

Sentencia T-510/10

(Junio 17; Bogotá D.C.)

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL A PERSONAS DISCAPACITADAS O EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Desarrollo legal sobre mecanismos de integración social de personas con limitaciones

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD APLICABLE A SOLDADOS PROFESIONALES-Fuerzas Militares tienen obligación de extender servicios de salud a antiguos miembros aún cuando estos hubiesen sido retirados del servicio activo

La Corte Constitucional ha advertido, que en la medida en que un soldado profesional o miembro activo de las fuerzas militares es retirado de la institución, a consecuencia, precisamente, de una enfermedad profesional ocasionada por la propia actividad militar o por una lesión sufrida durante el servicio, tales patologías deben seguir siendo tratadas y atendidas médicamente, con cargo al subsistema de salud de las Fuerzas Militares, en la medida en que dicho servicio se suspenda pueden comprometer la salud y hasta la propia vida del ex miembro de las fuerzas militares.

DERECHO A LA SALUD DEL SOLDADO RETIRADO-Casos en que Sanidad Militar deberá seguir prestando atención integral en salud

SOLDADO DISCAPACITADO-Orden al Ejército Nacional de incorporar al soldado retirado a un programa de apoyo que le permita iniciar proceso laboral

DERECHO A LA SALUD DEL SOLDADO RETIRADO-Orden al Ejército Nacional de continuar la prestación del servicio integral de salud hasta cuando el accionante haya sido vinculado al Sistema de Seguridad Social

Referencia: expediente T-2.477.842

Accionante: José María Zapata Galeano

Accionados: Ejército Nacional y Ministerio de Defensa Nacional.

Fallo objeto de revisión: sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia el día cuatro de noviembre de 2009 (confirmatoria del fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del 11 de septiembre de 2009).

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. Antecedentes.

1. Demanda y pretensión.

- Derechos fundamentales invocados: estabilidad laboral reforzada; mínimo vital; igualdad; trabajo; salud; y dignidad humana.

- Conducta que causa la vulneración: acto administrativo de fecha 15 de julio de 2009, por el cual se ordena el retiro del accionante del servicio activo del ejército por disminución de capacidad psicofísica.

- Pretensión: se conceda la tutela, y se ordene a la entidad demandada reintegrar al accionante a un cargo administrativo o a la Banda Sinfónica en la cual se venía desempeñando o a un puesto compatible con sus condiciones de salud y conforme a las instrucciones establecidas por su médico tratante. Solicita igualmente, además, se le vincule de nuevo al sistema de seguridad social integral para continuar con su rehabilitación y se le cancelen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta el momento de su reintegro efectivo.

1.2. Fundamento de la pretensión.

1.2.1. La presente solicitud de tutela se sustenta en las siguientes afirmaciones, hechos y medios de prueba.

- El señor José María Zapata Galeano ingresó al Ejército Nacional el 28 de enero de 1999. Su núcleo familiar está compuesto por su esposa, su hijo menor de edad y su madre, quienes dependen económicamente de él.¹

- Gracias a su buen comportamiento y entrega a la institución. Subraya que nunca recibió

queja o llamada de atención por parte de sus superiores comandantes o altos funcionarios, lo que le valió ser, “ascendido e ingresado a SOLDADO PROFESIONAL, por [sus] aptitudes físicas y mentales” 2, cargo que desempeñó desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el día 15 de julio de 20093.

- Como soldado profesional activo, el accionante empezó a sufrir de fuertes dolores lumbares el día 6 de junio de 2006, originados en el esfuerzo físico propio de la actividad desarrollada por un soldado profesional.

- Tras dos años de padecer las referidas molestias lumbares, así como de padecer otras dolencias surgidas durante dicho tiempo, el Ejército le comunicó que estudiarían sus patologías, para lo cual fue sometido a numerosos exámenes médicos,. De estos se pudo establecer en un dictamen médico expedido el 27 de mayo de 2008, por un médico ortopedista, que el actor presentaba “LUMBAGIA MECÁNICA, ESTADO ACTUAL, REFIERE DOLOR QUE SE DESENCADENA CON EL ESFUERZO FÍSICO PROLONGADO. CONCEPTO: PACIENTE CON DOLOR LUMBAR SECUNDARIO A ESFUERZO FÍSICO.” 4

- El 30 de mayo de 2008, le es practicado un nuevo examen médico, en esta oportunidad por un médico urólogo, quien determinó, que a raíz de fuertes dolores a nivel inguinal y testicular que el accionante presentaba, obedecí a una “ORQUIALGIA IZQUIERDA, ESTADO ACTUAL: ABDOMEN BLANDO NO DOLOROSOS REGIÓN INGUINAL IZQUIERDA NORMAL, TESTÍCULO IZQUIERDO NORMAL, CORDÓN ESPERMÁTICO NORMAL. CONCEPTO: PACIENTE QUE PRESENTA DOLOR ABDOMINAL POLAQUIURIA OCASIONAL ANTES Y LUEGO DE VARICOCELECTOMIA IZQUIERDA. EL DOLOR COINCIDE CON EL ESFUERZO FÍSICO A LA ACTIVIDAD SEXUAL. SE ENCUENTRA EN EXAMEN FÍSICO NORMAL. SOLO PROSTATITIS CRÓNICA REAGUDIZADA AL TACTO.”5

- Manifiesta el accionante que al momento de ingresar al Ejército Nacional, fue sometido a minuciosos exámenes médicos y físicos, siendo calificado apto para el servicio, lo que confirma el hecho que para la época de su incorporación a la institución militar, no presentaba las patologías diagnosticadas en el año 2008.

