

ACCION DE TUTELA - Procedencia para obtener pensión de invalidez

Por vía Jurisprudencial se ha establecido que en principio, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, dado el carácter subsidiario de esta acción, la cual, se repite, opera cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial para reclamar el derecho. No obstante lo anterior, existen dos excepciones a la regla general de la improcedencia: 1. La acción de tutela como mecanismo principal: Cuando el medio judicial ordinario no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. 2. Como mecanismo transitorio: Cuando existiendo el mecanismo judicial ordinario idóneo y eficaz, es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.. En ese orden de ideas, por su prolongación en el tiempo y los costos económicos que implican, los medios ordinarios no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas calificadas como invalidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, porque a prima facie supondría una afectación a la salud, una limitante para el acceso o la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil para el afectado y su núcleo familiar por la falta de ingresos; y en consecuencia, la tutela procede como mecanismo definitivo, a menos que se compruebe que la persona cuenta con los medios económicos para su sostenimiento hasta tanto se resuelva el proceso ordinario sin poner en peligro los derechos fundamentales propios y de su familia.

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional, en sentencia T-032 de 2012, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS - Procedencia excepcional

En principio y dado el carácter subsidiario de la tutela, es improcedente cuando pretende controvertirse actos administrativos, a menos que se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable y solamente en estos casos, el juez puede suspender la aplicación o inaplicar el acto administrativo, mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo... En ese orden de ideas, si bien es cierto que el accionante tiene a su alcance otros medios de defensa judicial, verbigracia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también lo es que dicho mecanismo no es el más eficaz para contrarrestar el perjuicio que en este momento está padeciendo, no solo el tutelante, sino su núcleo familiar que depende económicamente de él, pues vale repetir, que como no está en condiciones de trabajar, la afectación de su mínimo vital es inminente, poniendo en peligro los derechos fundamentales de su familia, especialmente de su hijo de pocos meses de nacido, el cual goza de especial protección constitucional.

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia T-199 de 2008

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL - Protección transitoria / PENSION DE INVALIDEZ EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICIA NACIONAL - Procede cuando existe entre el 50 y el 100 por ciento de pérdida de la capacidad laboral valorada por la Junta Médica o Tribunal Médico Laboral respectivo

De acuerdo con el criterio Jurisprudencial expuesto en líneas anteriores, frente a la contradicción entre los límites mínimos para el reconocimiento de la pensión de invalidez entre el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, que establecen un mínimo de 50 por ciento en el primero y un 75 por ciento en el segundo, la Corte Constitucional en sentencia T-

931 de 2011, manifestó que de manera pacífica se le ha dado prevalencia al criterio de la Ley sobre el Decreto. Lo anterior, aunado a que la afectación resulta patente, debido a que se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta por el padecimiento de una limitación física (pérdida de capacidad visual progresiva), que le genera una incapacidad permanente que de acuerdo con la última calificación supera el 50 por ciento, es una circunstancia que lo hace un sujeto de especial protección constitucional y en esa medida, la falta del reconocimiento pensional, implicaría un grave quebranto a los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor.

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional, sentencia T-931 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00144-01(AC)

Actor: JHONATAN GERARDO PARADA NIÑO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA

Decide la Sala la impugnación propuesta por las partes contra la providencia de 5 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que concedió parcialmente la tutela instaurada por el señor Jhonatan Gerardo Parada Niño contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares y de Policía.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA TUTELA

El señor Jhonatan Gerardo Parada Niño, actuando por conducto de apoderado, instauró acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares y de Policía, con el fin de que se le protejan de manera definitiva o transitoria, los derechos fundamentales de los niños, dignidad, igualdad real y

efectiva, salud, mínimo vital, debido proceso, familia y los principios de solidaridad y justicia material.

Como consecuencia solicitó se ordene a la Policía Nacional reconocerle y pagarle al tutelante la pensión de invalidez, "(...) concediendo para todos los efectos legales las consecuencias que se derivan para los casos de discapacidad laboral equivalente al 75 por ciento y que se le presten todos los servicios de SALUD, para que pueda ser atendido por los especialistas en diferentes materias que requiere, los cuales los necesita con suma URGENCIA."

Hechos en que fundamenta las pretensiones:

El actor se presentó a la Policía Nacional el 9 de septiembre de 2008, para ingresar como Auxiliar de Policía, cumpliendo con los requisitos de seguimiento y control de valoración No. AP-16477, considerado APTO y con respecto a los "ORGANOS DE LOS SENTIDOS, los OJOS señala que tiene una AGUDEZA VISUAL SIN CORRECCION EN LOS OJOS DERECHO E IZQUIERDO DE 20/20."

El 21 de enero de 2009, encontrándose en servicio fue trasladado al Batallón Campo Hermoso de Boyacá, donde se internó en el monte durante 6 días continuos, en busca de laboratorios de droga de la guerrilla. Mientras se encontraba patrullando sintió que se le enrojecieron los ojos (irritados), dolor agudo y sensibilidad a la luz, de lo que le informó a su Superior, quien le dijo que eso era debido al cansancio por la larga estadía en el monte, sin dejar informe alguno.

De lo mismo informó al Enfermero encargado de acompañarlos en las misiones de selva quien tampoco le prestó atención ni dejó informe.

En marzo de 2010, el actor sentía constantes dolores de cabeza y "picadas" (punzadas) en su ojo derecho, después de repetidas solicitudes fue atendido por el Médico General, que el 6 de abril de ese año lo remitió al Oftalmólogo de la Clínica de la Policía Regional de Tunja - Area de Sanidad - Boyacá de la Policía Nacional, donde fue diagnosticado con lo siguiente:

"(...)

