadas en el título VII del Decreto Ley 094 de 1989.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala de Revisión, es competente para examinar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 al 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Cuestión previa

Antes de abordar el estudio de fondo, esta Sala de Revisión examinará la procedencia de la acción de tutela en este asunto. Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, y si es del caso, formulará el respectivo problema jurídico con el fin de realizar el examen material de la vulneración a los derechos fundamentales invocados.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone los elementos que el juez constitucional debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

3.1. Legitimación para actuar

3.1.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹⁹ dispone, por su parte, que “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

En este caso particular, la legitimación en la causa por activa para presentar esta acción de tutela se encuentra acreditada en cabeza del accionante, quien actúa como titular de los derechos fundamentales que aduce como vulnerados por la Policía Nacional, a través de apoderado judicial.

3.1.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 5 del Decreto 2591 de 1991, las acciones u omisiones de la Policía Nacional, como autoridad pública pueden ser cuestionadas a través de la acción de tutela cuando se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Como se evidencia de los hechos, esta autoridad valoró al demandante dos años después de realizada la Junta Médico Laboral y solo frente a las secuelas generadas por una de las enfermedades que padece y lo retiró del servicio activo pesar de que es portador de VIH20.

3.3. Requisito de inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que cualquier persona podrá interponer acción de tutela “en todo momento”, si considera vulnerados sus derechos fundamentales, expresión que es reproducida en el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. A pesar de que la informalidad es una de las notas definitorias de la tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que su presentación debe hacerse dentro de un plazo oportuno²¹, contado a partir del momento en que ocurre la situación que vulnera o amenaza vulnerar los derechos fundamentales. Ello se explica, dada la naturaleza de este mecanismo constitucional, pues es un instrumento de protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales, cuyo trámite fue instituido por el Constituyente de 1991 como breve y sumario al alcance de cualquier persona.

La demanda, según acta individual de reparto²², fue promovida por el accionante el 31 de julio de 2018, actuación que se dio como consecuencia de su desvinculación de la Policía Nacional la cual se produjo mediante Resolución No. 02231 del 4 de mayo del mencionado año, notificada el 6 de junio siguiente, así que, entre la ocurrencia de la presunta vulneración de derechos y la presentación de la solicitud de amparo trascurrieron 25 días, plazo que se considera razonable.

3.4. Requisito de subsidiariedad

El requisito de subsidiariedad de la tutela se deriva del artículo 86 de la Constitución, en cuanto dispone que “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Esta Corporación, respecto de dicho requisito constitucional, ha manifestado que aun cuando la tutela ha sido consagrada como un mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la Constitución lo ha consagrado con un carácter subsidiario y

residual, lo cual implica que procede supletivamente.

No obstante, conforme al artículo 86 Superior, la tutela es procedente aun cuando existan otros medios de defensa judicial si con ella se busca precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual se adoptará una decisión con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia mediante los recursos judiciales ordinarios.

Según la jurisprudencia constitucional para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, deben observarse los siguientes elementos:

(i) El perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder;

(ii) Las medidas necesarias para evitarlo han de ser urgentes, con el fin de dar una solución adecuada frente a la proximidad del daño y para armonizarlas con las particularidades del caso;

(iii) El perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de ocasionar un detrimento significativo en el haber jurídico (moral o material) de una persona, y

(iv) La respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, dicho en otros términos, basada en criterios de oportunidad y eficiencia con el objeto de precaver la consumación de un daño antijurídico irreparable²³.

En esa misma línea, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción

constitucional procede siempre que el medio ordinario de defensa no sea eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Para lo que interesa a la presente causa, cuando se trata de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para cuestionar esta clase de decisiones por cuanto las discrepancias originadas por la aplicación o interpretación de las mismas deben ser resueltas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, para esta Corporación, la procedencia de la acción constitucional contra actos administrativos depende de si el contenido de los mismos conlleva una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la configuración de un perjuicio irremediable que exija la protección urgente de los mismos²⁴.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha precisado que (i) la improcedencia de la tutela como instrumento principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, se fundamenta en la existencia de otros medios de defensa administrativos o judiciales; (ii) procede la tutela como mecanismo transitorio contra esta clase de actuaciones cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) solamente en estos casos el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo²⁵ u ordenar que el mismo no se aplique²⁶ mientras se tramita el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, se ha señalado que cada solicitud de amparo requiere confrontar las condiciones particulares del demandante, de manera que se precise el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para la ocurrencia del perjuicio irremediable²⁷.

Ahora bien, en los eventos en que se evidencie que la actuación administrativa desconoce los derechos fundamentales, en especial los postulados que comprenden el derecho al debido

proceso y los mecanismos judiciales ordinarios consagrados para corregir tales desaciertos no son idóneos en el caso concreto o se está ante la configuración de un perjuicio irremediable, la acción constitucional es procedente de manera definitiva en el primer caso, o como mecanismo transitorio en el segundo, a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales del acto administrativo²⁸.

Este Tribunal ha señalado frente a la procedencia de la acción de tutela de forma definitiva en relación con actos administrativos, que deben atenderse las circunstancias particulares de cada caso²⁹. En estos eventos, ha indicado que, pese a la existencia de otro medio de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se deben analizar las condiciones de eficacia material y las circunstancias especiales del demandante, que pueden hacer viable la protección de los derechos del afectado a través de la acción de tutela de forma definitiva.

La censura realizada por el demandante en este caso se centra contra (i) la Resolución No. 02231 del 4 de mayo de 2018 proferida por el director de la Policía Nacional mediante la cual se ordenó el retiro del servicio a pesar de su condición de debilidad manifiesta como consecuencia de la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece y (ii) el Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 proferida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que lo declaró no apto para actividad policial y no reubicable.

Este tipo de reproche contra actos administrativos que ordenan el retiro del servicio de un miembro de la Fuerzas Militares puede plantearse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo mismo ocurre cuando la tutela se promueve para controvertir los conceptos emitidos por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, pues, se ha entendido que dicho organismo profiere auténticos actos administrativos³⁰ conforme lo dispuesto en los artículos

1031 y 2132 del Decreto Ley 1796 de 2000 y el 1033 del Decreto Ley 094 de 198934. En estos casos la procedencia del mecanismo constitucional se rige, en principio, por las reglas que esta Corporación ha establecido cuando se dirige contra actos administrativos.

No obstante, si bien el Legislador ha previsto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los mencionados actos administrativos, la Corte ha considerado que el mecanismo constitucional debe estudiarse de fondo cuando se evidencie que aquel no es idóneo o que se requiere la intervención del juez de tutela de manera urgente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En todo caso, debe destacarse que según la jurisprudencia constitucional, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, mediante la utilización de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³⁵ cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, o en circunstancias de debilidad manifiesta³⁶, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad o que padecen de enfermedades catastróficas o ruinosas, entre otros.

Sin embargo, lo anterior no hace procedente la tutela de forma inmediata, dado que es necesario valorar no sólo la condición de sujeto de especial protección constitucional, sino analizar las particularidades de su situación actual para demostrar que el medio judicial ordinario resulta inadecuado y que la acción constitucional es la apropiada para defender los derechos invocados.

En el presente asunto, según la información allegada en sede de revisión, se tiene que el demandante mediante apoderado judicial acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que ordenó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional sin atender a su condición de debilidad manifiesta como

consecuencia de la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece.

No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto en el que se alega la afectación de los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso por parte de una persona que padece VIH37, y por tanto, sujeto de especial protección constitucional, sumado al hecho de que se alegan supuestos actos de persecución laboral y discriminación por esa causa, la Sala encuentra, que convergen elementos que hacen que la tutela constituya el procedimiento idóneo para proteger los derechos alegados. En consecuencia, la Corte se pronunciará de fondo sobre la cuestión planteada.

Ahora bien, respecto a la pretensión de que el demandante sea objeto de una nueva valoración médico laboral, considera la Sala que el control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo mediante el cual se dictaminó la pérdida de capacidad laboral, la incapacidad para actividad militar y la no reubicación no resulta idóneo para resolver el asunto planteado, a partir de las características del caso y las circunstancias en las que se encuentra en razón de su condición médica derivada del trastorno depresivo recurrente y el VIH que padece.