* El 3 de junio de 2008, le es practicado un nuevo examen denominado Electromiografía, con

el fin de determinar el nivel de afectación de su columna. El diagnóstico fue el siguiente: "INTERPRETACIÓN: LAS NEUROCONDUCCIONES REALIZADAS ESTÁN NORMALES, SE ENCUENTRAN DENERVACIÓN EN LOS MÚSCULOS PARAESPINALES LUMBARES, TENSOR DE LA FASCIA LATA Y EXTENSOR PROPIO DEL HALLUX, CON POTENCIALES DE ACCIÓN DE UNIDADES MOTORAS NORMALES. EN LOS DEMÁS MÚSCULOS EXPLORADOS NO SE ENCUENTRA ANORMALIDAD. CONCLUSIÓN: LO ANTERIOR ES INDICATIVO DE PATOLOGÍA DE RAÍZ L5 IZQUIERDA".

* Con base en dicho diagnóstico médico, la Junta Médica Laboral, mediante Acta No. 24709, calificó al accionante como NO APTO para la actividad militar, por presentar una incapacidad permanente del 27.09%, originada en la actividad profesional. Con este dictamen, se ordenó la reubicación del señor Zapata en el Batallón de Sanidad (BASAN), lugar en el que empezó a formar parte de la Banda Sinfónica de la Brigada de Logística, integrada por soldados discapacitados. Durante su permanencia en dicho batallón, el accionante hizo un curso de formación en servicio al cliente en el mes de abril de 2009, el cual fue certificado por el SENA.

* Para el 15 de julio de 2009, el Batallón de Sanidad Militar expidió un acto administrativo en el que le comunicó su cese militar definitivo, en razón a la pérdida de capacidad psicofísica.

- Frente a los anteriores hechos, el accionante manifiesta que su retiro del Ejército Nacional, fue un acto discriminatorio, pues a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, sus superiores tenían conocimiento que él podía desempeñarse en otras actividades, como personal administrativo o en la misma Banda Sinfónica del Batallón. Considera que merece ser reintegrado a la institución a la cual ha prestado sus servicios por más de diez años, a ser vinculado nuevamente al sistema general de seguridad social integral para continuar con su rehabilitación y pago de los salarios dejados de percibir desde su retiro hasta su efectivo reintegro.⁶

1.2.2. Medios de prueba allegados al expediente.

- Declaración juramentada realizada el 27 de julio de 2009, en la Notaría Veinticuatro de Medellín en la que la Teresa de Jesús Usura Loaiza, esposa del accionante declara que su esposo “es quien vela económicamente y en todo sentido por [su] hijo (...)” toda vez que ella se encuentra desempleada y no recibe rentas, salario, ni pensión y el hijo lo sostiene con lo que le aporta el accionante.⁷

- Declaración juramentada realizada el 27 de julio de 2009, en la Notaría Diecisiete de Medellín, en la que María Imelda Galeano Carvajal, madre del accionante manifiesta que es “ama de casa y en la actualidad no [se] encuentra laborando en ninguna entidad pública, privada ni por [su] cuenta, no [recibe] asignación del Estado, [depende] económicamente de su hijo JOSÉ MARÍA ZAPATA GALEANO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.988.115.”⁸

- Copia del informe de escanografía y resonancia expedido por el doctor Álvaro Tafur Anzola médico del Hospital Militar Central, expedido el día 31 de julio de 2009 en el que se certifica que el accionante presenta el siguiente diagnóstico médico:

“Lesión endomedular compatible con encondroma.

Fisura del cuerno posterior del menisco interno.

Lesión intersticial del ligamento cruzado anterior” ⁹.

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del hijo del accionante, nacido el 17 de mayo de 2006, lo que confirma su minoría e edad.¹⁰

- Copia del Registro de Matrimonio del accionante.¹¹

- Copia del diploma expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en donde consta que el accionante cursó y aprobó “la acción de Formación SERVICIO AL CLIENTE con una duración de 50 horas”. Firmado en Bogotá el día 24 de abril de 2009 por el Subdirector del Centro de Gestión y Fortalecimiento Socio Empresarial Regional Distrito Capital.¹²

- Fotocopia del Acta de Junta Médica Laboral 24709 Registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército y expedida en Medellín el 4 de junio de 2008. En las conclusiones de este documento se certifica lo siguiente:

“1) CUADRO DE ESGUINCE DE TOBILLO IZQUIERDO HACE 8 MESES VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA QUE DEJA COMO SECUELA: A) DOLOR EN TOBILLO IZQUIERDO. 2) DOLOR EN REGIÓN LUMBAR AL ESFUERZO FÍSICO PROLONGADO VALORADO Y TRATADO POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA CON ELECTROMIOGRAFÍA QUE DEJA COMO SECUELA LUMBALGIA CON RADICULOPATIA. 3) PROSTATITIS CRÓNICA VALORADA Y TRATADA POR UROLOGÍA. 4) VARICOCELECTOMIA IZQUIERDA VALORADA Y TRATADA POR EL SERVICIO DE UROLOGÍA QUE DEJA COMO SECUELA: A) ORQUIALGIA IZQUIERDA”¹³.