MOTIVO DE CONSULTA: Mala visión ojo hace 8 meses

ANTECEDENTES: Negativo

AGUDEZA VISUAL O.D. (ojo derecho): Dedos 2 metros
O.I (ojo izquierdo): 20/20
FONDO DE OJO:* D: cicatriz (ilegible) activa
DIAGNOSTICO: CICATRIZ EN MACULA DE OJO DERECHO.
PLAN DE MANEJO: R/ DICLOFENACO GOTAS
(...)”

El Especialista le advirtió que con el pasar del tiempo perdería su ojo izquierdo y quedaría ciego, “ya que la enfermedad era progresiva y en el momento menos pensado se activaría por ser un peligro latente y pasaría a su ojo izquierdo que por eso no se debía descuidar. Sin embargo, como el dolor de cabeza y las picadas eran tan fuertes debido a que tenía que hacer un mayor esfuerzo su ojo izquierdo, debería tener controles para, hacer mas llevadera esta enfermedad y estar atentos para cuando la uveítis apareciera evitar (sic) que se expandiera”. (Negrillas del texto).

Como consecuencia de lo anterior, la Policía Nacional expidió la Resolución No. 0162 de 9 de marzo de 2010, mediante la cual lo declaró no apto, así:

“ARTICULO 2°. Según lo informado mediante Oficio No. 0085 del 05 de Abril de 2010, firmado por el Doctor JAIRO ALBERTO GARZON CAGUEÑAS Jefe Seccional de Medicina Laboral DEBOY manifiesta que el siguiente personal de Auxiliares de Policía quedan NO APTOS SIN REUBICACION LABORAL según el Examen Médico - odontológico (sic) por licenciamiento:

No	GR	NOMBRES Y APELLIDOS	CEDULA	ESTACION
4	AP	PARADA NIÑO JHONATAN	101601740 3	TUNJA

Dándole un término de 60 días calendario para presentarse a Medicina Laboral, previa cita.”

El 7 de mayo del 2010 el actor le solicitó a Medicina Laboral que con base a los criterios médicos anteriores procedieran a iniciarle un proceso de valoración y revisión física, “(...) ya que existían conceptos de los especialistas que el tenía problemas en su ojo derecho ya que aparecía una agudeza visual de dedos (sic) 2 metros y cicatriz en mácula de ojo derecho y con el transcurrir el tiempo perdería también su ojo izquierdo quedando completamente ciego”, ya que su enfermedad es progresiva y debe darle un manejo adecuado a las dolencias que ésta le causa.

En la misma fecha, la Policía Nacional le expidió un carnet para que accediera al servicio médico por un mes, siendo atendido el mismo día por la Optómetra, quien le diagnosticó “AMBLIOPIA EX ANOPSIA Y ASTIGMATISMO, valoración fondo de

ojo derecho disminución progresiva de visión (ambliopía en O.D.), por lo que era necesario realizarle una “CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR MEDICINA ESPECIALIZADA + INCLUYE AQUELLA REALIZADA PARA LA PROTECCION DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN FORMA PERIODICA, EN SEGUIMIENTO LABORAL AL REINTEGRO O ADAPTACION DE ORTESIS-PROTESIS”. (Negrillas y mayúsculas del texto).

Diez días después fue examinado por la misma Optómetra, encontrándole “DISMUNICION DEL BRILLO DEL OJO DERECHO, y la REFRACION + 025 del OJO IZQUIERDO. Remitiendo a la Junta Medica para la valoración “*FONDO DE OJO DERECHO AMBLIOPIA*”.” (Mayúsculas y cursivas del texto).

El 25 de noviembre del 2010, se le practicó la Junta Medico Laboral No. 1431, que dictaminó lo siguiente:

“Conceptos de Especialista: AGUDEZA VISUAL OJO DERECHO CUENTA DEDOS (sic) 2 METROS ojo izquierdo 20/20 CICATRIZ RETINA EN FOVEA DE OJO DERECHO SECUNDARIA A INFECCION POR UVEITIS

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. NO APTO. Por artículo 52 H 4A, REUBICACION LABORAL NO.

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:
Actual: VEINTISEIS PUNTO CERO POR CIENTO 26.00 por ciento
Total: VEINTISEIS PUNTO CERO POR CIENTO 26.00 por ciento

No figura informe administrativo, se trata de accidente de trabajo.

(...)”

Dentro del término solicitó la convocatoria al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que mediante el Acta No. 832 de 30 de junio de 2011, resolvió lo siguiente:

“(...)”

PACIENTE VISUALIZA SOLO MOVIMIENTOS DE MANO OJO DERECHO, se decide modificar la Junta Medico Laboral toda vez que ES UNA SECUELA IRREVERSIBLE.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. - NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, por artículo 68 del Decreto 094 de 1989. No aplica reubicación por ser “licenciado” (SIC).

Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.
Presenta una disminución de capacidad laboral de:
Actual: CINCUENTA Y OCHO PUNTO CINCO POR CIENTO 58.5 por ciento

Total: CINCUENTA Y OCHO PUNTO CINCO POR CIENTO 58.5 por ciento

Que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, las decisiones contenidas en el Acta son IRREVOCABLES y OBLIGATORIAS y contra ellas solo proceden las ACCIONES JURISDICCIONALES PERTINENTES.

Imputabilidad al servicio.

Literal A. en el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir enfermedad común.

