

Sentencia T-516/13

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

En el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

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

Una de las garantías de la seguridad social es la existencia de pensiones por vejez o por invalidez. Estas tienen por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales. De igual manera, se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado. La garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria. De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Persona con discapacidad o con alguna enfermedad grave, especial situación de los miembros de la Fuerza Pública

El Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores, sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto. Esta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales. La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Régimen jurídico aplicable/PENSION DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Caso en que disminución de capacidad laboral está por encima del 50% y es menor al 75%

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

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia para la protección de derechos fundamentales de ex soldado en situación de discapacidad por

trastorno depresivo grave

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL DE EX SOLDADO-Orden al Ministerio de Defensa Nacional reconozca y pague pensión de invalidez

Referencia: expediente T-3.858.917

Acción de Tutela instaurada por Yonathan Sierra Cancino contra de la Nación, el Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales.

Derechos Invocados: Salud, vida, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y seguridad social.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela incoada por Yonathan Sierra Cancino en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

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

1.1. SOLICITUD

Yonathan Sierra Cancino, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana. En consecuencia, solicita se ordene al Ministerio de Defensa- Grupo de Prestaciones que revoque los actos administrativos No. 5442 y 6813 de 2012, mediante los cuales se le negó la pensión de invalidez. En su lugar, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho por la incapacidad permanente parcial adquirida mientras prestaba el servicio militar, según los hechos que a continuación son resumidos:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.1.2.1. Señala el señor Yonathan Sierra Cancino que fue incorporado en el Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular.

1.1.2.2. Indica que ingresó a la institución en perfectas condiciones de salud, razón por la cual aprobó los exámenes y pruebas físicas practicadas para su incorporación, las cuales son indispensables para el cumplimiento de las funciones que requiere el servicio.

1.1.2.3. Añade que el diecisiete (17) de septiembre de dos mil diez (2010), lo valoró la Junta Médico Laboral, la cual mediante acta No. 39131 (Folio 16, Cuaderno No. 2) le otorgó una incapacidad permanente parcial- no apto para el servicio y una pérdida de capacidad laboral del 33.12%.

1.1.2.4. Sostiene que inconforme con la decisión anterior, solicitó se convocara al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Entidad que mediante Acta No. 686-1256 (Folios 18-23, cuaderno No. 2) del dos (2) de noviembre de dos mil once (2011) determinó que el actor padece de “Trastorno Depresivo Grave y Cofosis oído izquierdo, audición

normal en el oído derecho", razón por la cual le otorga una pérdida de capacidad laboral del 65.04%.

1.1.2.6. Expresa que inconforme con la decisión, interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 6813 (Folios 13-15, cuaderno No. 2) del siete (7) de septiembre de dos mil doce (2012), en la cual se confirmó la disposición inicial.

1.1.2.7. Manifiesta el actor que al no reconocer la pensión de invalidez, la entidad accionada está vulnerando sus derechos fundamentales, puesto que la valoración realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, afirma que la disminución de la capacidad laboral del afectado es del 65.04%, es decir que es superior al 50%.

1.1.2.8. Por último, afirma que su estado de salud es crítico y sus recursos económicos son muy escasos, razón por la cual necesita de la pensión para poder subsistir. Así mismo, requiere que se le presten los servicios médicos, farmacológicos y hospitalarios necesarios para tratar las graves afecciones que le fueron diagnosticadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante oficio del día veintisiete (27) de noviembre de dos mil doce (2012), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar al Ministerio de Defensa Nacional-Grupo de Prestaciones Sociales, para que en el término de un (1) día, siguientes a la notificación, ejerciera su derecho de defensa y remitiera al despacho todos los antecedentes relacionados con la acción impetrada.