Precisamente, en lo que respecta a la vía de lo contencioso administrativo, se observa que, dadas las particulares y excepcionales circunstancias del demandante, la demora en la realización de un nuevo dictamen para que sean calificadas las posibles secuelas por el VIH que padece, conduce a la existencia de una dilación injustificada en la resolución acerca de la posible prestación económica a la que cree tener derecho.

Precisado lo anterior, a continuación, la Sala planteará los problemas jurídicos que le corresponde resolver.

4. Problema jurídico

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las decisiones adoptadas en las instancias judiciales y de la información obtenida en sede de revisión, esta Sala debe determinar:

¿Se vulnera el derecho al trabajo en el marco de la garantía de la estabilidad laboral reforzada de un miembro de la Policía Nacional al ser retirado del servicio activo a pesar de que es portador de VIH?

¿Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso administrativo de un miembro de la Policía Nacional al haber sido valorado dos años después de realizada la Junta Médico Laboral y haberse tenido en cuenta solo las secuelas generadas por una de las enfermedades que padece?

5. Derecho al trabajo en el marco de la garantía de la estabilidad laboral reforzada. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 53 de la Constitución Política consagra que uno de los principios que debe orientar las relaciones laborales, es la estabilidad en el empleo³⁸.

Esta garantía se refuerza en los casos en que se ha reconocido la existencia del “derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”³⁹, el cual emana del derecho a la igualdad en el trabajo y, se concretiza en medidas diferenciales en favor de las personas que a lo largo de la historia de la humanidad han sido discriminadas por razones sociales,

económicas, físicas o mentales⁴⁰.

La Corte ha establecido que los titulares de la figura de la estabilidad laboral reforzada son: (i) las mujeres embarazadas⁴¹, (ii) las personas en estado de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta con ocasión de su salud⁴² como ocurre, por ejemplo, con los enfermos de VIH/SIDA⁴³; (iii) los aforados sindicales⁴⁴; y (iv) en ciertos casos, las madres o los padres cabeza de hogar⁴⁵, pues el objetivo de esta figura es “proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña”⁴⁶.

Respecto al ámbito material de protección, este Tribunal ha señalado de manera reiterada y uniforme que la estabilidad laboral no depende de la denominación del vínculo por el cual la persona logra ejercer una alternativa productiva⁴⁷ y procede con independencia de si el origen de la enfermedad del trabajador es laboral o común⁴⁸.

Cuando se trata de personas que se encuentran en una eventualidad médica, la Corte ha considerado que la figura de la estabilidad laboral reforzada comprende a quienes: (i) han sido declarados por la autoridad competente en estado de invalidez y (ii) se encuentren en estado de debilidad manifiesta por su situación física, síquica o sensorial⁴⁹.

Conforme la jurisprudencia constitucional se ha entendido la estabilidad laboral reforzada como:“(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”⁵⁰.

De acuerdo con las reglas fijadas por la Corte, el juez constitucional deberá conceder la protección que se deriva de la mencionada estabilidad siempre que: (i) el peticionario pueda considerarse como una persona en condiciones de discapacidad o en estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) el empleador tenga conocimiento de esta situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador”⁵¹.

Lo anterior significa que no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o una condición de discapacidad para que mediante la tutela se conceda la protección constitucional referida, sino que debe estar probado que la desvinculación laboral obedeció a la particular condición de debilidad manifiesta del trabajador.

En el citado contexto, el juez constitucional debe conceder la protección constitucional cuando se comprueba un nexo causal entre la enfermedad del trabajador y la terminación del vínculo.

Importa destacar que dicha prerrogativa no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que exista la prohibición de despido o que pueda predicarse “un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”⁵². Lo que la mencionada protección revela es la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos o desvinculaciones laborales fundados en causas discriminatorias en contra de la población más vulnerable entre los trabajadores⁵³.

En el caso específico de las personas contagiadas con VIH, la Corte ha protegido de forma particular sus derechos dado que las ha considerado sujetos de especial protección constitucional “...por cuanto se trata de una enfermedad mortal que causa el deterioro

progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.”⁵⁴, lo cual se refleja no solo en la provisión de servicios de salud, sino también en los demás ámbitos en los que esté de por medio el goce de derechos fundamentales⁵⁵.

6. De la capacidad sicofísica

El tema de la capacidad sicofísica exigida a todos los miembros de las Fuerzas Militares se encuentra regulada en los Decretos 094 de 1989⁵⁸ y 1796 de 2000⁵⁹. Se define como “el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”⁶⁰ y es calificada con los conceptos de “apto, aplazado y no apto”⁶¹.

Mediante la realización de unos exámenes médicos y paraclínicos a los miembros de las Fuerzas Militares se les determina dicha capacidad para definir, entre otras, el retiro, el reintegro y definición de la situación médico laboral⁶².

En cuanto a la validez y vigencia de los exámenes de capacidad sicofísica y el concepto de calificación de esta el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 dispone que los primeros tendrán una validez de dos meses, contados desde la fecha de su práctica⁶³, y los segundos serán válidos por un término no mayor a tres meses⁶⁴, dentro de los cuales dicho concepto “será aplicable para todos los efectos legales” y, vencido aquel término, continuará vigente hasta

cuando sobrevenga una nueva situación que haga necesaria una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

Por su parte el párrafo del artículo 16 de la citada regulación consagra que “[u]na vez recibidos los conceptos médicos definitivos que determinen las secuelas permanentes, la Junta Medico Laboral se deberá realizar a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes”.

Por otro lado, según el artículo 27 del Decreto 1796 de 2000, la “incapacidad” es aquella disminución o pérdida de la capacidad psicofísica que compromete el desempeño de las actividades laborales de los miembros de las Fuerzas Militares. La incapacidad puede clasificarse en: (i) temporal y (ii) permanente parcial. Cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75%, se considerará que la persona se encuentra en estado de invalidez⁶⁵.

Ahora bien, a quienes les compete realizar esta calificación como organismos médico-laborales militares y de policía⁶⁶, está, en primer lugar, la Junta Médico Laboral Militar o de Policía que tiene como función determinar la disminución de la capacidad laboral en primera instancia y fijar los índices correspondientes a dicha pérdida para tasar la indemnización⁶⁷ y, en segundo término, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía es quien en última instancia conoce y decide sobre las reclamaciones que surjan contra las decisiones expedidas por la Junta⁶⁸ y puede ser convocado por el interesado, dentro de los cuatro meses siguientes a partir de la fecha de notificación de la decisión de la Junta Médica⁶⁹.

Precisamente, la disminución de la capacidad psicofísica y la incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, según el artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 constituyen unas de las causales de retiro⁷⁰. Esta Corte en la sentencia C-381 de 2005 se pronunció sobre la exequibilidad de la mencionada causal prevista en el artículo 55 numeral 3 y frente a

lo relacionado con esta en los artículos 58 y 59 de la misma normatividad. Para este Tribunal, si bien resulta necesario que la Policía Nacional cuente en sus filas con personal idóneo para cumplir su cometido constitucional, los miembros que presentan una disminución sicofísica pueden ser aptos para desempeñar otras labores también propias de esa institución y distintas de las meramente policiales⁷¹.

Según se dijo en la mencionada sentencia y de acuerdo con las normas previstas en el régimen especial, las autoridades médicas especializadas les corresponde verificar “con criterios técnicos, objetivos y especializados, [...] si dicha persona tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirada de la Policía Nacional”.

Por lo expuesto, la calificación de la pérdida de la capacidad sicofísica, en términos de esta corporación “detenta una verdadera función prestacional ius fundamental, puesto que desde una visión constitucional, es un derecho de quienes pertenecen al régimen de la Fuerza Pública, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital”⁷².

Justamente, para hacer efectivas dichas garantías, la Corte ha destacado que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral elaborados por las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional deben observar unos parámetros mínimos, esto es, “ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, las cuales deben tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud.”⁷³

Respecto de la valoración integral del estado de salud de los miembros de las Fuerzas Militares, esta Corporación indicó que “(...) quienes se someten al proceso de calificación de pérdida de sus capacidades, tienen el derecho de que se valoren todas las historias clínicas e informes de los médicos y especialistas que lo hubiesen diagnosticado, tratado y pronosticado. También debe cuidarse que las historias clínicas se encuentren actualizadas y constituyan una valoración íntegra y objetiva de su patología” 74.