En el mismo documento se certifica que el accionante tiene una incapacidad permanente parcial de 27.09%; lo que lo hace no apto para el servicio y se especifica que:

“LA LESIÓN 1 OCURRIÓ EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO; LITERAL A (AC). AFECCIÓN 2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL LITERAL B. (EP) AFECCIÓN 3. SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL A (EC). AFECCIÓN 4. SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL A (EC)” ¹⁴.

- Copia del documento expedido por la Secretaría General del Tribunal Medico Laboral fechado el día 2 de diciembre de 2008 y suscrito por el Presidente de dicho Tribunal, por el que se informa al accionante, que en vista de que no asistió a la citación realizada para el día 1º de diciembre de 2008 se lo vuelve a citar para el día 9 de febrero de 2009.¹⁵

- Fotocopia del documento expedido por el Batallón de Sanidad “SOLDADO JOSÉ MARÍA HERNANDEZ en donde se hace constar lo siguiente:

“EN LA FECHA Y POR ORDEN DEL SEÑOR GENERAL OSCAR ENRIQUE GONZÁLEZ PEÑA COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL PERMÍTOME NOTIFICAR QUE MEDIANTE ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No 1367 DEL 15 DE JULIO DE 2009. RETIRA DEL SERVICIO ACTIVO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA, AL SEÑOR SLP ZAPATA GALEANO JOSÉ MARÍA CM 71988115 NOVEDAD FISCAL 15 DE JULIO DE 2009, AUTORÍZASE DESACUARTELAMIENTO FECHA 15 DE JULIO DE 2009, COMANDANTE UNIDAD DEBE NOTIFICAR POR ESCRITO COPIAS ENVÍESE SECCIÓN SOLDADOS DIPER X PRESENTARSE 60 DÍAS A PARTIR FECHA RETIRO MEDICINA LABORAL DISPENSARIO CENTRAL DE BOGOTÁ X DEJAR REGISTRADA DOS DIRECCIONES RESIDENCIA PRÓXIMOS SEIS MESES X DILIGENCIADA FORMATO No. 05 PARA PERSONAL MILITAR RETIRADO ANEXANDO DOCUMENTACIÓN SOPORTE ACUERDO A DIRECTIVA PRESTACIÓN No. 13 DEL 18-JUL-01 X INFORMACIÓN DEBE

ENVIARSE DENTRO 8 DÍAS SIGUIENTES CAUSARSE RETIRO JUNTO CONSTANCIA ÚLTIMOS HABERES DEVENGADOS CESE MILITAR SECCIÓN PRESTACIONES SOCIALES EJÉRCITO X GR. OSCAR ENRIQUE GONZALEZ PEÑA COEJC X".16

- Copia de la constancia emitida por la Dirección de Personal –Jefatura de Desarrollo Humano–, el día 23 de julio de 2009 mediante la cual se certifica que:

“el señor PF. ZAPATA GALEANO JOSÉ MARÍA (...) es SOLDADO PROFESIONAL del Ejército Nacional en retiro mediante OAP-EJC No. 1367 de 20090715 con novedad fiscal 20090715 por DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA, con un tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares de 9 años, 9 meses y 8 días hasta el 20090715, para lo cual se presenta el siguiente detalle de grados y tiempos”17:

Descripción

Fecha inicia

Fecha Termina

Años

Meses

Días

Soldado bachiller

19900128

19990531

0

4

3

Dragoneante

19990601

19991222

0

6

21

Tiempo de servicio militar cumplido

19991222

Soldado voluntario

20000901

20031031

3

2

0

Soldado profesional

20031101

20090715

5

8

14

- Fotocopia del carné de servicios de salud del accionante y de su cédula de ciudadanía. De

este último documento se observa que el accionante nació el 26 de septiembre de 1979, por lo que la momento del retiro activo del Ejército Nacional contaba con 29 años de edad.¹⁸

- Fotocopia del documento emitido por el Instituto Neurológico de Antioquia fechado el día 3 de junio de 2008, mediante el cual se concluye que en relación con la situación del paciente José María Zapata Galeano:

“Las neuroconducciones realizadas están normales. // Se encuentra denervación en los músculos paraespinales lumbares, tensión de la fascia lata y extensor propio de hallux, con potenciales de acción de unidades motoras normales. En los demás músculos explorados no se encuentra anormalidad. // Conclusión. LO ANTERIOR ES INDICATIVO DE PATOLOGÍA DE LA RAÍZ L5 IZQUIERDA”¹⁹.

- Fotocopia de la Historia Clínica del accionante.²⁰

- Fotocopia del documento que contiene el estudio ECO TESTICULAR efectuado por Profamilia al accionante, a petición de Batallón Velez, fechado el día 21 de enero de 2009.²¹

- Fotocopia del documento que contiene el estudio de ECOGRAFÍA DE ABDOMEN practicado al accionante el día 30 de mayo de 2009.²²

- Fotocopia de la Hoja de Evaluación médica realizada expedida el 1º de junio de 2009 por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.²³

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1 Ejército Nacional.