1.3.1. Mediante oficio adiado el cinco (5) de diciembre de dos mil doce (2012), la Doctora Lina María Torres Camargo, Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, contestó la acción de tutela, y se opuso a las pretensiones elevadas por el actor, al respecto señaló:

"Inicialmente como lo describe el accionante, a la fecha no existe en este Ministerio actuación alguna pendiente por resolver a nombre del accionante, toda vez que ya fue resuelto de fondo lo solicitado respecto de la pensión de invalidez, actos administrativos

que se encuentran debidamente notificados, ejecutoriados y por ende agotada la vía gubernativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo solicitado por el accionante es directamente el reconocimiento de la pensión de invalidez, me permito recordar los diversos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales indican que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, bien se trate de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a menos que dadas las circunstancias del caso concreto, los medios de defensa judicial resulte [sic] ineficaces para la garantía de los derechos fundamentales o se pueda razonablemente prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable. [sic]

En efecto, el accionante cuenta con la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir sus pretensiones, siendo éste el medio adecuado para tal efecto y no la acción de tutela, que se insiste es un procedimiento residual, que busca salvaguardar los derechos fundamentales de las personas cuando no existe otro mecanismo o medio de defensa; luego no es la vía constitucional la adecuada para ventilar sus pretensiones, pues para tal fin existe la vía ordinaria, esto es la contenciosa administrativa, toda vez que no pueden las acciones ordinarias y mecanismos procesales idóneos, ser reemplazados por la Tutela que es una acción de carácter excepcional, transitorio y residual.

De otra parte, resulta necesario aclarar que en el caso que nos ocupa no se encuentra presente el cumplimiento del requisito de la inminencia, toda vez que de acuerdo con los actos administrativos que se aportan, el señor SIERRA CANCINO, fue retirado del servicio desde el año 1998, es decir que han transcurrido 14 años aproximadamente.. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Por lo anteriormente expuesto, de la manera mas respetuosa me permito solicitar a ese Honorable Despacho, RECHAZAR la presente acción de tutela para proceder en contra de este Ministerio no existiendo a la fecha actuación administrativa que adelantar por parte de esta entidad..."

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Sentencia de primera instancia - Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

En sentencia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012), la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó por improcedente la solicitud de amparo de los derechos invocados por el tutelante. Agregó que el Ministerio de Defensa negó la pensión de invalidez al considerar que no cumple con los requisitos de ley para merecer dicha prestación. Por otro lado, pese a que el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; no obstante no aportó prueba siquiera sumaria que permitiera determinar que se encuentra en peligro su subsistencia mínima y la de su núcleo familiar.

Adicionalmente, cuenta con otro medio de defensa judicial, y puede acudir a una acción contencioso administrativa para promover el reconocimiento de su pensión de invalidez.

1.4.2. Impugnación

Inconforme con la decisión de instancia, el accionante mediante escrito del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012), impugnó la decisión del a quo, argumentando que:

“ el señor Yonathan Sierra Cancino, nació el 30 de noviembre de 1990..., si la accionada manifiesta que el accionado fue retirado del servicio desde el año 1998, lo que indica a todas luces que para esa fecha tendría 8 años de edad.

...queda demostrado que el señor SIERRA CANCINO YONATHAN no pudo haber sido retirado del servicio desde el año 1998, por lo tanto la accionada está incurriendo y haciendo incurrir a la Honorable Magistrada en un yerro gravísimo...

Ahora bien, en cuanto a las consideraciones esgrimidas por la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se tiene que para declarar improcedente el amparo constitucional, que no se portó prueba siquiera sumaria que permita determinar que la subsistencia mínima se encontrara en peligro; a lo que es imprescindible manifestar respetuosamente que dicho elemento de juicio si fue arrimado a la foliatura como quiera que a la acción de tutela se le anexó copia del acta de Tribunal Médico Laboral No. 686-1256 del 2 de noviembre de 2012 que estableció una disminución de capacidad laboral del 65.04% derivada de una patología psiquiátrica y de una sordera total del oído izquierdo, prueba esta sólida acerca de la imposibilidad que tiene el paciente para laborar ya sea dependiente o independientemente, afectando indudablemente su mínimo vital...”

1.4.3. Sentencia de segunda instancia- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En sentencia proferida el veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión de instancia.

Agregó, que con la Resolución No. 6813 del siete (7) de septiembre de dos mil doce (2012) mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, se agotó la vía gubernativa, y en tal sentido, estaba habilitado para interponer las acciones judiciales pertinentes y buscar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.1.5.1. Copia de la Resolución No. 5442 del dos (2) de agosto de dos mil doce (2012), mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional resuelve no reconocer la pensión de invalidez a favor del ex soldado del ejercito nacional Yonathan Sierra Cancino (Folios 10-12, cuaderno No 2).