Lo anterior, resulta de vital importancia, dado que permitir una apreciación fraccionada de la capacidad laboral, entendida esta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social que le permiten a una persona desempeñarse en un trabajo habitual, conduciría a la incongruencia con la recomendación de reubicación y a la inexistencia del concepto de invalidez. Por lo anterior, esta calificación debe comprender una valoración integral de dicha capacidad, y no de fracciones de la misma⁷⁵.

Precisamente, el asunto sobre la integralidad en la calificación reviste especial importancia cuando se trata de buscar una recalificación ante la aparición de nuevas secuelas o padecimientos que podrían derivarse de la patología original objeto de calificación.

Adicionalmente, y para efectos de esta acción de tutela es necesario señalar que conforme a la jurisprudencia constitucional “si el ciudadano manifiesta expresamente que padece de circunstancias que lo inhabilitan para trabajar y que presenta dolencias específicas, debe ser procedente la realización exhaustiva de evaluaciones médicas precisas, que permitan llegar a la verdad científica definitiva en un caso específico. Más aún cuando de conformidad el Decreto 094 de 1989, el Tribunal Médico puede por expresa habilitación legal, en circunstancias especiales y excepcionales, realizar nuevos exámenes para precisar y confirmar consideraciones susceptibles de debate. La razón de lo anterior es garantizar que los diagnósticos correspondan a la realidad y en ese sentido se ajusten con total certidumbre al interés de la ley de proteger y garantizar unas prestaciones que se compadezcan con la

verdad, en cada caso concreto”⁷⁶.

7. El debido proceso en la expedición de los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral.

Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la adecuada valoración de la pérdida de capacidad laboral es un derecho porque por medio de esta se garantizan los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Recuérdese que con esta valoración se busca especificar las causas que originan la disminución de la capacidad laboral y determinar en algunos casos la titularidad del derecho a una prestación, a través de la cual se pretende asegurar el sustento económico de las personas cuyo estado de salud ocasionó una disminución física y por ello no pueden laborar. De ahí que, esta Corporación ha señalado en múltiples oportunidades que el debido proceso como garantía fundamental debe ser respetado en todas las instancias de este trámite⁷⁷.

En estos casos, el debido proceso, se materializa de acuerdo con la jurisprudencia, en el cumplimiento de las normas que regulan la adopción de decisiones por parte de las juntas de calificación de invalidez o de la Junta Médico Laboral Militar o de Policía o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Frente al particular, la Corte, en la Sentencia T-157 de 2012, plasmó algunas reglas básicas que deben observarse dentro de este procedimiento administrativo:

“i) La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización, (ii) la valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las juntas deben proceder a realizar el examen físico correspondiente antes de elaborar y sustanciar la respectiva ponencia; y (iii) la

motivación de las decisiones adoptadas por estos organismos, pues deben sustanciar los dictámenes que emiten explicando y justificando en forma técnico científica la decisión que adoptan”⁷⁸. Por último, la Corte también ha señalado que otro de los deberes de las juntas o tribunales médicos laborales, es (iv) garantizar que el interesado goce de los derechos propios de todo interviniente en una actuación administrativa, “especialmente el derecho a controvertir la calificación o valoración médica relativa a la disminución de su capacidad laboral, lo cual determina que se le considere o no como invalido y a que se le otorgue o no la respectiva pensión de invalidez”⁷⁹.

Asimismo, en la Sentencia T- 696 de 2011, esta Corporación también señaló que se vulneran los derechos fundamentales en el trámite de calificación de la pérdida de capacidad cuando dicha valoración se niega o no se práctica a tiempo: “en ambas situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión. En el caso de los miembros de las fuerzas militares, según jurisprudencia reiterada se puede vulnerar también este derecho cuando no se realiza una nueva valoración con el fin de actualizar el porcentaje de disminución, en el caso de patologías de desmejora progresiva en la salud.”

8. Beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y continuidad en la prestación de los servicios de salud a miembros retirados de la institución

En los artículos 19 y 20 de la Ley 352 de 1997⁸⁰ y 23 y 24 del Decreto 1795 de 2000⁸¹, se encuentran señalados los beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁸². Si bien, del contenido de dichas normas se deduce que las personas desvinculadas del servicio y que no accedieron a la pensión de invalidez no tienen derecho a recibir atención médica, esta Corte ha aclarado que la Dirección de Sanidad debe continuar brindando este servicio a quienes, a pesar de no tener un vínculo jurídico-formal con la institución, se encuentran en los supuestos que a continuación se exponen.

Precisamente, según este Tribunal⁸³, en el caso de los miembros retirados de la fuerza pública, la obligación de seguirle prestando asistencia médica y asistencial continua siempre que (i) se haya iniciado un tratamiento a una patología adquirida durante la prestación del servicio o que empeore en razón a éste, independientemente si la afección tuvo o no como causa el servicio⁸⁴; (ii) el tratamiento dado por la institución no logre recuperarlo sino controlar temporalmente su enfermedad y la misma reaparezca o se recrudezca después⁸⁵ y (iii) la dolencia que se padece ponga en riesgo cierto la integridad de la persona, la salud y su derecho fundamental a la vida digna.

El principio de continuidad en el servicio significa que la atención en salud no podrá suspenderse al paciente cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”⁸⁶.

Bajo este contexto, la aplicación del Decreto 1795 de 2000 no es absoluta, pues al Sistema Prestacional de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional le surge “la obligación de continuar prestando los servicios de salud cuando la persona deja de estar en servicio activo y no goza de asignación de retiro ni de pensión”⁸⁷. De esta manera, deben: (i) proteger el derecho a la salud a través de la continuidad en el tratamiento y (ii) cumplir con la obligación constitucional del Estado de brindar protección a aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta⁸⁸.

De acuerdo con lo expuesto, los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son: el personal activo, el retirado con asignación de retiro o pensión, los afiliados en calidad de beneficiarios, y, excepcionalmente, las personas que pese a haber sido desvinculadas de la institución, sufrieron una afectación en la salud y

necesitan continuar con la atención médica.

En estos términos resulta claro que, cuando un miembro de la fuerza pública es retirado del servicio, los tratamientos médicos que se venían adelantando deben gozar de continuidad a cargo del sistema de salud de las Fuerzas Militares, hasta tanto se verifique su efectiva inclusión en el sistema general de salud bajo el régimen subsidiado o contributivo como cotizante o como beneficiario⁸⁹.

Lo anterior, permite garantizar el derecho a la salud de quienes se encuentran en la situación descrita, pues en el Sistema General de Seguridad Social en salud, los usuarios cuentan con las tecnologías necesarias para preservar las condiciones de salud, bien sea que estén contempladas expresamente en el Plan de Beneficios, o bien sea que no lo estén, pero sean ordenadas por el médico tratante. Para lo que interesa a la presente causa, la Resolución 3512 de 2019⁹⁰, determina que se considera al VIH como una enfermedad catastrófica la cual no genera el cobro de copagos, y, asimismo, incluye una diversidad de tecnologías para tratar esta enfermedad⁹¹.

Con este marco de referencia, a continuación, la Sala abordará el análisis del caso concreto siguiendo el esquema propuesto al formular el problema jurídico.

9. Caso concreto

La Sala de Revisión se ocupará, en primer lugar, de determinar si se le vulneró al demandante el derecho fundamental al trabajo en el marco de la garantía de la estabilidad laboral reforzada, al ser retirado del servicio activo de la Policía Nacional, a pesar de que padece de VIH.

Conforme lo expuesto en precedencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se configura la estabilidad laboral reforzada, siempre que se acrediten los siguientes supuestos: (i) el peticionario pueda considerarse como una persona en condiciones de discapacidad o en estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) el empleador tenga conocimiento de esta situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

Para el caso concreto: con relación al primer supuesto, la Sala lo encuentra cumplido, pues el actor en el año 2014 fue diagnosticado con el VIH, condición médica que si bien no le generó dificultad para desempeñar sus funciones de acuerdo con la historia clínica allegada al expediente⁹², lo cierto es que se trata de un virus que causa el deterioro progresivo del estado de salud.