Mediante documento suscrito por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, y allegado el día 11 de septiembre de 2009, al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal, la entidad accionada realiza un recuento de la situación del accionante, coincidiendo en gran medida con lo relatado por él en su demanda de tutela. Explica sin embargo, que el accionante fue retirado del servicio “POR DISMINUCIÓN DE SU CAPACIDAD PSICOFÍSICA”. Según esta causal -subraya-, “el Soldado Profesional que no reúna las condiciones de

capacidad y aptitud psicofísica determinada por las disposiciones legales vigentes podrá ser retirado de la fuerza”. (Negrillas añadidas por la entidad accionada). En vista de que por decisión del Tribunal Medico Laboral el ciudadano Zapata Galeano fue declarado no apto para el servicio y el acto administrativo mediante el cual se adoptó tal decisión se encuentra en firme y goza de la presunción de legalidad, no está obligada la entidad a reubicarlo toda vez que “al tema de REUBICACIÓN, al personal de Soldados Profesionales declarados NO APTOS PARA LA ACTIVIDAD MILITAR, no se les contempla por la naturaleza del cargo que desempeñan ya que de acuerdo al Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales ‘Decreto 1793 de 2000 Artículo 1 y 2’ deben estar en el área de combate, no en parte administrativa y no se contempla dentro de la planta de personal este tipo de funciones.” 24

De otra parte, aclara que según lo dispuesto en el artículo 2º del referido decreto “la planta de Personal será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades de las fuerzas Militares. Dicha planta tiene como punto de referencia un plan quinquenal elaborado por el Ministerio de Defensa Nacional, el cual es revisado anualmente y detalla el número de miembros de la fuerza. Teniendo en cuenta lo anterior se elabora la planta de personal y los cargos disponibles fundamentados en los Decretos, la necesidad y finalidad”.25

De lo anterior, concluye que es a partir de la anterior normatividad que se elabora la planta de personal y los cargos dependiendo en consecuencia de la necesidad y la finalidad. Por ello, hablar de reubicación de soldados profesionales en la planta de personal de la parte administrativa, no solo es imposible, sino que además el mismo Decreto 1793 de 2000, no lo contempla.

Por todo lo anterior, la entidad accionada considera que la presente acción de tutela ha de ser rechazada por improcedente, y las demás pretensiones han de ser desestimadas, en tanto que la actuación adelantada por la institución castrense no desconoció derecho fundamental alguno del accionante.

2.2 Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares.

El Director de Sanidad Militar intervino igualmente en la presente acción de tutela. Luego de hacer un recuento de los hechos de la presente acción de tutela, advirtió que lo pretendido por el accionante de la revisión del dictamen hecho por la Junta Médica, petición que no es

posible conceder ya, por cuanto aclara que en el presente caso no se configura el evento señalado en el párrafo del artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, que permite una segunda evaluación médica cuando quiera que quien la solicita siga vinculado a la institución y presente nuevas lesiones o afecciones a su salud.

Luego de exponer otros argumentos concernientes a la subsidiariedad de la acción de tutela, señala por transcripción que hace del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, cuales son los servicios de salud de las Fuerzas Militares a las que tienen derecho sus miembros. Que en virtud de tal norma, el accionante no tiene en este momento, pues no es afiliado ni beneficiario de este subsistema de salud, por no pertenecer ya al Ejército Nacional.

2.3 Ministerio de Defensa Nacional.

Notificado de la interposición y de la presente acción de tutela, el Ministerio de Defensa Nacional, guardó silencio.

3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1. Primera Instancia. Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2009, se tuteló el derecho a la salud el señor José María Zapata Galeano.

Explicó el a quo, que la Corte Constitucional ha dejado en claro la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro laboral, pues para alcanzar tal fin, existen otros medios de defensa judicial por vía de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa. Sin embargo, será procedente en el caso de personas de especial protección, como sería el caso de mujeres en estado de embarazo, o ante la presencia de algún perjuicio irremediable frente al cual el medio de defensa ordinario resulte ineficiente, caso en el cual la protección se impartirá como mecanismo transitorio.

Si bien el ordenamiento prevé una protección especial a favor de las personas disminuidas en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales. Sin embargo, cuando se trata de personas como la que promueve la presente acción de tutela, su petición de reintegró resulta improcedente.

Señala el a quo, que en relación con el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, existen normas que regulan el manejo del personal que las conforman. Así, el Decreto 1793 de 2000, o Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Armadas, consagra en su artículo 10 que “el soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”

Así, en el caso del accionante, su capacidad psicofísica estaba afectada desde el año 2008 a consecuencia de un esguince de tobillo, lumbalgia con raculopatía, prostatitis crónica y orquialgía izquierda, patologías que le generaron una disminución de la capacidad laboral del 27,09%, según dictamen médicos de la Dirección de Santidad del Ejército Nacional, diagnóstico que fue ratificado posteriormente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar. Con base en estos dictámenes médicos, el accionante fue ubicado en el Batallón de Sanidad con el fin de prepararlo en una actividad distinta a la militar, y adaptarlo de esta manera a la vida civil, tiempo durante el cual aprobó el curso de formación en servicio al cliente.