1.1.5.2. Copia de la Resolución No. 6813 del siete (7) de septiembre de dos mil doce (2012), mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional confirma la Resolución 5442 (Folios 13-15, cuaderno No 2).

1.1.5.3. Copia del Acta No. 39131 de la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional del día diecisiete (17) de septiembre de dos mil diez (2010), mediante la cual se le otorga al actor una pérdida de del 33.12% de su capacidad laboral (Folios 16-17, cuaderno No. 2).

1.1.5.4. Copia del Acta No. 686-1256 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del día dos (2) de noviembre de dos mil once (2011), mediante la cual se le otorga al actor una pérdida del 65.04% de su capacidad laboral (Folios 18-23, cuaderno No. 2).

1.1.5.5. Copia del registro civil de nacimiento del actor, donde consta que nació el 30 de

noviembre de 1990 (Folio 43, cuaderno No. 2).

1.1.5.6. Copia de la boleta de desencuartelamiento del ex soldado Yonathan Sierra Cancino, donde consta que fue retirado del servicio por determinación del comandante de la fuerza el veintiocho (28) de febrero de dos mil diez (2010) (Folio 47, cuaderno No. 2).

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si en el caso expuesto resulta procedente la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, la vida, la dignidad humana, el mínimo vital y el derecho a la salud del actor, por la negativa de Ejército Nacional de reconocerle la pensión de invalidez, pese haber obtenido un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral por enfermedad profesional, conforme a lo estipulado en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de pensiones; segundo, el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y la importancia de la pensión de invalidez; tercero, la protección constitucional reforzada de los sujetos de especial protección, como las personas con discapacidad o con alguna enfermedad grave, y la especial situación de los miembros de la Fuerza Pública; y cuarto, el alcance del régimen prestacional de la Fuerza Pública.

2.3. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE PENSIONES

La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que en principio la acción de tutela es improcedente cuando a través de esta vía se pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Al respecto, esta Corporación ha establecido dos reglas importantes al momento de realizar el estudio de procedibilidad de la acción cuando uno de los beneficiarios es considerado sujeto de especial protección, como las personas con discapacidad. En este sentido ha establecido que:

“...las pruebas deben permitir establecer dos reglas importantes en el análisis de la procedencia de la acción de tutela. La primera, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuyo derecho está acreditado, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición, lo cual afectaría derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales se demuestre la reunión de las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes,[1]pero que requieran la intervención urgente del juez constitucional”.

Ahora bien, si de la evaluación que se haga del caso se deduce que la acción es procedente, la misma podrá otorgarse de manera transitoria o definitiva. Será lo primero si la situación genera un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e imposibilidad de la acción, decisión que tiene efectos

temporales[2]. Y procederá cómo (sic) mecanismo definitivo si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente para dirimir la controversia resulta ineficaz al ‘no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida’[3](Negrilla fuera de texto)”[4]

Es decir que, en el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

El artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Una de las garantías de la seguridad social es la existencia de pensiones por vejez o por invalidez. Estas tienen por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales.[5]

De igual manera, se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

Con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación, en sentencias como la T-628 de 2008[6], ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en

los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales pre establecidos.”

De esta manera, siguiendo el lineamiento constitucional esbozado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política que establece que todos los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es de vital importancia establecer el contenido del derecho a la seguridad social a la luz de las preceptivas internacionales.

Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

“Sobre el particular, de manera reciente[7] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos[8], en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales.”

(...)

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[9] (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir, que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los

índices de pobreza y miseria.

De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

2.5. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O CON ALGUNA ENFERMEDAD GRAVE, ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Nuestro ordenamiento constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho, a saber:

El artículo 13, en los incisos 2 y 3, señala:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Siguiendo los mismos lineamientos, el artículo 47 de la Carta establece que:

“...el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Del mismo modo, el artículo 54 superior consagra de manera expresa el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud...”.

Con fundamento en los artículos 13, 47 y 54, la Corte señaló en la sentencia T- 884 de 2006[10] que la Constitución impone al Estado los siguientes deberes frente a las personas

con discapacidad:

"... impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y "la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran", así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales".