Respecto de la segunda exigencia, la Sala la encuentra acreditada, toda vez que la Policía Nacional tenía conocimiento de dicho padecimiento desde la etapa del diagnóstico y el demandante fue incluido en el programa dirigido para estos pacientes que comprende el manejo clínico y tratamiento, el cual fue suministrado según la historia clínica que obra en el plenario.

Sin embargo, el tercer requisito no se cumple, pues en el presente caso, la Policía Nacional logró demostrar que no existe nexo causal entre el estado de salud del demandante por ser portador de VIH y la decisión de retirarlo del servicio activo dado que el diagnóstico de este virus acaeció en diciembre de 2014 y la resolución que dispuso su desvinculación se profirió más de cuatro años después con fundamento en el Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en la que se consignó una disminución de la capacidad sicofísica del 10.5 % derivada de otra patología, esto es, trastorno depresivo recurrente el cual lo venía padeciendo el paciente antes de la

mencionada novedad médica⁹³.

Resulta importante destacar que frente a la afección relacionada con el VIH, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en el acta mencionada decidió ratificar lo que la Junta Médico Laboral había conceptuado en el sentido de que dicho virus al catalogarse en estadio A1 no le producía al demandante disminución de la capacidad sicofísica⁹⁴.

Adicionalmente debe advertirse que las pruebas allegadas al plenario no permiten considerar la posibilidad de persecución laboral ni discriminación asociada con conductas homosexuales en contra del accionante, pues además de la queja instaurada por un tercero contra la Intendente PL la cual fue archivada por no contar con el respaldo probatorio suficiente para tomar acciones de fondo en contra de la presunta agresora⁹⁵, en la base de datos de la entidad demandada, no se consignan más y el demandante tampoco refiere otras situaciones específicas en las que haya sido objeto de esas conductas reprochables.

En segundo término, la Sala de Revisión analizará si se vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo del demandante al ser fue valorado dos años después de realizada la Junta Médico Laboral y solo frente a las secuelas generadas por una de las enfermedades que padece.

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente se tiene que:

-Conforme al Acta No. 1684 de la Junta Médica Laboral del 4 de agosto de 2014 al accionante se le determinó “TRASTORNO DE ADAPTACIÓN RESUELTO SIN SECUELAS VALORABLES”, “NO AMERITA INCAPACIDAD- NO APTO” y una disminución de su capacidad sicofísica equivalente al 0%⁹⁶.

Así, el término de noventa (90) días con el que cuenta la Junta Médico Laboral para rendir el dictamen contado a partir del recibo del concepto médico de conformidad con el parágrafo del artículo 16 del Decreto 1796 de 2000 en el caso que ocupa la atención de la Sala se cumplió.

Las conclusiones del Acta No. 1684 del 4 de agosto de 2014 fueron notificadas personalmente al demandante el 20 de agosto de 2014⁹⁷.

-Según Acta No 6674 de la Junta Médica Laboral del 6 de agosto de 2015 al demandante se le determinó “VIH ESTADIO AI” y “PACIENTE SIN PATOLOGÍA MENTAL”, “NO AMERITA INCAPACIDAD- NO APTO” y una disminución de su capacidad sicofísica equivalente al 0% 98.

Lo anterior con sustento en los conceptos especializados de psiquiatría, medicina interna y salud ocupacional del 14 y 23 de junio y 29 de julio de 2015.

Bajo este contexto, la Sala observa que el término establecido en el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000 en el presente caso se cumplió.

El Acta No 6674 de la Junta Médica del 6 de agosto de 2015 fue notificada personalmente al demandante el 19 de agosto siguiente⁹⁹.

-El accionante realizó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía ante el Ministerio de Defensa Nacional, el 6 de septiembre de 2017. El argumento en que se basó para solicitarla fueron las secuelas de una de las enfermedades que padece frente a lo cual expuso:

“(…) de un tiempo a esta parte, mi estado de salud, se ha ido deteriorando a causa de este diagnóstico (VIH), pues las manifestaciones son más recurrentes, más inminentes, reflejadas en cansancio corporal, pérdida de apetito, sueño constante, mareos, entre otros, sin dejar de manifestar que he requerido momentos de hospitalización, tanto por situaciones de dolencias corporales, como cambios en mi aptitud, que en muchas de las ocasiones, me llevan a pensar en el suicido (…)”.

-El peticionario, realizó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por fuera del término legal establecido, pues, si fue notificado de las conclusiones contenidas en el Acta No 6674 de la Junta Médica del 6 de agosto de 2015, el 19 de agosto siguiente, tenía hasta el 20 de diciembre de ese año para hacerlo.

Precisamente, en la mencionada acta, se lee:

“Contra la presente Acta de Junta Médico Laboral procede la convocatoria a Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del cual podrá hacerse uso dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación según lo establecido en el Decreto 1796 de 2000, ante la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional” 100.

-El fundamento expuesto por el demandante para pedir la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía encuentra respaldo en su historia clínica, dado que

después de la Junta Médico Laboral que se le realizó el 6 de agosto de 2015, acudió a Sanidad Militar en varias ocasiones como consecuencias de diversos padecimientos algunos de los cuales le originaron incapacidades¹⁰¹ como se expone a continuación:

MOTIVO DE LA INCAPACIDAD

No. DIAS

FECHA INICIAL

FEHA FINAL

CAUSA EXTERNA

CLASE

Otros problemas específicos relacionados con circunstancias psicosociales

10

28/9/2015

7/10/2015

Enfermedad General

Parcial Nocturna

30

13/10/2015

1/11/2015

Enfermedad General

Parcial Nocturna

Efectos adversos de drogas y medicamentos no especificados

12

18/11/2015

29/11/2015

Enfermedad General

Total

Trastornos de adaptación

30

30/11/2015

29/12/2015

Enfermedad General

Parcial Nocturna

Trastornos de adaptación

30

25/7/2016

23/8/2016

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

30

9/9/2016

8/10/2016

Enfermedad General

Parcial

Hipertrofia de los cornetes nasales

12

29/9/2016

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

30

12/10/2016

10/11/2016

Enfermedad General

Parcial

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

25

2/11/2016

27/11/2016

Enfermedad General

Parcial

Otros trastornos depresivos recurrentes

23

9/12/2016

31/12/2016

Enfermedad General

Parcial

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

30

12/1/2017

10/2/2017

Enfermedad General

Parcial

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

30

22/3/2017

21/4/2017

Enfermedad General

Parcial

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

21/4/2017

3/5/2017

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

36

4/5/2017

9/6/2017

Enfermedad General

Parcial

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

29

21/6/2017

19/7/2017

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

19

31/7/2017

18/8/2017

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

5

19/8/2017

23/8/2017

Enfermedad General

Total

Trastorno depresivo recurrente episodio leve presente

10

3/9/2017

Enfermedad General

Total

Trastornos de la articulación temporomaxilar

30

30/9/2017

29/10/2017

Enfermedad General

Parcial

-Mediante Resolución No.170 del 15 de noviembre de 2017, el secretario general del Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de presidente médico laboral de revisión militar y de policía, autorizó dicha convocatoria¹⁰².

-El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía según Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del 29 de enero de 2018 conceptuó “virus de inmunodeficiencia humana en estadio A1” y “trastorno depresivo recurrente en manejo por psiquiatría”, “INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL-NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL” y una disminución de su capacidad psicofísica equivalente al 10.5%¹⁰³.

-Respecto de las posibles secuelas del VIH, lo cual fue uno de los argumentos que expuso el demandante al solicitar la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, este cuerpo colegiado señaló:

“En lo referente a que se le califiquen posibles secuelas que no fueron calificadas en la Junta Médico Laboral, objeto de la presente revisión, como valoración por neurología, medicina interna, gastroenterología y psicología, esta solicitud se despacha en sentido negativo, toda vez que este Organismo Médico Laboral, solo está facultado por vía del artículo 21 del Decreto 1796 de 2000, para revisar las conclusiones y calificaciones expedidas por la Junta Médica Laboral autorizada, y como se observa en la Junta Médico Laboral, no registra valoraciones diferentes, a la aquí examinada, lo anterior en aras de respetar el debido proceso a que tiene derecho el calificado”.