La anterior conclusión no es cierta porque contradice el artículo 30 del Decreto 1796 de 14 de septiembre de 2000, que señala lo siguiente:

“ENFERMEDAD PROFESIONAL. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de labor que desempeñe o del medio en que realizan su trabajo las personas de que trata el presente decreto, bien sea determinado por agentes físicos, químicos, ergonómicos o biológicos y que para efectos de lo previsto en el presente decreto se determinen como tales por el Gobierno Nacional. (Negrillas del actor)

Por lo anterior, la patología del accionante debe considerarse una enfermedad profesional, ya que se adquirió prestando el Servicio Militar y por razón de las actividades que le asignaban, “(...) sin embargo a ella misma no le sirve calificarla como tal, ya que inmediatamente los índices suben y pueden llegar al 75 por ciento de la incapacidad, así se verían obligados a pensionarlo.”

La Policía Nacional lo retiró del servicio ignorando que necesita “UN TRATAMIENTO CONSTANTE O DE UNA ORTESIS-PROTESIS” por parte de la Entidad. (Mayúsculas y negrillas del actor).

Mientras esperaba la citación a la Junta Medico Laboral, pese a su invalidez, se vio obligado a trabajar por necesidad como Auxiliar General en la Empresa LA DOLEZZA S.A.S entre el 17 de junio y el 29 de septiembre de 2010; y fue retirado por su enfermedad, ya que no le permitía cumplir sus funciones.

La historia clínica de COMPENSAR, da cuenta de que el accionante sufre de constantes dolores de cabeza, mareo, desvanecimiento, y que debido a su poca visión sufre constantes traumatismos, pues es tan grave que ni siquiera puede montar en bicicleta.

El actor consiguió un nuevo empleo en la Empresa EXTRAS S.A., en un depósito de champiñones, entre el 12 de octubre de 2010 y el 15 de junio de 2011, empero, cuando empezó a laborar comenzaron los síntomas de su enfermedad, por lo que

el Médico de COMPENSAR le recomendó retirarse del trabajo. No obstante lo anterior, como su novia estaba en embarazo consiguió trabajo como Auxiliar en la Estación de Servicio ESSO de CORABASTOS, desde el 15 de julio hasta el 31 de octubre de 2011, pero debido a su enfermedad cometió faltas graves por lo que tuvo que renunciar.

El 16 de septiembre de 2011 la Policía Nacional le notificó incapacidad laboral del 58.5 por ciento, disminución por la que no podía ser pensionado por invalidez, ya que es inferior al 75 por ciento. La Entidad le reconoció una indemnización por pérdida de la capacidad laboral por valor de \$19.068.538, empero, no se puede pretender que el accionante por haber recibido esta compensación deba renunciar a exigir el resarcimiento de otras consecuencias más gravosas.

El 21 de noviembre de 2011, el actor radicó ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud de conciliación prejudicial, con el objeto de que la Policía Nacional, se pronunciara sobre lo siguiente:

“(…)

- Dejara sin efectos parciales las Actas de la Junta Médico Laboral y la del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que le determino a JHONATAN el 58 por ciento de incapacidad.
- Que se tuviera en cuenta su enfermedad progresiva como profesional, y las consecuencias de su uveítis en ambos ojos, además su estado emocional (depresión, pocas ganas de vivir, baja autoestima, ansiedad, desvelos, angustias) que cada día empeoran, ya que no tienen la manera de poder trabajar para tener un sustento y el futuro de su compañera y de su bebe con tan solo 1 mes de nacido, le preocupan ya que él es cabeza de familia, porque su compañera no trabaja
- Que como consecuencia de esa nueva calificación pudiera obtener la pensión de invalidez, ya que en estos momentos se encuentra en su situación emocional y económica muy difícil, ya que para las Fuerzas Militares es NO APTO y para la vida es INVALIDO, ya que tiene mas del 50 por ciento de incapacidad laboral.
- Que le prestara los servicios médicos y los tratamientos especializados para su agudeza visual del ojo derecho sufrido por la infección de uveitis, y los medicamentos necesarios para controlar los constantes dolores de cabeza y picadas hasta el extremo de quedar desvanecido, y para que tenga una mejor calidad de vida con su enfermedad, y pueda tener un seguimiento, con el objeto de hacer menos insoportable los dolores y avances de la enfermedad, y todas las demás que requiera, además que sea atendido por un especialista para que le de el manejo adecuado a su ansiedad, desvelos, depresión y angustia y pocos deseos de vivir.

(...)"

A pesar de que contra el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía no procedía ningún recurso, el 18 de noviembre de 2011, el actor presentó una petición, solicitándole a la Policía Nacional, tomar las medidas necesarias para que pudiera ser atendido por los Especialistas de esa Institución, para hacer mas llevadera su enfermedad, pues presenta un gran temor de quedar completamente ciego sin poder valerse por si mismo ni como responder por su familia, ya que su compañera se encuentra desempleada y con ocho meses de gestación.

El 29 de noviembre de 2011, la Policía Nacional contesto la anterior solicitud en forma negativa.

El 19 de enero de 2012, el actor adicionó la solicitud, aportando la constancia emitida por COMPENSAR, en el sentido de que ya no se encontraba vinculado a la EPS y reitero que necesitaba un tratamiento medico; empero, la respuesta fue negativa.

CONTESTACION DE LA TUTELA

1. El Jefe (E) del Area de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, contestó la tutela a folios 145 a 149, solicitando negarla por improcedente, ya que en el libelo introductorio no explicó de manera clara la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Además, advirtió que no ha violado ninguno, pues la Entidad actuó con apego a la Ley, por el contrario, con todas las actuaciones se demuestra que el tutelante ha desgastado el aparato Judicial y Administrativo.

El Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía el 23 de mayo de 2011, modificó los resultados de la Junta Médico Laboral realizada al actor y determinó que presenta una incapacidad permanente "NO APTO PARA LA ACTIVIDAD POLICIAL" con una disminución de la capacidad laboral total del 58.5 por ciento.