Seguidamente, se explica que en el caso del régimen de personal de la Policía Nacional (Decreto 1791 de 2000), se establece que el retiro del cargo por disminución de la capacidad psicofísica tiene una excepción, en cuanto que pueden “mantenerse en servicio activo aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad psicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, siempre que por su trayectoria profesional lo merezcan y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.” Sin embargo, esta excepción no está contemplada en el régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en tanto su función está claramente definida como “unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

Lo anterior significa entonces, que dentro de las unciones del Soldado Profesional no se incluye la posibilidad de reubicación en cargos administrativos, docentes o de instrucción. Recuerda el juez de primera instancia que según el artículo 8 del Decreto 1793 de 2000, las habilidades psicofísicas del Soldado Profesional están definidas como “las 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.” (Negrillas originales del texto).

Por lo tanto, las razones del retiro del accionante del servicio se sustentó entonces, en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de las Fuerzas Militares. Como la decisión del mencionado retiro quedaron consignadas en un acto administrativo, el mismo podrá ser controvertido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de las accionantes pertinentes, instancia ante la cual el accionante podrá ventilar este problema, que escapa a la competencia del juez constitucional.

De otra parte, aún cuando el dictamen médico del accionante, expone una disminución relativa de sus condiciones físicas, síquicas y sensoriales, que no justifica la concesión del amparo constitucional solicitado, tal incapacidad sólo lo limita para desarrollar actividades militares, pero no para desarrollar otro tipo de trabajo.

No obstante, lo que sí advierte esta instancia judicial, es que el derecho a la salud del accionante se encuentra efectivamente desprotegido, hecho que sí amerita la protección por vía de tutela. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que cuando un agente de la fuerza pública es retirado del servicio a consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica, y que el daño de su integridad física haya sido ocasionado por razón del servicio, o durante el mismo se hayan acrecentado las dolencias, es deber de la institución garantizarle la atención médica especializada a fin de recuperarlo y estabilizarlo de tales enfermedades, circunstancia que conforme se evidencia en este caso, no fue realizada por la entidad.

Se recuerda que la Junta Médica Laboral había determinado que algunas de las enfermedades que padece el accionante eran de origen profesional o se manifestaron durante el servicio, lo que se confirma con lo dicho por el mismo accionante cuando afirma que al momento de su ingreso a dicha institución, le fueron practicados varios exámenes a partir de los cuales fue calificado como apto, es decir, sin ninguna deficiencia psicofísica.

De seta manera, y teniendo en cuenta que las enfermedades relacionadas con la prestación del servicio deben ser tratadas de forma especial, se ordenó al Ejército Nacional para que por

intermedio de la Dirección de Sanidad, y en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reanudar y mantener por el tiempo que sea necesario, el suministro de toda la atención médica, hospitalaria y farmacéutica que requiera el actor.

3.2. Impugnación.

El accionante impugnó la decisión de primera instancia. Si bien comparte la orden de proteger su derecho a la salud, en tanto el mismo se encuentra desprotegido, no comparte las demás argumentaciones expuestas en tal decisión. Señala que si bien el dictamen médico y la decisión judicial proferida en esta instancia dejan en claro que su actual condición psicofísica no le permite seguir desempeñándose como soldado profesional, si advierte que lo puede hacer en otro tipo de actividad. Por ello, señala que tampoco es de recibo el argumento de que las actividades administrativas del Ejército Nacional no pueden ser desarrolladas o cumplidas por soldados profesionales, máxime cuando quienes prestan o cumplen estas laborales, además de ser en su mayoría soldados de diferentes rangos, ellos no accedieron a dichos cargos por concurso. Por lo anterior, considera que no existen argumentos jurídicos para que se niegue el reintegro del accionante, y para que se dé aplicación al principio de igualdad, ya sea porque existe un concepto favorable de reubicación, o porque el juez constitucional puede inaplicar el Decreto que otorga la facultad de retiro del servicio, por vía de la excepción de inconstitucionalidad.

De la misma manera señala que la valoración médica que le fuera realizada no fue completa, pues presenta otras patologías como astigmatismo, tendinitis rotuliana, y otras afecciones, razón por la cual debería ser revalorado médicamente a efectos de recibir la atención médica integral que requiere.

De otra parte, pide que se proteja su derecho a la igualdad, pues si bien existen soldados que no pueden seguir prestando sus servicios a dicha institución en otras actividades, que como en su caso puede ser la Banda Sinfónica.

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se tutelen sus derechos a la salud, igualdad, seguridad social y mínimo vital ordenándose para ello su reintegro y revaloración médica por Sanidad Militar

3.3. Segunda Instancia. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 4 de noviembre de 2009, resolvió confirmar el fallo proferido en primera instancia.

Consideró el ad quem la inconformidad del accionante se contrae “al cercenamiento de los derechos fundamentales que se irroga a partir del acto administrativo por medio de la cual se ordenó su retiro activo del Ejército Nacional por disminución de la capacidad psicofísica, de manera que la demanda de tutela está orientada en esencia, a conseguir que se declare su invalidez.” Por lo anterior, se considera que la acción de tutela no es el mecanismo apropiado para impugnar la legalidad del acto administrativo, así como tampoco lo es para obtener el reintegro de un cargo del cual el solicitante ha sido desvinculado. Así, son las acciones contencioso administrativas como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho las llamadas a ser utilizadas para controvertir el acto de desvinculación del accionante, incluso con la posibilidad de pedir la suspensión provisional del acto administrativo impugnado.