Conforme a lo expuesto, la Sala observa que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía actuó conforme a los principios constitucionales de solidaridad y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta al no hacer una interpretación literal del ordenamiento jurídico, autorizando la convocatoria a dicho organismo médico, a pesar de que se presentara la solicitud de forma extemporánea, esto es, 24 meses y 37 días después

de la notificación de las conclusiones contenidas en el Acta No 6674 de la Junta Médica del 6 de agosto de 2015. Sin embargo, la autoridad vulneró el derecho al debido proceso administrativo al negarse a realizarle al demandante una valoración integral de su estado de salud, pues, no se analizaron las posibles secuelas del VIH que padece.

Refuerza lo anterior el hecho de que la integralidad en la calificación reviste especial importancia cuando se trata de buscar una recalificación ante la aparición de nuevas secuelas o padecimientos que podrían derivarse de la patología original objeto de calificación, más aún, si se tiene en cuenta que, en el presente caso, entre la última junta médico laboral practicada al accionante y el dictamen del Tribunal Médico había transcurrido un tiempo considerable (más de dos años), periodo en el cual aquél había acudido a sanidad militar por múltiples padecimientos e incapacitado de forma total o parcial por algunos de ellos.

Al paciente no se le realizó una exhaustiva evaluación médica, mediante la práctica de nuevos exámenes para determinar su verdadero estado de salud y así obtener una calificación que correspondiera a la realidad.

Por tal razón, la Corte ordenará a la Dirección de Sanidad o a la dependencia que dentro de la Policía Nacional tenga competencia para que, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta Sentencia, la Junta Médico Laboral valore nuevamente el estado de salud del señor BR de manera integral, realice la calificación correspondiente y conforme a los resultados adopte una decisión sobre (i) la reubicación, previo al análisis sobre si el accionante tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución para lo cual deberá considerar el hecho de que ya ha realizado labores diferentes a las policiales con desempeño calificado como satisfactorio¹⁰⁴, y (ii) el reintegro.

Finalmente, con el fin de garantizar el derecho a la salud de SFBR, esta Sala ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que le preste todos los servicios médicos y asistenciales que requiera por sus condiciones de salud, los cuales se mantendrán durante los tres meses posteriores al dictamen en el evento de que sea desfavorable. En dicho lapso, el señor BR deberá afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo o subsidiado. Si el demandante, dentro del referido término, no concluye los trámites respectivos para obtener la afiliación, se exonerará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de suministrar los servicios de salud.

Bajo las anteriores consideraciones, esta Sala REVOCARÁ la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 26 de septiembre de 2018, la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, el 15 de agosto de 2018, en el trámite del proceso de tutela T-7.066.157. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la salud de SFBR.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

SEGUNDO. – REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido el 26 de septiembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B que confirmó, el dictado el 15 de agosto de 2018 por el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, en el trámite del proceso de tutela T-7.066.157. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la salud de SFBR.

TERCERO. – ORDENAR a la Dirección de Sanidad o a la dependencia que dentro de la Policía Nacional tenga competencia para que, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta Sentencia, la Junta Médico Laboral valore nuevamente el estado de salud de SFBR de manera integral, realice la calificación correspondiente y conforme a los resultados adopte una decisión sobre (i) la reubicación y (ii) el reintegro.

CUARTO. – ORDENAR a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que preste todos los servicios médicos y asistenciales que requiera SFBR por sus condiciones de salud, los cuales se mantendrán durante los tres meses posteriores al dictamen en el evento de que sea desfavorable. En dicho lapso, el señor BR deberá afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo o subsidiado. Si el demandante, dentro del referido término, no concluye los trámites respectivos para obtener la afiliación, se exonerará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de suministrar los servicios de salud.

QUINTO. – Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en el sitio web de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Salvamento de Voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-399/20

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE ENFERMO DE VIH/SIDA EN EL REGIMEN PRESTACIONAL DE LA POLICIA NACIONAL-Se debió proteger por cuanto se desconocieron derechos al trabajo y a la no discriminación (Salvamento de voto)

CARGA DE LA PRUEBA-Distribución a favor de persona en situación de debilidad o subordinación frente a otra persona o autoridad (Salvamento de voto)

La Policía tenía la obligación de demostrar que el accionante no había sido víctima de ninguna conducta discriminatoria, ya que este es una persona subordinada en estado de debilidad manifiesta. Por lo tanto, las afirmaciones de la sentencia según las cuales no había respaldo probatorio para tomar acciones de fondo respecto a esta acusación, son insuficientes y contravienen el concepto de carga dinámica de la prueba que ha sido utilizada en casos similares al que se resuelve en esta ocasión.

DERECHO A LA SALUD DEL PERSONAL RETIRADO DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Plazo para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, constituye una medida irrazonable y desproporcionada (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-7.066.517

Accionante: SFBR

Accionado: Policía Nacional

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Quinta de Revisión de tutelas, en sesión del 14 de septiembre de 2020, mediante la cual se profirió la sentencia T-399 de 2020.

1. Comparto la decisión de conceder la tutela para ordenar la nueva valoración de pérdida de capacidad laboral del accionante. Asimismo, estoy de acuerdo con que es necesario garantizarle al peticionario los tratamientos médicos requeridos. No obstante, me separo de la ponencia porque no protegió en debida forma los derechos fundamentales del accionante. En este punto, considero que la Sala debió proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante, en tanto que se le desconocieron sus derechos al trabajo y a la no discriminación. En mi concepto, debió darse una orden urgente de protección a sus derechos al mínimo vital y al trabajo para garantizar su reintegro. Procedo a explicar mi posición.

2. En este caso particular, el accionante consideró que la Policía Nacional no podía retirarlo del servicio activo, ya que es una persona enferma de VIH en condición de debilidad manifiesta. Por lo tanto, afirmó que se le vulneró su derecho fundamental a la estabilidad

laboral reforzada y solicitó su reintegro a la entidad. Asimismo, afirmó que había sido víctima de discriminación en razón a su orientación sexual por parte de sus superiores.

3. La providencia analizó la presunta vulneración a la estabilidad laboral reforzada. Señaló que para que se configure esta garantía constitucional, era necesario acreditar la existencia de tres presupuestos: i) que el accionante pudiera considerarse una persona en condición de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; ii) que el empleador tuviera conocimiento de esta situación; y iii) que se demostrara un nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

La sentencia encontró acreditado el primer requisito, debido a que señaló que el actor fue diagnosticado con VIH en 2014. En ese sentido, consideró que dadas las circunstancias de vulnerabilidad a las que el peticionario está expuesto con ocasión de su enfermedad, este se encuentra en un estado de debilidad manifiesta.

En segundo lugar, resaltó que la Policía Nacional tenía conocimiento de la condición médica del accionante desde la etapa de diagnóstico, ya que en diciembre de 2014 la Junta Médica Laboral de la entidad determinó que padecía esta enfermedad.

En tercer lugar, estableció que no existió un nexo causal entre el estado de salud del peticionario y la decisión de retirarlo de servicio, porque el peticionario fue diagnosticado con VIH en 2014 y la resolución que dispuso la desvinculación fue de 2018. Además, afirmó que el acto administrativo que ordenó el retiro del servicio del demandante se fundamentó en un acta del Tribunal Médico de Revisión Militar. En ese sentido, señaló que esta última determinó que el accionante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 10.5% derivada de otra patología, a saber, de un trastorno depresivo recurrente. Por lo tanto, concluyó que el retiro del servicio no ocurrió con ocasión del VIH que padece el demandante.

Adicionalmente, la sentencia señaló que no era posible establecer que el peticionario hubiera sido perseguido o discriminado laboralmente con ocasión a su orientación sexual. De este modo, afirmó que no existía un respaldo probatorio suficiente para tomar acciones de fondo respecto a esta acusación.