Consultado el Sistema de Información y Administración del Talento Humano - SIATH, se verificó que el accionante prestó Servicio Militar Obligatorio como Auxiliar Regular por un término de dieciocho (18) años (sic) en el Departamento de

Policía de Boyacá, y fue retirado de la Institución el 6 de abril de 2010, por Licenciamiento de servicio militar.

Abordó el estudio de las normas que regulan el Subsistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y de Policía, así como de las funciones de la Junta Médico laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, y concluyó que el actor tiene definida su situación Médico Laboral, ya que su caso fue estudiado en primera y segunda instancia, que determinó una pérdida de capacidad laboral del 58.5 por ciento.

“(...) Contrario a lo dicho por el accionante de conformidad con la evaluación médica realizada no solo por el especialista si no por Medicina Laboral y el Tribunal Médico Laboral y de Policía la patología de uveítis posterior no fue adquirida como consecuencia de la prestación del servicio militar, tal como pretende hacerlo ver el hoy accionante.”

En cuanto a la prestación del servicio de sanidad que ofrece el Subsistema de Salud de la Policía Nacional, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, es para el personal activo, retirados o pensionados, empero, como el tutelante no tiene ninguna de las cualidades anteriores, no puede ser beneficiario del mismo.

En relación con la asignación pensional del artículo 39 del Decreto 1796 de 2000, es un requisito elemental para el reconocimiento de la pensión por invalidez la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75 por ciento, pero como al actor se le determinó una pérdida de capacidad del 58.5 por ciento, no tiene derecho a la prestación que reclama.

2. El Jefe del Grupo de Orientación e Información de la Secretaría General de la Policía Nacional, contestó la acción a folios 164 a 171, solicitando negarla por improcedente porque no hubo vulneración de los derechos fundamentales invocados, además, no existe ningún perjuicio irremediable que amerite la intervención del Juez Constitucional.

La acción no cumple con el requisito de subsidiariedad ya que para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, el actor debe acudir a la Jurisdicción Ordinaria, pues es ajeno al Juez Constitucional entrar a decidir conflictos jurídicos suscitados alrededor del reconocimiento y pago de las

prestaciones sociales, porque para ello, el Ordenamiento Jurídico ha diseñado los procedimientos y medios judiciales.

El accionante prestó el Servicio Militar Obligatorio en la modalidad de Auxiliar de Policía y según su expediente, las Autoridades Médico Laborales calificaron las lesiones como una enfermedad común, con una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 58.5 por ciento, razón por la cual no tiene derecho a la pensión por invalidez, ya que para acceder a ella es necesario que la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al 75 por ciento.

Resaltó que en virtud del Decreto 1796 de 2000, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía es el Organo Administrativo de mayor jerarquía, cuyas determinaciones son irrevocables y obligatorias, y contra ellas solo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.

En el sub-lite, la Entidad le reconoció al actor una indemnización por disminución de la capacidad laboral, la cual fue debidamente notificada e incluida en la nómina No. 61 de 2011, sin que hubiera manifestado su inconformidad haciendo uso de los recursos de la vía gubernativa.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 5 de marzo de 2012, I). rechazó la tutela por improcedente en relación con la pretensión del reconocimiento y pago de la pensión por invalidez; II). tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, ordenándole a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, disponga la prestación inmediata de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos que requiera el actor para la atención de la enfermedad adquirida durante la prestación del servicio militar, según criterio del Médico Especialista tratante; y III). negó el amparo de los demás derechos invocados (fls. 181-210), con fundamento en lo siguiente:

El artículo 86 de la Carta Política estableció que toda persona tiene derecho a incoar la acción de tutela para reclamar ante los Jueces la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o

violados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública, o los particulares en los casos de Ley.

Abordó el estudio de la procedencia de la tutela para obtener el reconocimiento de los derechos pensionales, y concluyó que por regla general esta acción no es viable, a menos que pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual está asociado, entre otros, con la afectación al mínimo vital, para lo cual es necesario demostrarlo al menos sumariamente.

Para obtener el reconocimiento de la pensión por invalidez, el actor debe solicitarlo ante la Policía Nacional, pues en las peticiones referidas en el escrito de tutela, únicamente solicitó el servicio de salud, por lo que debe agotar las instancias administrativas para obtener un pronunciamiento de fondo y en caso de que fuere desfavorable, acudir a la instancia judicial para debatir su legalidad, lo cual, no puede ser omitido so pretexto de la vulneración de los derechos fundamentales, dado que existen otros mecanismos de defensa judicial, razón por la cual, la tutela se torna improcedente.

Tampoco hay lugar al amparo de manera transitoria de los derechos pensionales, ya que en el libelo introductorio el actor invocó la urgencia en la atención del servicio de salud, mas no en la prestación que reclama, razón por la cual rechazó la tutela por improcedente al existir otro medio de defensa judicial.

En relación con el derecho a la salud por enfermedades adquiridas durante la prestación del Servicio Militar Obligatorio, la Corte Constitucional de manera reiterada ha dicho que constituye una excepción a la regla de vinculación al Sistema de Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía hasta cuando sean desincorporados de la Entidad, cuando la lesión o enfermedad hubiere sido adquirida durante la prestación del servicio siempre que sea producto directo, se haya generado en razón o con ocasión del servicio, o sea causa de la desincorporación del mismo.

En el sub-lite, cuando el actor fue incorporado para prestar el Servicio Militar Obligatorio se registró como "APTO" con una agudeza visual 20/20, empero, durante la prestación del servicio, adquirió la enfermedad de "uveítis", para lo cual necesita de atención y controles médicos especializados en forma periódica, pero

como fue desvinculado de las Fuerzas Militares, ya no puede acceder al servicio de sanidad.