Igualmente, esta Corporación, en sentencias T-826[11] y T-974[12] de 2010, han señalado la importancia de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de indefensión debido a su situación de discapacidad y a su imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, lo que afecta directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

También ha indicado, en sentencias como la T-093 de 2007[13], "... que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria..."[14].

Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar, en la medida de lo factible, esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores, sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[15].

Ahora bien, la discapacidad como un factor de indefensión que justifica la adopción de medidas de diferenciación positiva, es definida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 5[16], como:

“...Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio...

De conformidad con el enfoque seguido en las Normas Uniformes, en la presente Observación general se utiliza la expresión “persona con discapacidad” en vez de la antigua expresión, que era “persona discapacitada”. Se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona. (Subraya fuera de texto)...”

Por último, esta Corporación ha manifestado en Sentencia T-131 de 2008 que esta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales. Así lo consideró la Sentencia T-1197 de 2001[17], en la cual se dijo:

“Es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personas que por la naturaleza de sus funciones y debido a las actividades que diariamente ejecutan, afrontan riesgos permanentes para su vida e integridad personal y que frecuentemente sufren lesiones severas, en muchos casos irreversibles. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de seguridad social, a quienes de manera directa actúan para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. (Subrayado fuera del texto)

En resumen, la Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas

personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas. Protección que se refuerza cuando es un miembro de la Fuerza Pública, cuya discapacidad sea producto de lesiones sufridas en virtud del cumplimiento de su deber.

2.6. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN MATERIA DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Los miembros de la fuerza pública se encuentran sometidos a un régimen pensional especial regulado actualmente por la ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, normas que por disposición expresa en el artículo 6 de la ley 923 de 2004 únicamente regulan "hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002." [18]

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

En lo concerniente a la pensión de invalidez, el Decreto Ley 094 de 1989 en su artículo 89 establecía:

"cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera..."

De igual manera, en su artículo 25 consagraba al Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía como máxima autoridad en materia de sanidad. Al respecto prescribía:

Artículo 25º. – Tribunal Médico - Laboral de Revisión Militar y de Policía. El Tribunal Médico - Laboral y de revisión, es la máxima autoridad en materia Médico - Militar y policial. Como tal conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico - Laborales. En consecuencia podrá aclarar, ratificar, modificar, o revocar

tales decisiones...

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000 en el artículo 38 señalaba que:

“Artículo 38. Liquidación de Pensión de Invalidez para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Medico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

- a. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).
- b. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).
- c. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75%, no se generará derecho a pensión de invalidez.”

De lo anterior se puede concluir que a los miembros de la Fuerza Pública se les otorgó el derecho de disfrutar de una pensión de invalidez cuando durante la prestación del servicio adquirieran una incapacidad igual o superior al 75% por hechos ocurridos hasta antes del 7 de agosto de 2002. Así mismo, el decreto objeto de análisis, señala que los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, son el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía y la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía[19] .

Finalmente, en el año 2004 se expidió la Ley 923 “Mediante la cual se señalan las normas,

objetivos y criterios que deberá observar el “Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, ésta en su artículo 3, numeral 3.5 dispone lo siguiente:

“3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro”.

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

La misma ley dispone en su artículo 6 que dicha normatividad deberá aplicarse a las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad a partir del 7 de agosto de 2002.

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

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

Este criterio ha sido utilizado por esta Corte con la finalidad de dar solución a distintos casos, entre los que encuentra el resuelto en la sentencia T- 229 de 2009[21]. En esta

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

Del mismo modo se resalta el caso resuelto por la sentencia T-595 de 2007[22], donde la Corte fue clara en afirmar que era procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez para miembros de la fuerza pública cuando su incapacidad permanente supere el 50%. En ésta oportunidad se estudió el caso de un miembro del Ejército Nacional que padecía de una disminución del 62.3% de su capacidad laboral y no se le reconocía la pensión porque no cumplía con el requisito de pérdida del 75% de la capacidad laboral como lo disponía el Decreto Ley 1796 del 2000. La Corte frente a este tema manifestó que la entidad demandada continúa desconociendo la vigencia de una ley que fijó los parámetros mínimos que el Gobierno debe respetar al fijar el marco prestacional de los miembros de la fuerza pública. Reitera la Corporación que el criterio temporal de aplicación de la Ley 923 de 2004 está consagrado en el artículo 6º de la misma, donde se dispone que se aplicará retroactivamente a quienes sufrieron una incapacidad permanente originada en hechos posteriores al 7 de agosto de 2002, razón por la cual dio aplicación a lo señalado en la ley en mención.