4. Sin embargo, la providencia concluyó que a pesar de que al accionante no se le violó el derecho a la estabilidad laboral reforzada, sí se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo. De esta manera, resaltó que el Tribunal Médico de Revisión Militar no valoró integralmente el estado de salud del peticionario, debido a que no analizó las posibles secuelas del VIH que padece. En ese sentido, la sentencia resaltó que al paciente no se le realizó una evaluación médica exhaustiva para determinar su verdadero estado de salud y así obtener una calificación que correspondiera a la realidad.

5. En consecuencia, la providencia resolvió amparar el derecho al debido proceso y salud del peticionario. De este modo, ordenó que se lleve a cabo una nueva valoración de pérdida de capacidad laboral del accionante. Además, afirmó que la Policía Nacional debe prestarle los servicios médicos y asistenciales que requiera mientras se llevaba a cabo la valoración. Sin embargo, advirtió que en caso de que esta última resulte desfavorable para los intereses del accionante, la Policía Nacional solo está obligada a prestar los servicios médicos hasta por tres meses después de la realización de la valoración, ya que durante este término el peticionario debe afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En ese sentido, afirmó que si dentro del referido término el accionante no concluye los trámites respectivos para obtener la afiliación, se exonerará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de suministrar los servicios de salud. Finalmente, la providencia negó la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a que afirmó que no se probó un vínculo causal entre su retiro de la actividad y su condición de enfermo de VIH.

6. Considero que al peticionario se le vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada. La sentencia afirmó que no se demostró el nexo causal entre la enfermedad y el despido del trabajador, debido a que transcurrieron cuatro años entre el diagnóstico inicial de VIH y la celebración del Tribunal Médico Laboral en el que se declaró no apto para el servicio al peticionario. Esta afirmación es insuficiente porque soslaya que la jurisprudencia constitucional¹⁰⁵ ha establecido que, cuando un miembro de la Policía Nacional tiene una disminución en su capacidad psicofísica, esta entidad tiene el deber constitucional de intentar su reubicación en un cargo en el que pueda seguir siendo útil para la institución, luego de la respectiva valoración hecha por la Junta Médico Laboral.

En ese sentido, la regla jurisprudencial establece que “después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional.”¹⁰⁶ Por lo tanto, en la medida en que el accionante tenía una capacidad laboral residual del 89,5% al momento de su retiro, la Policía Nacional tenía el deber de reubicarlo dentro de la institución.

Además, en este caso el Tribunal Médico Militar fue negligente al momento de declarar no apto para el servicio al peticionario, ya que calificó al demandante en 2018 de acuerdo con la información de un dictamen médico proferido en 2015. En ese sentido, no solo realizó el dictamen médico con información desactualizada, sino que tampoco justificó la no reubicación del accionante, a pesar de que este se encontraba vinculado laboralmente y había tenido un desempeño notable en sus funciones.

En consecuencia, sostengo que el simple paso del tiempo no es una razón suficiente para desvirtuar el carácter discriminatorio del despido, en la medida en que la Policía Nacional tenía el deber de reubicar al accionante porque i) es una persona con VIH en estado de debilidad manifiesta; ii) fue valorado de manera negligente por el Tribunal Médico Militar, debido a que este fundamentó su dictamen en informes médicos desactualizados; y iii) tenía una capacidad laboral residual del 89,5% al momento en que se le declaró no apto para el servicio.

7. Por otro lado, considero que las afirmaciones que establecen que no hay respaldo probatorio suficiente para determinar que el peticionario fue víctima de discriminación por motivos de su orientación sexual, son insuficientes y contravienen la carga dinámica de la prueba.

En circunstancias similares a las decididas en este caso¹⁰⁷, la Corte ha aplicado el concepto de carga dinámica de la prueba para establecer la obligación que tiene el empleador de desvirtuar el carácter presuntamente discriminatorio de su conducta. En ese sentido, este instrumento procesal traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a quien pretende realizar un trato diferenciado, y no a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad.

En la sentencia C-086 de 2016¹⁰⁸, este Tribunal señaló que en los procesos de tutela por regla general quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación. No obstante, esta providencia también resaltó que, cuando quien alega la violación de sus derechos se encuentra en posición de debilidad o subordinación respecto de quien proviene la violación, la carga de la prueba debe distribuirse en favor de la parte menos fuerte en la relación. En ese sentido, la mencionada sentencia señaló que “en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos.” Por lo tanto, la justificación de la distribución de la carga de la prueba, radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acreditar la vulneración de sus derechos.

Considero que en virtud de este concepto, en este caso, la Policía tenía la obligación de demostrar que el accionante no había sido víctima de ninguna conducta discriminatoria, ya que este es una persona subordinada en estado de debilidad manifiesta. Por lo tanto, las

afirmaciones de la sentencia según las cuales no había respaldo probatorio para tomar acciones de fondo respecto a esta acusación, son insuficientes y contravienen el concepto de carga dinámica de la prueba que ha sido utilizada en casos similares al que se resuelve en esta ocasión. De este modo, sostengo que en este caso era necesario exigirle a la entidad que demostrara efectivamente que no incurrió en este tipo de actuaciones vulneradoras de derechos.

8. Por último, defiendo que el plazo de tres meses que la sentencia le da al peticionario para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de que el dictamen sea desfavorable para sus intereses, vulnera el derecho a la salud del demandante, en tanto desconoce que el accionante quedó desempleado al ser retirado de la policía y, en su condición de salud, difícilmente puede conseguir una fuente de trabajo que le permita proveer sus necesidades vitales, incluidos los recursos para afiliarse al sistema de seguridad social en salud.

La jurisprudencia constitucional¹⁰⁹ ha señalado que el carácter fundamental del derecho a la salud de las personas con VIH que son retiradas de la Policía Nacional, “implica la continuidad en el tratamiento médico requerido incluso ante el cese de la relación laboral, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.”¹¹⁰ De este modo, la Policía Nacional tiene la obligación de garantizarle la continuidad en el servicio de salud al accionante, hasta cuando este se encuentre afiliado al régimen general de seguridad social en salud. Lo anterior, con el objetivo de que el peticionario pueda acceder de manera estable, continua y segura, a la prestación de los servicios de salud que requiere para tratar su enfermedad.

En ese sentido, considero que el término de tres meses establecido por la sentencia es irrazonable y desproporcionado en la medida en que no hay ninguna norma legal o jurisprudencial que lo establezca. Además, este ignora que el accionante es una persona que tiene una mayor carga de estigma, discriminación y dificultad para acceder al sistema de

salud, ya que reúne condiciones que fundamentan la protección constitucional especial a su favor, a saber, la de una persona con orientación sexual diversa que padece VIH. Finalmente, este término pone riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud para el accionante, quien padece una enfermedad catastrófica que debe ser atendida de manera prioritaria y especial. En ese sentido, la eventual suspensión del servicio de salud del accionante supondría poner en riesgo su vida de una manera que vulnera sus derechos, e ignora la obligación que tiene la Policía Nacional de asegurar la prestación y continuidad del servicio, hasta que se garantice la afiliación del peticionario al régimen general de seguridad social en salud.

9. En conclusión, no estoy de acuerdo con la sentencia referida porque i) vulneró el derecho a la estabilidad laboral del peticionario, en la medida en que tenía una capacidad laboral residual del 89,5% al momento en que fue declarado no apto para el servicio; ii) no utilizó el concepto de carga dinámica de la prueba para establecer si el peticionario fue víctima de discriminación a causa de su orientación sexual; y iii) impuso un término arbitrario que pone en peligro la continuidad en la prestación del servicio de salud a una persona que sufre de una enfermedad catastrófica.

En estos términos quedan expuestas las razones que me llevaron a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en la sentencia T-399 de 2020.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 El presente capítulo resume la narración hecha por el apoderado del accionante, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

2 En el expediente obra extracto de la hoja de vida del demandante en el que consta que ingresó el 2 de noviembre de 2004 a la Policía Nacional como auxiliar de policía (Resolución No. 051 del 2/11/04). 1, fl. Cuad. 54.

3 En el expediente se encuentra el Acta No. 1684 del 4 de agosto de 2014. Cuad. 1, fl. 41.

4 Las conclusiones del Acta No. 1684 del 4 de agosto de 2014 fueron notificadas personalmente al demandante el 20 de agosto de 2014. Cuad. 1, fl. 43.