Como el tutelante manifestó que por sus condiciones de salud ha sido difícil ubicarse laboralmente y no cuenta con los medios económicos para solventar los gastos médicos requeridos para tratar su enfermedad, se encuentra en situación de vulnerabilidad, el A quo el fin de salvaguardarle la vida, salud e integridad y atendiendo al principio de solidaridad, concedió el amparo de sus derechos fundamentales, ordenando la atención por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

LA IMPUGNACION

1. El Jefe de Area de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional impugnó el anterior proveído a folios 215 a 216 del expediente, argumentando lo siguiente:

Contrario a lo manifestado por el accionante y de conformidad con la evaluación médica realizada no solo por el especialista sino por Medicina Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía la patología de uveítis posterior no fue adquirida como consecuencia de la prestación del Servicio Militar Obligatorio.

La situación médico laboral del tutelante fue definida por el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía, que determinó una incapacidad permanente parcial "NO APTO PARA LA ACTIVIDAD POLICIAL", con una disminución de la capacidad laboral total del 58 por ciento.

La Entidad cubrió los servicios de salud del accionante mientras estuvo activo, pero actualmente, no ostenta la calidad de afiliado al Subsistema de Salud de la Policía Nacional, como quiera que no goza de pensión o asignación de retiro, es decir, que no puede legalmente acceder a los servicios de salud. Además, cumplir la orden del A quo supondría un detrimento patrimonial para la Institución, ya que el tutelante goza de los servicios de salud que presta la EPS COMPENSAR y las afecciones que padece no se produjeron por ocasión ni por razón del servicio.

2. La parte actora impugnó el anterior proveído a folios 218 a 238, solicitando que se reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez, con fundamento en lo siguiente:

Trajo a colación los argumentos esbozados por el A quo para rechazar por improcedente la tutela respecto del reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y señaló que sobre la vigencia de la Ley 923 de 2004, la Corte Constitucional en sentencia T-829 de 2005, manifestó que debe tenerse en cuenta el marco prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, con el cual se obtiene pensión de invalidez teniendo el 50 por ciento de incapacidad; razón por la cual, el A quo debió resolver la tutela dándole aplicación a la Ley 923 de 2004 y determinar si tiene o no derecho a la pensión por invalidez. Al no hacerlo, olvido la esencia del Juez Constitucional, cuya creación tuvo como fin la salvaguarda de los derechos de las personas, máxime cuando se encuentran en estado de debilidad manifiesta, como es el caso del actor y su familia, que necesitan de especial protección por parte del Estado.

El A quo se puso del lado de la formalidad al manifestar que es necesario presentar una petición de reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, cuando la Institución tiene en sus archivos todos los elementos necesarios para resolverla, al menos, debió ordenarle a la Policía Nacional contestarle al accionante si tiene o no derecho a la prestación que reclama, en los términos de la ley 923 de 2004.

Para el Juez de Primera Instancia no se probó la existencia de un perjuicio irremediable y obvió el análisis de los testimonios y demás pruebas documentales aportadas al expediente, los cuales dan cuenta de la grave situación en que se encuentra el tutelante y su familia, pues han tenido que acudir a la mendicidad, ya que es imposible solventar las necesidades que tienen con los \$19.068.538 de pesos que recibió como indemnización por pérdida de la capacidad laboral, tanto así que ha tenido que prestar dinero para pagar el arriendo, servicios públicos domiciliarios, alimentación, vestido, etc.

En el fallo impugnado no se valoraron los principios constitucionales y los derechos fundamentales a la vida, familia, dignidad humana e igualdad del tutelante y su familia, cuya ponderación era necesaria porque su caso es de relevancia constitucional y en razón a ello, el Juez de Tutela debía pronunciarse de fondo, haciendo una interpretación acorde con la Carta Política.

En un Estado Social de Derecho el mínimo vital es un derecho fundamental y es una forma de concreción de la dignidad humana.¹

El tutelante tiene una incapacidad del 58.8 por ciento adquirida durante la prestación del servicio, "(...) es inválido para cualquier actividad, por lo cual le es imposible tener un trabajo en que su discapacidad no sea un obstáculo y que al encontrarse en una muy precaria situación económica afecta su mínimo vital, su dignidad humana ya que (sic) siendo un muchacho de tan solo 23 años recién cumplidos, no puede tener un trabajo para satisfacer sus necesidades básicas, mucho menos las de su familia, ya que ni siquiera tiene con qué pagar un arriendo para poder ofrecerle un techo a su compañera y a su bebe. POR LO TANTO el que no se le reconozca la pensión de invalidez A LA QUE TIENE DERECHO es una situación que difícilmente se acomoda a los principios de solidaridad y equidad acordes con el modelo estatal que nos rigüe (sic)" (Mayúsculas del texto).

La Corte Constitucional en sentencia T-438 de 2007, manifestó que:

(...)

"el carácter de fundamental se deriva de la conexidad directa que presentan las garantías prestacionales y de salud, con el mínimo vital de las personas discapacitadas², ya que una violación de tales derechos para este tipo de personas que no cuentan con ninguna fuente de ingresos, que no pueden trabajar y que físicamente se encuentran limitados para ejercer una vida normal, es contrario al principio constitucional que reconoce el valor de la dignidad humana, la cual resulta vulnerada "cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas"³. Al respecto es importante recordar que "la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por si mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable (C.P. artículo 48)"⁴, porque constituye el único medio de protección que puede obtener una persona que por circunstancias de irremediable adversidad, se encuentra sin ninguna opción en el orden laboral y en complejo estado físico para mantener un mínimo de existencia vital que le permita subsistir en condiciones dignas y justas. "El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud."⁵ (Subrayas y negrillas del actor).

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-426 de 1992.