Finalmente, en cuanto a la providencia que el accionante aportó al trámite de esta tutela y sobre la cual apoya sus reclamaciones, la misma no resulta aplicable a su caso, pro cuanto aquella versa sobre un caso de un miembro de la Policía Nacional, cuyo régimen resulta ser diferente al del Ejército Nacional.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número dos de nueve de diez y nueve de febrero de 2010.

2. Problema jurídico-constitucional.

2.1. De conformidad con los antecedentes expuestos, debe establecer la Sala si el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales del accionante, al haberlo desvinculado del servicio activo en consideración a la disminución de la capacidad psicofísica que le fuera diagnosticada en un porcentaje del 27,09%, y que se originó en parte, por patologías surgidas con ocasión de su actividad como soldado profesional. Además, de ello se deberá

determinar si la suspensión de los servicios médicos al accionante, así como la negativa de reintegrarlo al Ejército Nacional, para seguir cumpliendo actividades administrativas como lo venía haciendo desde el año 2008, vulneró igualmente sus derechos fundamentales.

Para tales efectos, la Sala de Revisión (i) reiterará el alcance del principio de solidaridad y de la especial protección constitucional a las personas discapacitadas y en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, seguidamente (ii) expondrá las reglas jurisprudenciales relativas a la garantía y continuidad en la prestación de los servicios de salud, aplicables a los soldados profesionales; y finalmente, (iii) resolverá el caso concreto.

3. Del principio de solidaridad y de la especial protección constitucional a las personas discapacitadas y en condiciones de vulnerabilidad manifiesta

La Constitución Política señala desde sus primeros artículos que el principio de solidaridad, es una característica propia de un Estado Social de Derecho, en el que el respeto de la dignidad humana, el goce de las libertades y los derechos fundamentales de las personas, así como la igualdad ante la ley, son elementos fundamentales para una sociedad políticamente democrática y moderna.²⁶

De la misma manera, la cercanía del principio de solidaridad con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, exige la adopción de medidas positivas en favor de aquellos grupos sociales discriminados o marginados, respecto de quienes la protección especial es un derecho y un elemento esencial del concepto de igualdad real, que procura romper con esa desigualdad natural que por razones de la condición económica (art. 13), física sensorial o psíquica (arts. 13 y 43), se encuentran en total desigualdad²⁷, haciendo especial mención a las personas discapacitadas en este contexto, este trato especial, el país ha tenido un desarrollo legal que busca eliminar esta desigualdad en el trato y la consecuente discriminación que se presenta respecto de las personas discapacitadas o con limitaciones físicas, sensoriales o mentales, procurando con tales medidas su efectiva integración a la sociedad. En este sentido se encuentra la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”. Así mismo esas medidas también se contemplan en numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Interamericana sobre los Discapacitados –

Ley 762 de 2002 (art. 1°)²⁸. En este mismo sentido el Convenio No. 159 de la Organización Internacional del Trabajo (O. I. T.) “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” fue adoptado por Colombia mediante Ley 82 de 1988, y en esta se adoptan medidas laborales respecto de personas con discapacidad, orientadas a la readaptación profesional y a la generación de empleo para personas inválidas, basada en el principio de igualdad de oportunidades de estos trabajadores inválidos respecto de los demás trabajadores.

De esta manera, las acciones jurídicas contempladas a nivel constitucional, legal y de instrumentos internacionales, tiene su aplicación puntual en temas como el derecho a la seguridad social de todas las personas, y muy especialmente en lo concerniente a la prestación de los servicios de salud para los miembros de las Fuerzas Militares, lo cual se explicará en el siguiente acápite de estas consideraciones.

4. Reglas jurisprudenciales relativas a la garantía y continuidad en la prestación de los servicios de salud, aplicables a los soldados profesionales

La Corte Constitucional ha sido muy clara en señalar que la continuidad en la prestación de los servicios de salud que se presenten a través del SGSSS y de sus demás subsistemas, como el de las Fuerzas Militares, es parte esencial del derecho fundamental a la salud. Es así como, resulta inaceptable, que una persona vea suspendida de manera repentina la prestación de algún servicio médico que venga recibiendo, con la justificación de la desaparición o terminación de la relación jurídico-formal de esa persona con la institución que le presta tales servicios de salud²⁹, cuando ello amenaza su derecho a la vida, a la integridad física o a la salud, comprendiendo ella también “aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”³⁰.

Esta regla general también ha sido jurisprudencialmente aplicada por la Corte en el caso de las Fuerzas Militares, en tanto estas tiene la obligación de asistir médicamente a los soldados regulares o a quienes estén prestando el servicio militar obligatorio cuando hayan sufrido menoscabo en su salud, en razón a situación ocurridos durante el tiempo que estuvieron prestando servicio a la institución. Sin embargo, esta atención médica, deberá extenderse, por vía de excepción, más allá del retiro de estos miembros de la institución,

cuando quiera que dicho retiro sea a consecuencia de lesiones o enfermedades que hubieren disminuido sus capacidades físicas, mentales o sensoriales. Esta atención en salud encuentra plena justificación en el hecho, de que estas personas deben ser tratadas por aquellas afecciones (i) producto de la prestación del servicio o (ii) cuando siendo anteriores al servicio y no advertidas a su ingreso, se hayan agravado durante el tiempo que estuvieron como miembros de las fuerzas militares.³¹