Después de analizar lo anterior, nos surge un interrogante, ¿Que sucede con aquellos hechos ocurridos con anterioridad al año 2002?

Este problema jurídico ha sido resuelto por esta Corporación mediante la aplicación del principio de favorabilidad. Ha dicho la Corte que frente a esta situación se deberá dar aplicación a la Ley 923, por cuanto en materia laboral y de seguridad social, observándose el mandato superior contenido en el artículo 53 de la Constitución, debe primar la norma más favorable para el trabajador.

Frente a esta interpretación, se destaca el caso estudiado por esta Corporación en sentencia T- 038 de 2011[23] donde, aunque los hechos acontecieron en vigencia de otra normatividad, se dió aplicación al principio de favorabilidad en aras de proteger los derechos fundamentales del actor. En ese momento se estudió el asunto de un soldado regular vinculado al Ejercito Nacional, quien en un enfrentamiento con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) recibió un disparo en la cabeza que le generó un trauma craneoencefálico con fractura de cráneo y laceración cerebral, razón por la cual le fue diagnosticada una disminución de la capacidad laboral equivalente al 73.06%, al cual le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por no cumplir con la disminución de la capacidad laboral mínima para acceder a una pensión de invalidez.

En dicha oportunidad, se afirmó que aunque la ocurrencia de los hechos que generaron la incapacidad se dieron bajo la vigencia del Decreto 094 de 1989, posteriormente modificado por la Ley 923 de 2004 en lo referente al porcentaje exigido a los miembros de la Fuerza Pública para acceder a la pensión de invalidez, lo que genera vacilación acerca de la normatividad aplicable al actor, que en este caso conduce a la aplicación de la última disposición mencionada, por cuanto en materia laboral y de seguridad social, observándose el mandato superior contenido en el artículo 53 de la Constitución, debe primar la norma más favorable para el trabajador.

De igual forma se subraya, el caso estudiado recientemente por esta Sala de Revisión en la Sentencia T- 035 de 2012[24], donde se examinó la situación de dos auxiliares regulares de la Policía Nacional, a los cuales les fue negada la pensión de invalidez porque no obtuvieron un porcentaje de disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% y por no pertenecer al nivel ejecutivo de dicha entidad. En aquella ocasión, aunque los hechos sucedieron bajo otra normativa, en aras de proteger los derechos fundamentales de los accionantes, se dio aplicación al principio de favorabilidad y se requirió a la Policía Nacional, para que se abstuviera de hacer una interpretación desfavorable de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004, y en su lugar, diera aplicación directa a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución.

En resumen, esta Corte ha sido reiterativa al momento de proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los miembros de la Fuerza Pública cuando se les ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón a no cumplir con el

requisito contemplado en el Decreto 1796 del 2000, el cual exigía una pérdida igual o superior del 75% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio. De igual manera se ha señalado que aquellos miembros de las Fuerzas armadas que perdieron más del 50% de la capacidad laboral durante la prestación del servicio, así los hechos hayan ocurrido con anterioridad al año 2002, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión, en desarrollo de la Ley 923 de 2004 que les resulta más favorable.

2.7. AMBITO DE APLICACIÓN PENSIONAL DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA

La Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, establece en su artículo 3 la obligación que tienen todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, con la finalidad de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente ley.

De igual manera, la norma mencionada en su artículo 13 hace alusión a las diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio, como son: (i) soldado regular, de 18 a 24 meses, (ii) soldado bachiller, durante 12 meses; (iii) auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses y, (iv) soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

Ahora bien, quienes antes del 2000 eran conocidos como soldados voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985, pasaron a ser denominados soldados profesionales con la expedición de los Decretos 1793 y 1794, por medio de los cuales se creó el estatuto de los soldados profesionales y su régimen prestacional. En ese orden de ideas, el vínculo que surge con el soldado por la Ley 48 de 1993 es el cumplimiento del deber constitucional de defensa, mientras que el soldado profesional tiene un vínculo laboral.