² Véase, Sentencia T-055 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Véanse, sentencias T-125 de 1994, T-323 de 1996 y T-378 de 1997.

⁴ Véase, sentencia T -124 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ Véase, sentencia T-144 de 1995. M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Junto con el derecho al mínimo vital, al actor debe garantizársele el de la igualdad real y efectiva, desde una interpretación que vaya más allá de la Ley (igualdad formal), acudiendo a criterios de equidad y proporcionalidad al momento de determinar el trato que debe recibir.

En relación con la pensión de invalidez, la Ley 923 de 2004 en el artículo 3º numeral 5º estableció como parámetro mínimo de protección, la pérdida de la capacidad laboral del 50 por ciento, criterio que ha sido el acogido por la Corte Constitucional en diferentes sentencias.

Al no reconocerle la pensión de invalidez al actor se le viola el debido proceso por desconocer los principios de legalidad y favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales, y de contera, los derechos fundamentales de su compañera permanente y su bebe de dos meses de nacido.

Finalmente, abordó el estudio de los derechos de la familia y de los niños, para lo cual citó Jurisprudencia de la Corte Constitucional, plasmada en las sentencias T-408 de 1995 y T-510 de 2003. Sobre la procedencia del reconocimiento de la pensión de invalidez mediante tutela, citó fallos del Consejo de Estado, de 30 de septiembre de 2010, Exp: 2010-00553-01, M.P. Dr. Hugo Bastidas Bárcenas; y 13 de diciembre de 2010, Exp: 2010-03287-01, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en determinar si es procedente mediante tutela reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En caso de que fuera procedente, debe determinarse si hay lugar a ordenar el amparo de los derechos fundamentales de los niños, dignidad, igualdad real y efectiva, salud, mínimo vital, debido proceso, familia y los principios de solidaridad y justicia material del actor.

De lo probado en el proceso

La incorporación del actor a la Policía Nacional

A folio 8 obra el Oficio No. 000600 de 13 de abril de 2011, del Jefe del Area de Talento Humano del Departamento de Policía de Boyacá que remitió los documentos relacionados con el trámite de incorporación al Servicio Militar Obligatorio como Auxiliar de Policía del actor, así:

- A folio 9 obra la “ESCALA AUTOEVALUATIVA DE ZUNG (SDS)” realizada al actor, cuyo resultado fue “Normal”.
- A folio 11 se aportó el Formato de Seguimiento y Control de Resultados de Valoración en el Proceso de Selección e Incorporación, donde resultó calificado como “APTO”.
- A folio 18 obra el Formato de Valoración Médica, donde consta que el actor tenía una agudeza visual 20/20 en ambos ojos, sin pterigios ni patologías.
- A folios 20 a 26 obran los Formatos de Valoración Morfo Funcional y Físico Atlético, Odontológica y de Entrevista Psicológica.

Historia Clínica del actor

Por Resolución No. 162 de 9 de marzo de 2010, el Comandante del Departamento de Policía de Boyacá licenció al actor por no ser apto según el “Examen Médico-Odontológico por licenciamiento”, informado por el Jefe Seccional de Medicina Laboral DEBOY (notificado el 6 de abril del mismo año, fls. 31-34).

A folio 35 obra el “DERECHO DE PETICION” formulado por el actor a Medicina Laboral de DEBOY, sin fecha de recibido, a través del cual solicitó la valoración y revisión física por retiro de la institución policial por tiempo cumplido, señalando igualmente que tiene deficiencias en la visión.

A folio 29 obra la “Historia de Oftalmología” del accionante, quien el 6 de abril de 2010, acudió a consulta por “mala visión ojo derecho” en la cual se consignó como agudeza visual del ojo derecho "Dedos 2 mts", y una cicatriz en macula en el mismo.

A folio 30 obra la “REMISION A RED EXTERNA” de la Clínica de la Policía Regional de Tunja a consulta de Oftalmología del actor.

La Jefe del Area de Talento Humano de DEBOY el 4 de mayo de 2010 expidió la "Constancia de Carnet" en trámite para acceder a los servicios médicos y reclamar medicamentos, con fecha de vencimiento el 4 de junio del mismo año (fl. 37).

A folios 38 a 44 obra la "HISTORIA CLINICA" de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de 26 de julio de 2010, cuando se practicó el examen de licenciamiento, señalando como visión lejana y agudeza visual con refracción del ojo derecho "Cuenta Dedos", como acción de salud: Consulta de control o seguimiento con medicina especializada, que incluye la realizada en forma periódica, en seguimiento laboral al reintegro o adaptación de Ortesis/Prótesis, y como datos clínicos de importancia, la valoración del fondo del ojo derecho, disminución progresiva de la visión (ambliopía en OD).

A folios 45 a 48 se incorporó la Historia Clínica de la EPS COMPENSAR, con información de consultas médicas entre mayo y diciembre de 2010, acudiendo por mareo, desvanecimiento, diarrea, dolores en el cuerpo, abdominal, lumbar y malestar general. En la visita de 17 de mayo de 2011, figura como antecedente general la patología de uveítis con visión en sombras por ojo derecho.

La Junta Medica y el Tribunal de Revisión Militar y de Policía

A folios 2 a 3 se incorporó el Acta No. 1431 de 25 de noviembre de 2010, de la Junta Médico Laboral de Policía (notificada el 15 de diciembre del mismo año, fl. 4), cuyas conclusiones fueron las siguientes:

"III CONCEPTOS DE ESPECIALISTAS: I. OFTALMOLOGIA: 18/05/10 (...) AGUDEZA VISUAL DE OJO DERECHO CUENTA DEDOS 2 METROS 0.10 IZQUIERDO 20/20, CICATRIZ RETINA EN FOVEA DE OJO DERECHO SECUNDARIA A INFECCION POR UVEITIS POSTERIOR (...) (-.)