5 En el plenario se constata este diagnóstico en el extracto de la historia clínica. Cuad. 1, fl. 14.

6 En el expediente obra copia del Acta No 6674 de la Junta Médica del 6 de agosto de 2015. Cuad. 1, fl. 44.

7 Las conclusiones del No 6674 de la Junta Médica del 6 de agosto de 2015 fueron notificadas personalmente al demandante el 19 de agosto de 2015. Cuad. 1, fl. 47.

8 En el plenario se encuentra la queja No. 326948-20161105 interpuesta por el señor MA en la que se consignó que el demandante ha sido supuestamente objeto de persecución laboral por parte de la señora Intendente MIPL que se traduce "... llamadas de atención de manera arbitraria y sin justificación válida, llamadas telefónicas donde se presentan gritos y faltas de respeto y constantes desméritos a su trabajo". Cuad. 1, fl. 62.

9 El demandante solicitó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el 6 de septiembre de 2017. Mediante Resolución No.170 del 15 de noviembre siguiente, el secretario general del Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de presidente médico laboral de revisión militar y de policía, autorizó dicha convocatoria. Lo anterior, se encuentra consignado en el Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 29 de enero de 2018.Cuad. 1, fl. 48.

10 Al expediente se allega copia del Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 29 de enero de 2018.Cuad. 1, fl. 48. Esta acta se le notificó al demandante por correo electrónico el 5 de febrero de 2018. Cuad. 1, fl. 79.

11 “Por la cual se retira del servicio activo por Disminución de la Capacidad Sicofísica a un Subintendente de la Policía Nacional”. Cuad. 1, fl. 9.

12 Obra en el plenario Extracto de la hoja de vida del demandante. Cuad. 1, fl. 54.

13 El demandante en la demanda señala que una de sus pretensiones es que se celebre una nueva junta médico laboral para establecer su verdadera disminución de la capacidad sicofísica y la reubicación laboral

14 El accionante expresamente solicita que la reubicación sea en la ciudad de Bogotá.

15 El juzgado de primera instancia resolvió, por un lado, “TUTELAR en forma transitoria el derecho fundamental a la salud del señor SFBR...” y ordenó al DIRECTOR DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia afilie nuevamente al señor SFBR de forma completa al sistema de salud de forma inmediata e integral, garantizándole de esta manera la continuidad de los servicios médicos y asistenciales que requiera en el tratamiento de su patología de VIH-SIDA y trastorno psiquiátrico, durante el término que la autoridad competente utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el actor deberá interponer en el término de cuatro (4) meses a partir del presente fallo, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, y por otro,

“NEGAR la presente acción respecto de los derechos a la dignidad humana, seguridad social, mínimo vital, igualdad y debido proceso, en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia”.

16 “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”.

17 Los señores HJBS y GRP como padres del demandante, rindieron declaración juramentada ante la Notaría Única del Círculo de Fresno (Tolima), en la que señalan que dependían económicamente de él.

18 La señora AL rindió declaración juramentada ante la Notaría 74 del Círculo de Bogotá, en la que informa que le proporciona al demandante alimentación, gastos de transporte y vivienda.

19 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

20 Las pretensiones formuladas en la solicitud de amparo consisten en que se ordene (i) su reintegro en el grado y cargo correspondiente y con la respectiva antigüedad, el pago de los haberes dejados de cancelar y demás prestaciones y (ii) la práctica de una nueva junta médico laboral con el fin de establecer su verdadera disminución de su capacidad sicofísica y la reubicación laboral en la ciudad de Bogotá D.C.

21 Sentencias T-834 de 2005 y T-887 de 2009.

22 Cuad. de primera instancia, fl. 18.

23 Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

24 T-161 de 2017.

25 Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

26 Artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

27 Op cit.

28 Sentencias T-387 de 2009 y T-076 de 2011,

30 Sentencia T-205 de 2015.

31 “ARTICULO 10. EXÁMENES DE REVISIÓN A PENSIONADOS. La Dirección de Sanidad de cada Fuerza o de la Policía Nacional, realizará por lo menos una vez cada tres (3) años exámenes médicos de revisión al personal pensionado por invalidez. || En caso de evidenciarse que no persiste la patología que dio origen a la prestación, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procederá a revisar el caso.(...)”.

32 “ARTICULO 21. TRIBUNAL MÉDICO-LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado”.

33 “Artículo 10º. Exámenes de revisión a pensionados. Los pensionados por incapacidad relativa permanente o invalidez, se someterán a exámenes médicos de revisión cuando el Ministerio de Defensa o la Dirección General de la lesión o lesiones que originaron la pensión. || Si de los exámenes a que se refiere el inciso anterior se encuentra que la incapacidad presenta modificación el Tribunal Médico – Laboral de Revisión Militar y de Policía procederá a definir el caso mediante reclasificación de la incapacidad de acuerdo con la situación encontrada en la revisión (...)”.

34 “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”.

35 Sentencias T-163 de 2017, T-328 de 2011, T-789 de 2003, T-136 de 2001, entre otras.

36 Sentencias T-719 de 2003, T-1042 de 2010, T-167 de 2011, T-352 de 2011, T-206 de 2013

y T-269 de 2013, entre otras.

37Adicionalmente, desde que fue desvinculado de la Policía Nacional, según las pruebas allegadas en sede de revisión, el demandante no ha logrado conseguir un trabajo estable, lo cual tiene una incidencia negativa frente a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, compuesto por sus padres, que dependían de su salario como policía. Situación que persiste de acuerdo con las comunicaciones enviadas por parte del demandante, vía correo electrónico, en las que informa acerca de su situación precaria debido a la falta de salario ocasionada por su desvinculación de la Policía Nacional y por la emergencia que vive el país.

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

39 Sentencia C-470 de 1997.

40 La estabilidad laboral reforzada se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, a saber: artículos 53, 47, 13 y 95, según la Sentencia T-620 de 2019. A nivel internacional conforme la Sentencia T-597 de 2017 se ha ocupado del tema “la Declaración

de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 de 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre ‘Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad’, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras”.

41 Sentencias T-1183 de 2003, T-1003 de 2006 T-621 de 2009, SU-070 de 2013, T-350 de 2016, T-610 A de 2017 y SU-075 de 2018, entre otras.

42 Sentencias T-232 de 2010, T-292 de 2011, T-509 de 2012, T-144 de 2014, T-405 de 2015. T-703 de 2016 y T-589 de 2017, entre otras.

43 Sentencias T-277 de 2017, T-033 de 2018, T-533 de 2015 y T-986 de 2012, entre otras.

44 Sentencias T-593 de 2006, T-992 de 2012, T-292 de 2014, T-182 de 2015, entre otras.

45 Sentencias, T-833 de 2009, T-345 de 2015 y T-084 de 2018, entre otras.

46 CHÁVEZ, Armando Mario. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, 2003, no 19, p. 126-141. Citada en la Sentencia T-014 de 2019.

47 T-1210 de 2008, T-490-10 y T-988 de 2012, entre otras.

48 T-521 de 2016, T-305 de 2018, T-041 de 2019 y T-118 de 2019, entre otras.

50 Sentencia T-002 de 2011.

51 Sentencias T-111 de 2012, T -077 y 877 de 2014, T- 064 y 317 de 2017 y SU-040 de 2018, entre otras.

52 Sentencias T-899 de 2014 y T-106 de 2015.

53 Sentencia T-014 de 2019.

54 Sentencia T-948 de 2008.

55 Sentencia T-287 de 2016.

56 Sentencia T-392 de 2017.

57 Sentencias T-826 de 1999, T-066 de 2000, T-434 de 2002, T-077 de 2014 y T-620 de 2019.

58 “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”.

59 “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”. artículo 2.

60 Artículo 2 del Decreto 1796 de 2000.

61 Artículo 3 del Decreto 1796 de 2000.

62 El artículo 4 del Decreto 1796 de 2000, dispone que los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán, además de los ya citados, para la selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional, escalafonamiento, ingreso personal civil y no uniformado, reclutamiento, incorporación, comprobación, ascenso personal uniformado, aptitud sicofísica especial, comisión al exterior, licenciamiento y por orden de las autoridades médico-laborales.