En lo concerniente al régimen pensional que los regula, específicamente en el tema de la pensión de invalidez, con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se evidencia una clara contradicción entre el artículo 30 que dispone el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez y el artículo 32 que consagra el reconocimiento y la liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. Estas normativas son contradictorias debido a que el artículo 30 cobija al personal vinculado al

servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, contrario a lo esbozado en el artículo 32 que sólo genera efecto vinculante para los soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado a los auxiliares regulares de la Policía Nacional. Al respecto señala la norma:

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARÁGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.

PARÁGRAFO 3o. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional."

De igual manera, la normatividad citada dispuso en su artículo 32:

"ARTÍCULO 32. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL EN COMBATE O ACTOS MERITORIOS DEL SERVICIO. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del

Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.

PARÁGRAFO 2o. Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas."

De lo anterior, se evidencia que el reconocimiento dispuesto en el artículo 30 cobija tanto al personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, como al personal de la Policía Nacional, contrario a lo manifestado en el artículo 32 del citado decreto que solo genera efecto vinculante para los Soldados de las Fuerzas Militares y deja de lado al personal de la Policía Nacional, razón por la cual esta entidad para efectos de reconocer la pensión de invalidez al personal vinculado a la prestación del servicio militar obligatorio, le exige que tenga una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%.

Del análisis de los artículos anteriores esta Sala puede concluir que la norma les otorga a los Soldados de las Fuerzas Militares el derecho a recibir una pensión cuando en el ejercicio de sus funciones se les genere una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%.

3. CASO CONCRETO

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el derecho a la pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, razón por la cual adquiere el carácter de derecho fundamental.

Esta prestación económica tiene por objeto proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y asegurarle unos ingresos para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Así mismo, es una respuesta a la obligación que nuestra Carta Magna impone al Estado de proteger aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como es el caso de las personas con discapacidad.

3.1. Subreglas aplicables al caso en estudio

Está probado en el expediente que al accionante se le está desconociendo por parte del Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales del Ejercito Nacional su derecho a la pensión de invalidez, aduciendo que no obtuvo el porcentaje de 50% o más de pérdida de la capacidad laboral por enfermedad profesional, conforme a lo estipulado en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004. Lo anterior, debido a que, supuestamente según la Resolución 5442 de 2012[25], expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, sólo obtuvo un 41.04% de pérdida de capacidad laboral en el servicio por causa y razón del mismo, y que el 24.0% restante de pérdida de capacidad laboral le corresponde a enfermedad común. Porcentajes que sumados le otorgan un 65.04% de pérdida de capacidad laboral.

No obstante, es importante para la Sala resaltar que en ningún momento el Tribunal Médico Laboral discrimina el porcentaje en 24.0% enfermedad común y 41.04% enfermedad laboral. El porcentaje resultado del estudio minucioso del Tribunal es uno 65.04%[26], sin hacer ninguna discriminación, proporción que supera lo establecido por el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004 para adquirir la pensión y lo señalado por la Ley 923 de 2004.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado por la parte accionada, en un principio el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, genera efecto vinculante para los soldados de las Fuerzas Militares que hayan obtenido un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% durante la prestación de servicio. Situación que se presenta en el caso

objeto de estudio, puesto que el actor obtuvo un 65.04% de pérdida de capacidad laboral. Aunado a lo anterior, se debe resaltar que dicho porcentaje es el resultado de la calificación dada por el Tribunal Médico Laboral.

De lo anterior esta Sala concluye que existe una evidente violación del derecho a la igualdad del ex soldado regular Yonathan Sierra Cancino, frente a otros soldados que se encuentren en situación similar, ya que se le está negando el derecho a obtener una pensión a pesar de cumplir con los requisitos legales. Además, se está dejando de lado su importante participación en la defensa pública desde el año 2008 hasta el 2010[27] y, la situación de riesgo a la que se expuso por defender a la Patria. Así mismo, no existe justificación constitucional para este trato desigual. Además, por ser sujetos de especial protección las personas con discapacidad requieren de un trato preferencial y prioritario.