VI. CONCLUSIONES

Antecedentes — Lesiones- Afecciones-Secuelas

A V OD CUENTA DEDOS 2 METRSO 0120/20

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

INCAPACIDAD PERMANTE PARCIAL- NO APTO. Por artículo 52 H 4A, REUBICACION LABORAL NO.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de capacidad laboral de:

Actual: VEINTISEIS PUNTO CERO POR CIENTO 26.00 por ciento

Total: VEINTISEIS PUNTO CERO POR CIENTO 26.00 por ciento
Imputabilidad del servicio.
De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/2000 le corresponde el literal. No figura informe administrativo, se trata de accidente de trabajo.
Fijación de los correspondientes índices.
A I. GRUPO 6 ARTICULO 82. OFATALMOLOGIA. SECCION 13. NUMERAL 6-053 SIN LITERAL 9 INDICES.
NOTA: EL NUMERAL ASIGNADO SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN."

A folios 6 a 7 se aportó el Acta No. 832 de 1° de septiembre de 2011 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (notificada el 16 de septiembre de 2011, fl. 5), en la cual se determinó:

"V. CONSIDERACIONES

(...)Teniendo en cuenta el concepto médico de la Junta Médico Laboral No. 1431 de 25 de noviembre de 2010, toda vez que es una secuela irreversible, por lo que se califica de acuerdo a la clínica del paciente y Decreto 094/89. Ahora, no es posible calificarle la imputabilidad en el Literal 8 Enfermedad profesional, toda vez que si bien fue en el servicio no lo es por causa y razón del mismo, debido a que fue por una infección ocular que no se acreditó que tuviera nexo causal directo con el servicio.

VI. DECISIONES

Por las razones anteriormente expuestas,...decide MODIFICAR los resultados de la Junta Médico Laboral ...y en consecuencia se resuelve:

Antecedentes — Lesiones- Afecciones-Secuelas
(...)

- I. Uveítis posterior que deja como secuela agudeza visual ojo izquierdo 20/20, ojo derecho cuenta dedos a una distancia de 2 mt.

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

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA LA ACTIVIDAD POLICIAL, por el artículo 68 del Decreto 094 de 1989. No aplica reubicación por ser Licenciado.

Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: CINCUENTA Y OCHO PUNTO CINCO POR CIENTO 58.5 por ciento
Total: CINCUENTA Y OCHO PUNTO CINCO POR CIENTO 58.5 por ciento
Imputabilidad al servicio.

(...)

Literal A. En el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad común.

E. Fijación de los correspondientes índices.
(...)

1. Se revoca numeral 6-053 Sin literal Índice 9
Se asigna numeral 6-055 Índice 15"

La indemnización por pérdida de la capacidad laboral

Por Resolución No. 1959 de 14 de diciembre de 2011, el Subdirector General de la Policía Nacional, reconoció a favor del tutelante la indemnización por incapacidad relativa y permanente por valor de \$19.068.538.19. Liquidada el 23 de noviembre de 2011 (fls. 178-179).

Las peticiones

El 18 de noviembre de 2011, el actor elevó una solicitud al Director General de la Policía Nacional, con el siguiente contenido: "Solicito respetuosamente a mi General OSCAR ADOLFO NARANJO TRUJILLO, que tome las medidas necesarias para que pueda ser atendido por los especialistas de la Policía Nacional, con el objeto de poder hacer más llevadera mi enfermedad que cada día se extiende y es más dolorosa, ya que también está afectado mi ojo izquierdo y siento gran temor de quedar completamente ciego con tan sólo veintidós (22) años de edad que tengo y con mi esposa (desempleada) con un bebe en su vientre de ocho (8) meses de gestación, además temo por mi estado emocional ya que se me vienen ideas a mi cabeza como de atentar C01711Y1 mi propia vida, del mismo desespero que siento, de no poder valerme por mi mismo, ni poder responder por mi familia ya que soy rechazado por la policía y por la empresa privada, y todo por servir a mi patria y entrarme en el bosque por orden de la Policía Nacional a buscar los laboratorios de droga de la guerrilla."(fl. 70).

El Area de Medicina Laboral mediante el Oficio No. S-2011-033746-DISAN ARMEL de 29 de noviembre de 2011, contestó la anterior petición en forma negativa en razón a que la situación médico laboral del actor ya fue definida por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía, determinando una incapacidad permanente parcial, no apto para la actividad policial, con una disminución de la capacidad laboral total del 58.5 por ciento. Empero, de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000, se exige

una incapacidad igual o superior al 75 por ciento, la cual no aplica en el caso del actor, en consecuencia, no puede acceder a los beneficios del Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Además, según la base de datos del FOSYGA, el tutelante está registrado como afiliado al régimen contributivo en salud, a través de la EPS Compensar (fls. 73-74).

El 10 de enero de 2012, el accionante presentó el “COMPLEMENTO AL DERCEHO DE PETICION No. S-2011-033746-DISAN ARMEL” dirigida a la Policía Nacional, informando que fue desvinculado de la EPS COMPENSAR, por no tener vínculo laboral actual, para lo cual aportó la certificación de la Entidad donde consta su desafiliación a partir del 30 de noviembre de 2011 (fls. 75-78).

Por Oficio S-2012-001593-DISAN ARMEL de 20 de enero de 2012, el Jefe del Area de Medicina Laboral, contestó lo anterior reiterando la negativa (fls. 79-81).