Es importante aclarar que la Corte Constitucional ha advertido, que en la medida en que un soldado profesional o miembro activo de las fuerzas militares es retirado de la institución, a consecuencia, precisamente, de una enfermedad profesional ocasionada por la propia actividad militar o por una lesión sufrida durante el servicio, tales patologías deben seguir siendo tratadas y atendidas médicamente, con cargo al subsistema de salud de las Fuerzas Militares, en la medida en que dicho servicio se suspenda pueden comprometer la salud y hasta la propia vida del ex miembro de las fuerzas militares, lo que “se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho”.³²

En sentencia T-516 de 2009, la Corte definió de mejor manera las circunstancias en que dicha atención médica debe extender a los antiguos miembros de las Fuerzas Militares, aún cuando estos ya hubiesen sido retirados del servicio activo. En dicha providencia se establecieron tres grupos de situaciones excepcionales frente a las cuales la atención integral en salud se debe seguir prestando:

i. Cuando la lesión o enfermedad fue adquirida por la persona desde antes de incorporarse a las fuerzas militares, y ella represente una amenaza cierta y actual del derecho a la integridad física y a la vida en condiciones dignas. En este caso, Sanidad Militar deberá seguir prestando la atención médica integral que se requiera cuando:

(a) la enfermedad o lesión preexistente no fue detectada en los exámenes psicofísicos de ingreso, debiendo hacerlo, y

(b) se agravó como consecuencia del servicio militar³³.

(ii) Cuando la lesión o enfermedad es producida durante la prestación del servicio. Cuando ello ocurre, las fuerzas militares o de policía deben continuar haciéndose cargo de la atención médica si la lesión o enfermedad.

(a) es producto directo del servicio³⁴;

a. se generó en razón o con ocasión del mismo³⁵;o

(c) es la causa directa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía³⁶.

(iii) Cuando la lesión o enfermedad tiene unas características que ameritan la práctica de exámenes especializados para determinar el nivel de incapacidad laboral de la persona o el momento en que esta fue adquirida³⁷.

Debe advertirse, tal y como lo hiciera la referida sentencia, que “las situaciones mencionadas, que no tienen el carácter de excepciones taxativas, constituyen la materialización del principio de continuidad, y generan a favor de quienes sirven a la Nación mediante las armas, el derecho a seguir recibiendo atención médica integral por parte del sistema de salud de las fuerzas militares y de la policía, de modo que se salvaguarde su vida, salud e integridad, aun cuando se han desincorporado de la institución”

5. Caso concreto.

Como se expusiera en los antecedentes de esta providencia, el soldado Profesional, José María Zapata Galeano, estuvo vinculado por cerca de diez años, al Ejército Nacional, la mayor parte del tiempo en el grado de Soldado Profesional. A raíz de fuertes dolores lumbares y de otros malestares que empezó a padecer en el año 2006, fue objeto de una valoración médica por la Junta Médica Militar, la cual en dictamen del 4 de junio de 2008, estableció que el accionante tenía una disminución de sus capacidades psicofísicas en un porcentaje del veintisiete punto cero nueve por ciento (27.09%), lo que supuso su traslado al Batallón de Sanidad en donde, además de desempeñar algunas actividades administrativas, se integró a la Banda Sinfónica. Sin embargo, mediante acto administrativo, del pasado 15 de julio de 2009 fue retirado de la institución por no ser apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional.

A consecuencia de su retiro del Ejército Nacional, el accionante manifiesta que su situación personal y familiar es precaria, pues su núcleo familiar compuesto por su esposa, un hijo menor y su madre, dependían económicamente de él. Por tal razón, considera que el Ejército Nacional vulneró sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la dignidad humana, y señaló que su desvinculación, además de injusta es discriminatoria, pues señala, que si bien ya no puede seguir desempeñándose como soldado profesional activo, sus superiores conocían su actual ocupación en el Batallón de Sanidad como miembro de la Banda Sinfónica. Por ello, pide además de su reincorporación a la institución, ser nuevamente vinculado al sistema de salud de dicha institución, y el pago de los salarios dejados de percibir.

Las instancias judiciales ampararon el derecho a la salud del señor Zapata Galeano, en razón a que la atención médica que requería para el tratamiento de sus diferentes patologías le fue suspendida de manera injustificada, ordenándose reanudar y mantener por el tiempo que sea necesario, el suministro de toda la atención médica, hospitalaria y farmacéutica que requiera.

La Sala de Revisión, comparte las decisiones judiciales que se revisan en cuanto ampararon el derecho a la salud del actor, en tanto considera que el Ejército Nacional, desconoció el principio constitucional de solidaridad, al punto de suspender a la atención en salud que requiere.

Sobre este punto debe hacerse claridad, en el sentido que el Ejército Nacional también debe emplear los criterios generales de continuidad en la prestación de los servicios médicos propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por ello no puede suspender un tratamiento o cualquier tipo de atención en salud que le viniera prestando a uno de sus miembros con el argumento de que esta persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario de dicho subsistema de salud, sin verificar de antemano, si la suspensión de la atención en salud podía ver comprometida su vida y su integridad personal, con la consecuente desmejora de sus condiciones de dignidad y sin asegurarse que esta persona se hubiese vinculado al Sistema General de Seguridad Social en cualquiera de sus dos regímenes, contributivo o subsidiado.