Por lo anterior, esta Corporación dará eficacia directa a la Constitución en lo concerniente a los artículos 13 (derecho a la igualdad), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (derecho al mínimo vital), y dadas las circunstancias especiales del caso objeto de estudio, se debe aplicar el Decreto 4433 de 2004, la Ley 923 de 2004 y proteger los derechos fundamentales del accionante.

Hecha esta aclaración, pasa la sala a resolver el caso concreto:

3.2. Resumen

El señor Yonathan Sierra Cancino, por medio de apoderado, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana, debido a que el Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones Sociales le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez argumentando que el actor no cumple con el requisito de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% que reglamenta el Decreto 4433 de 2004. En consecuencia, el actor no posee la calidad requerida y únicamente tiene el 41.04% de disminución de la capacidad laboral como consecuencia de la prestación del servicio o por causa y razón del mismo.

Debido a la negativa de la entidad accionada y a la discriminación realizada al porcentaje obtenido, el actor interpuso acción de tutela buscando la protección de sus derechos fundamentales.

3.3. Examen de procedencia

De los hechos relatados, esta Sala deduce que para el asunto objeto de estudio, si bien es cierto el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, la acción de tutela es el instrumento idóneo para proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, la dignidad humana, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, puesto que es un sujeto de especial protección dada su discapacidad y, padece de “Trastorno Depresivo Grave y Cofosis en el oído izquierdo” como se puede evidenciar en el acta del Tribunal Médico (Folios 18-23, cuaderno No. 2). Así mismo, se encuentra acreditado que el actor se encuentra en una situación precaria, pues no puede desarrollarse en el campo laboral, y necesita de la pensión para poder subsistir, además que se le presten los servicios médicos, farmacológicos y hospitalarios necesarios para tratar las graves afecciones que le fueron diagnosticadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional. Esto significa que el demandante requiere una solución inmediata que no le ofrecen otros mecanismos judiciales.

En lo referente al principio de inmediatez de la acción constitucional, uno de los aspectos a analizar prima facie en sede de tutela, la Sala recuerda que emerge del fin de asegurar la protección inmediata de las garantías fundamentales para evitar su trasgresión o el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En efecto, en tanto la demora en la interposición del amparo deprecado puede indicar, en principio, que ha habido indiferencia por parte del peticionario o peticionaria para asumir la defensa de sus derechos, por regla general la Corte ha concluido que en tales casos no procede el amparo y la protección de los derechos fundamentales del actor puede perseguirse a través de la vía ordinaria.

Sin embargo, existen dos excepciones al principio de inmediatez, bajo las cuales se justifica el lapso que haya transcurrido entre la vulneración de los derechos fundamentales y la solicitud del amparo deprecado; estas son:

“(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.[28] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de

adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”[29]

En el presente caso, la Sala observa que, a diferencia de lo que sostuvo la entidad accionada en la contestación de la tutela, sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, pues no han podido transcurrir catorce (14) años desde el desencuartelamiento, toda vez que el actor nació en 1990 y si como lo afirma la entidad accionada, fue desvinculado en el año 1998, en ese momento tenía 8 años de edad razón por la cual no es viable que a tan corta edad hubiera prestado el servicio militar.

Por otro lado, según Boletín de Desencuartelamiento expedido por el Ejercito Nacional fue retirado del servicio activo por determinación del comandante de la Fuerza el 28 de febrero de 2010, año en que fue valorado por la Junta Médico Laboral y posteriormente por el Tribunal Medico Laboral de Revisión. En el año 2012 solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y al ser negada inicia acción de tutela.

Aunado a lo anterior, la vulneración se encuentra vigente por la misma calidad de la enfermedad, cuyo tratamiento es permanente y, por la situación psicológica en que se encuentra el accionante. De igual forma, sigue sin capacidad económica para subsistir junto con su núcleo familiar. Además, debe recordarse que el derecho a la pensión no prescribe, de modo que se puede solicitar en cualquier tiempo.

Por estas razones, la Sala concluye que la acción de tutela procede en este caso.