63 El artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 consagra: “[l]os resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que

trata el artículo 1 del presente decreto, tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados”.

64 Al respecto, el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 estipula “[el] concepto de capacidad sicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad sicofísica”.

65 Artículo 28 del Decreto 1796 de 2000.

66 Artículo 14 del Decreto 1796 de 2000.

67 “ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento”.

68 Artículo 21 del Decreto 1796 de 2000.

69 El artículo 29 del Decreto 094 de 1989 establece la oportunidad de convocatoria del Tribunal Médico-Laboral Militar.

70 “ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales: || 1.

Por solicitud propia. || 2. Por llamamiento a calificar servicios. || 3. Por disminución de la capacidad sicofísica. || 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez. || 5. Por destitución. || 6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes. || 7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial. || 8. Por incapacidad académica. || 9. Por desaparecimiento. || 10. Por muerte.”

71 Frente al particular esta Corte en la mencionada sentencia C-381 de 2005 indicó: “...existen tareas que contribuyen a dar cumplimiento a los propósitos constitucionales de la institución y que a pesar de no ser, por ejemplo, de carácter estrictamente operativo, revisten importancia y requieren para su desarrollo la presencia de personal vinculado a la institución. En primer lugar, se encuentra la docencia o la instrucción, en razón a que el personal de la Policía debe ser capacitado integralmente en academias y centros de formación especializada. De manera que se requieren personas capacitadas para desarrollar labores de instrucción y de docencia, para capacitar y orientar no sólo a los alumnos que han ingresado a la institución, sino a quienes requieren adelantar alguna especialidad”. “De otra parte, las actividades de orden administrativo o aquellas destinadas a fortalecer las relaciones entre el ciudadano y la institución, las cuales no requieren elevados esfuerzos físicos u óptimas condiciones sicofísicas, como sí se exige, en cambio, para las estrictamente operativas.”

Como la actividad distinta de la propiamente militar o de policía, en principio, podría ser desempeñada por personas que presentan alguna condición de discapacidad, se concluyó que, frente a la disminución de la capacidad sicofísica de uno de sus miembros, la Policía Nacional tiene el deber constitucional de intentar su reubicación en un cargo en el que pueda seguir siendo útil para la institución.

72 Sentencia T-539 de 2015.

73 Sentencia T-798 de 2011.

74 Sentencia T-717 de 2017.

75 Ibídem.

76 Sentencia T-495 de 2003, reiterada en las sentencias T-438 de 2007 y T-1041 de 2010.

77 Sentencias T-773 de 2009, T-696 de 2011 y T-157 de 2012.

78 “Al respecto, la Corte, en la Sentencia T-436 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas) a propósito de la revisión de un caso en el que a una persona le revocaron la pensión de invalidez porque la Junta Regional había decidido disminuir su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, omitiendo algunas etapas propias del proceso, recogió estas reglas básicas, aplicables en la actuación de todas las juntas que tengan la función de calificar de invalidez. Estas reglas han sido reiteradas por la Corte en varias oportunidades, incluyendo casos de personas retiradas de las Fuerzas Militares por virtud de la calificación de la pérdida de disminución psicofísica realizada por la Junta Médica Militar. entre estas, la sentencia T-108 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), ocasión en la que la junta no tuvo en cuenta las patologías que sufría el peticionario ni ofreció sustentación alguna respecto de la exclusión de estas. También en la Sentencia T-328 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) en la cual la Sala Segunda de Revisión consideró que el hecho de no tener en cuenta todos los exámenes médicos realizados al actor para determinar el porcentaje de la incapacidad laboral y no justificarlo desconocía el derecho al debido proceso”.

79 “Ibídem. En las mismas sentencias la Corte ha establecido que parte de las garantías que deben observarse en el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, es el derecho a controvertir el dictamen emitido por la Junta”.

80 “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

81 “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

82 El grupo de beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fue presentado en la Sentencia T-299 de 2019 de la siguiente manera: “(i) Los afiliados sometidos al régimen de cotización, entre los cuales se encuentran: (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.// (ii) 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 se encuentren prestando el servicio militar obligatorio.//Así mismo, establece que serán beneficiarios del primer grupo de afiliados: a) El cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado. b) Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado. c) Los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura. d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados que dependan económicamente de él. e) Los padres del personal activo de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, tendrán el carácter de beneficiarios, siempre y cuando dependan económicamente del Oficial o Suboficial”.

83 Sentencia T-848 de 2010.

84 Sentencias T-124 de 2005, T-438 de 2007 y T-1050 de 2008.

85 Sentencias T- 376 de 1997 y T-568 de 2008.

86 Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

87 Sentencia T-898 de 2010.

88 Ibídem

89 Sentencia T-516 de 2009 y T-848 de 2010.

91 Sentencia T-337 de 2020.

92 Folios 13-32 del cuaderno 1.

93 El máximo órgano médico para la Policía Nacional y las fuerzas militares determinó que el demandante no apto para actividad policial y no recomendó la reubicación laboral. Cuad. 1, fl. 48.

94 En la mencionada acta el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía expuso que la Junta Médico Laboral calificó la afección relacionada con infección por VIH del demandante estadio A1 de acuerdo con la valoración médica y antecedentes clínicos aportados por el calificado. Según valoración de los últimos reportes de tabulaciones CD4 y carga viral este no ha desarrollado la enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia, no ha presentado infecciones oportunistas, no hay síntomas ni signos de complicaciones o progresión a la fecha, encontrándose en condición de portador. Dijo además que de manera técnico científica y con fundamento en la literatura médica, los diagnósticos del calificado este se encuentra en el estadio A1 con lo cual se concluye que no tiene SIDA, pues conforme lo dicho en la “Clasificación del Centro para el Control de Enfermedades (CDC) de Atlanta de 1993” los pacientes incluidos en las categorías C1, C2, C3, A3 y B3 se consideran afectados con esa enfermedad. Así las cosas, se determinó que su diagnóstico con fundamento en la historia clínica es de infección por VIH estadio A1 y por esa razón no le produce disminución de la capacidad sicofísica, es decir, en términos menos médicos, el paciente está afectado por el virus, puede infectar a otras personas, pero no padece los síntomas de la inmunodeficiencia adquirida, por lo tanto, no se le puede asignar porcentaje de disminución de la capacidad sicofísica para actividad militar. Cuad. 1, fl.48.

95 En el expediente obra la respuesta a la queja No. 297-16 Cuad. 1, fl. 89.

96 Cuad. 1, fl. 41.

97 Cuad. 1, fl. 43.

98 Cuad. 1, fl. 44.

99 Cuad. 1, fl. 47.

100 Cuad. 1, fl. 46.

101 Además de las enfermedades que le ocasionaron al demandante las incapacidades reseñadas, en la historia clínica reposa que fue atendido por diversos padecimientos después de la Junta Médica realizada el 6 de agosto de 2015, tales como: diarrea y gastroenteritis (21/10/2015), efectos adversos de drogas y medicamentos no especificados (18/11/2015), trastorno del inicio y mantenimiento del sueño (14/12/2015), constipación (04/10/2016), hemorragia del ano y del recto (26/10/2016), hipoacusia no especificada (21/11/2016), hipoacusia sensorial bilateral (18/01/2017), hemorroides externas sin complicación (17/04/2017), hemorragia no clasificada de otra parte (17/07/2017), hemorroides internas con otras complicaciones (17/08/2017), perturbación de la actividad y de la atención (06 y 24/10/2017), entre otros. Esta información se encuentra en el disco compacto que obra en Cuad. 1, fl. 63.

102 Lo anterior, se encuentra consignado en el Acta No. TML 18-2-035 MDNSG-TML-41.1 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 29 de enero de 2018. Cuad. 1, fl. 48.

103 Cuad. 1, fl. 48.

104 Al plenario de allega copia de la constancia del Jefe de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Pereira en la que consta esta calificación. Cuad. 3, fl. 60.

105 Sentencias T-1048 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero Guerrero; T-898 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-381 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

106 Sentencias T-373 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

107 Sentencias T-804 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

108 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

109 Sentencia T-898 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

110 Sentencia T-898 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.