En el presente caso, es claro que la situación del accionante es bastante precaria, pues ante

su limitación física que requiere una atención médica multidisciplinaria, en vista de la variedad de patologías que lo afectan, es necesario que la atención médica sea prestada de manera inmediata por el sistema médico del Ejército Nacional, en los términos y con las consideraciones médicas que sus diferentes patologías requieran, en el entendido que dicha atención ha de ser integral³⁸.

De otra parte, es importante anotar que el accionante no cuenta con una formación académica o técnica que le permita afrontar de manera normal su nueva vida laboral, pues toda su experiencia y formación profesional es exclusivamente militar, situación que lo deja en franca desventaja.

Por ello, y como lo señaló esta Corte en sentencia T-437 de 2009, en la que el mismo Ejército Nacional informó a Seta Corporación en un caso similar, acerca de la existencia de un conjunto de convenios interinstitucionales, suscritos con el fin de brindar un apoyo al personal que es retirado de la institución a consecuencia de la pérdida de sus capacidades psicofísicas, con el fin de brindarles una ayuda y apoye su proceso de incorporación al mundo laboral.

Por tal motivo, la Sala de Revisión modificará parcialmente la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, advertida las especiales condiciones en las que se encuentra el peticionario, se tutelarán también su derecho al trabajo.

Por ello, se ordenará al Ejército Nacional, a través de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, incorpore al señor Zapata Galeano en uno de sus programadas de apoyo ya referidos, tomando en cuenta para ello, en cuenta el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del peticionario, así como su actual limitación.

En cuanto a la orden de protección del derecho a la salud impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se mantendrá en los términos por ella impuestos, con la limitación de que ésta se extenderá hasta tanto la autoridad tenga noticia que el accionante se haya vinculado al Sistema General de Seguridad Social y exista prueba que empezó a tener atención médica, hecho del cual deberá notificar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Para ello, se conminará al accionante para que el plazo máximo de un

(1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, inicie los trámites de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea por el régimen contributivo o por su inclusión en el régimen subsidiado -SISBEN-.

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 Nacional,

RESUELVE:

Primero.- MODIFICAR PARCIALMENTE la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, advertida las especiales condiciones en las que se encuentra el peticionario, se TUTELARÁ también su derecho al trabajo.

Segundo.- ORDENAR al Ejército Nacional, a través de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, incorpore al señor Zapata Galeano en uno de sus programas de apoyo ya referidos, tomando en cuenta para ello, su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, así como su actual limitación.

Tercero.- En cuanto a la orden de protección del derecho a la salud impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se mantendrá en los términos por ella impuestos, con la limitación de que ésta se extenderá hasta tanto la autoridad tenga noticia que el accionante se haya vinculado al Sistema General de Seguridad Social y exista prueba que empezó a tener atención médica, hecho del cual deberá notificar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Para ello, se conminará al accionante para que en el plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, inicie los trámites de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea por el régimen contributivo o por su inclusión en el régimen subsidiado -SISBEN-.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Expediente, cuaderno principal, a folio 1.

2 Expediente, cuaderno principal, a folio 2.

3 Expediente, cuaderno principal, a folio 2.

5 Folio 3 de cuaderno principal del expediente de tutela

6 Expediente, cuaderno principal a folio 15.

7 Expediente, cuaderno principal a folio 19.

8 Expediente, cuaderno principal a folio 20.

9 Expediente, cuaderno principal a folio 21.

10 Expediente, cuaderno principal a folio 22.

11 Expediente, cuaderno principal a folio 23.

12 Expediente, cuaderno principal a folio 24.

13 Expediente, cuaderno principal a folio 25.

14 Expediente, cuaderno principal a folio 26.

15 Expediente, cuaderno principal a folio 27.

16 Expediente, cuaderno principal a folio 29.

17 Expediente, cuaderno principal a folio 30.

18 Expediente, cuaderno principal a folio 31.

19 Expediente, cuaderno principal, a folio 33.

20 Expediente, cuaderno principal a folios 34 y 53.

21 Expediente, cuaderno principal a folio 54.

22 Expediente, cuaderno principal a folio 55..

23 Expediente, cuaderno principal a folio 56..

24 El artículo 1º del Decreto 1793 de 2000 dispone lo siguiente. "SOLDADOS PROFESIONALES. Los Soldados Profesionales son varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate de las Fuerzas Militares, en la Ejecución de Operaciones Militares, para la conservación , restablecimiento del orden público y demás misiones que se sean asignadas"

25 Ver folio 65 del expediente de tutela.

26 Sentencia T-149 de 2002.

27 Ver sentencia T-225 de 2005.

29 T-760/08.

30 T-597/93.

31 Ver Sentencia T-824 de 2002.

32 Ver entre otras sentencias las siguientes: T-376 de 1997, T-393 y T-762 de 1998, T-107 de 2000;T-493 de 2004, T-1000 de 2006, T-523 y T-568 de 2008, T-437 y 516 de 2009.

33 T-393/99 y T-534/92.

34 Sentencias T-376 de 1997 y T-366 de 2007.

35 Sentencia T-393 de 1999.

36 Sentencia T-824 de 2002.

37 Sentencias T-376 de 1997, T-762 de 1998 y T-393 de 1999.

38 Una atención integral no incluye únicamente el cuidado de enfermedades, también implica la promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). Una aplicación de esta regla se encuentra en la sentencia T-1034 de 2001