3.4. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Se estudia la situación del señor Yonathan Sierra Cancino, a quien a pesar de padecer “Trastorno Depresivo Grave y Cofosis en el oído izquierdo” y, una pérdida de capacidad laboral del 65.04%, según Tribunal Médico Laboral, la accionada se negó a reconocerle la pensión de invalidez, argumentando que no cumple con el porcentaje de incapacidad del 50% o más que reglamenta el Decreto 4433 de 2004, puesto que únicamente el 41.04% de disminución de la capacidad laboral es como consecuencia de la prestación del servicio o por causa y razón del mismo, ya que el otro 24.0% es por enfermedad común.

Como reiteradamente ha señalado esta Corporación, para que los miembros de la fuerza

pública puedan acceder a la pensión de invalidez se establece un parámetro mínimo de protección que es el 50% de disminución en la capacidad laboral. Además, en el caso objeto de estudio no existe discriminación por parte del Tribunal Médico Laboral del porcentaje obtenido, solamente hace mención a un 65.04% de pérdida de capacidad laboral. Así mismo, se debe tener en cuenta que el actor se encuentra en una situación de vulnerabilidad y los trastornos mentales que padece se incrementaron cuando prestaba el servicio militar.

De otro lado, se observa que en este caso el tutelante al momento de la lesión “Cofosis en el oído izquierdo” se encontraba vinculado al Ejercito Nacional, razón por la cual tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez, toda vez que por cumplir con su deber a la patria recayó en ataques depresivos y fue objeto de una disminución de su audición, lo que le produjo una pérdida de capacidad laboral del 65.04% y un perjuicio que le impide actualmente desarrollarse en un campo laboral y subsistir por sí mismo.

De lo expuesto se puede concluir que la accionada debe reconocer y pagar la pensión de invalidez al actor, toda vez que, como lo indica la normatividad vigente, el actor cumple con el porcentaje del 50% y su discapacidad es producto del servicio.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que: (i) el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, (ii) la urgencia de protección a los derechos fundamentales del actor y, (iii) su crítico estado de salud, como se puede evidenciar del Acta No. 686-1256 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, donde se le diagnosticó “Trastorno Depresivo Grave y Cofosis en el oído izquierdo” y un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 65.04%. Esta Sala de Revisión, revocará el fallo proferido el veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que negó la acción de tutela adelantada por Yonathan Sierra Cancino en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

De igual manera, se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones

Sociales que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y empiece a pagar la reclamada pensión por incapacidad permanente parcial al señor Yonathan Sierra Cancino, e inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de primera instancia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que negó la acción de tutela adelantada por Yonathan Sierra Cancino en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa- Grupo de Prestaciones Sociales, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones Sociales que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y empiece a pagar la pensión por incapacidad permanente parcial al señor Yonathan Sierra Cancino, e inicie las gestiones administrativas correspondientes para reconocer el pago del retroactivo de la pensión si hubiere lugar a ello.

TERCERO.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

[2] Sentencia T-1291 de 2005 y Sentencia T- 668 de 2007

[3] Ibidem.

[4] Corte constitucional, sentencia de tutela T-479 del 15 de mayo de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[5] Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

[7] 39º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

[8] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”.

[9] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-658 del 1 de julio de 2008. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

[11] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[12] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[13] MP. Dr. Humberto Sierra Porto

[14] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 1997.

[15] Sentencia T-841 de 2006.

[16] La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ayudan a definir el contenido y alcance de los derechos económicos sociales y culturales. Sobre este tema pueden verse, entre otras, las sentencias T-200 de 2007 y T-1248 de 2008.

[17] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[18] Sobre la vigencia de la ley 793 de 2004 la Corte se ha manifestado en diversas oportunidades en sede de tutela y en sede de constitucionalidad. Al respecto ver sentencias C-924/05, T-841/06, T-596/07, entre otras.

[19] Articulo 14, Decreto 1796 de 2000

[20] MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

[21] Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

[22] MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

[23] MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[24] MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[25] Ver Folios 10-12, cuaderno No. 2.

[26] Ver Acta No. 686-1256 expedida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (Folios 18-23, cuaderno No.2).

[27] Según informa el boletín de desencuartelamiento expedido por el Ejercito Nacional. (Folio 47, cuaderno No.2)

[28] Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.

[29] Corte Constitucional, sentencia de tutela T-158 del 2 de marzo de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.