Conciliación Prejudicial

La Procuradora 121 Judicial II para Asuntos Administrativos —Tunja, expidió el “CERTIFICADO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL No. 020 de 2012” el 13 de febrero de 2012, que declaró fallida la diligencia convocada por el actor a través de su apoderada, porque a la convocada “NO LE ASISTE ANIMO CONCILIATORIO”, solicitando a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares y de Policía que se declaren parcialmente sin efectos el acta de Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral, en cuanto fue calificada su enfermedad como común y no como profesional progresiva, para que se efectúe nueva Junta que valore este aspecto, se indemnice la merma de la capacidad laboral, y se realicen los tratamientos especializados y adecuados a los problemas de visión que padece (fls. 57-59).

La Familia del accionante

La señora Johana Milena Herrán Lozano, declaró bajo la gravedad del juramento que convive en unión libre con el tutelante desde el 5 de octubre de 2010, se encuentra en el octavo mes de gestación, y depende económicamente de su compañero permanente, quien actualmente se encuentra desempleado (fl. 52).

A folio 55 se incorporó el Registro Civil de Nacimiento de Jhoel Alejandro Parada Herrán, quien nació el 26 de diciembre de 2011, hijo del actor y su compañera permanente.

La señora Johana Milena Herran Lozano, quien manifestó que fue novia del accionante 6 años y desde hace 2 conviven en unión marital de hecho y tienen un hijo, no tienen recursos económicos para subsistir, porque ella no trabaja, ya que cuida a su hijo recién nacido, y reciben ayuda de los familiares para solventar sus necesidades (fl. 115).

Gladys Lucy Lozano Monroy, es la madre de la compañera permanente del tutelante, y conoce de los problemas de visión que padece, los cuales le han impedido su buen desempeño laboral y tener un trabajo estable (fl.116).

La señora Nelcy Olivia Acosta Reyes, conoce al actor hace 14 años, fueron vecinos y es amigo de sus hijos, está enterada de que prestó servicio militar y cuando regresó no podía ver bien por el ojo derecho. Además que ha tenido problemas económicos, teniendo que acudir a la ayuda de sus amigos (fl.117).

El señor Oscar Alirio Martín Acosta, conoce desde hace 15 años al tutelante porque eran vecinos, conoce del problema de visión que padece y que la Policía no le prestó los servicios médicos requeridos, estando en situación de desamparo (fl. 151).

Pruebas aportadas en la Segunda Instancia

A folio 239 obra la petición presentada por el actor ante la Dirección de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez e igualmente, se tomen las medidas necesarias para que pueda ser atendido por los especialistas de la Policía Nacional, para hacer "mas llevadera su enfermedad" (fl. 239-255).

El 6 de abril de 2012 el Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional contestó la anterior solicitud en forma negativa, en razón a que la disminución de la capacidad laboral del actor fue de 58.5 por ciento, causada en el servicio pero no por causa y razón de éste; y para acceder a la pensión de invalidez debe tener una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75 por ciento (artículo 30 del Decreto 4433 de 2004), es decir, que el accionante no cumple con los

requisitos exigidos por las normas que regulan el régimen exceptuado de las Fuerzas Militares.

Análisis de la Sala

Procedencia de la tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

La Constitución Política en el artículo 48 definió la seguridad social como un derecho y un servicio público obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Entre las garantías de la seguridad social está la pensión por invalidez, cuyo propósito es “(...) proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha condición física o mental, impacta negativamente su calidad de vida y la eficacia de otros derechos fundamentales.⁶ Del mismo modo, busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.”⁷

La Corte Constitucional⁸ ha señalado que el derecho a la seguridad social en pensiones es de rango fundamental⁹, máxime si se trata de la pensión de invalidez,

⁶ 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 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-032 de 2012, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ en sentencias como la T-658 de 2008MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

“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 preestablecidos.”

⁹ La Corte Constitucional, en sentencia T-391 de 2011, citando a: Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis Editores, Bogotá., 2005; Alexy, Robert. La Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1993. así:

“Su asimilación como derecho fundamental resulta menos evidente pues el constituyente no le ubicó dentro de esta categoría particular, pero su comprensión como un ‘derecho subjetivo con un alto grado de importancia’ admite esa visión.”

en razón a la estrecha relación que guarda con la dignidad humana¹⁰ y con la satisfacción real de los demás derechos humanos, sobre lo cual, el Alto Tribunal Constitucional, en sentencia T-032 de 2012, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sostuvo lo siguiente:

“(…)

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, máxime si al interior del mismo se encuentran hijos menores de 18 años, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.”

Por vía Jurisprudencial se ha establecido que en principio, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social¹¹, dado el carácter subsidiario de de esta acción, la cual, se repite, opera cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial para reclamar el derecho. No obstante lo anterior, existen dos excepciones a la regla general de la improcedencia:

1. La acción de tutela como mecanismo principal: Cuando el medio judicial ordinario no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.

¹⁰ 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 reciente¹⁰ 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 humanos¹⁰, 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.”¹⁰ (Subraya fuera de texto)

¹¹ Sentencias T-217 de 2009, T-121 de 2009, T-115 de 2009, T-075 de 2009, T-063 de 2009, T-650 de 2008, T-145 de 2008, T-641 de 2007, T-093 de 2007 y T-043 de 2007 entre otras.

2. Como mecanismo transitorio: Cuando existiendo el mecanismo judicial ordinario idóneo y eficaz, es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.¹²

Al respecto, en el fallo T-977 de 2008 se dijo que:

“(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria.”¹³

En ese orden de ideas, por su prolongación en el tiempo y los costos económicos que implican, los medios ordinarios no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas calificadas como invalidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, por que a *prima facie* supondría una afectación a la salud, una limitante para el acceso o la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil para el afectado y su núcleo familiar por la falta de ingresos; y en consecuencia, la tutela

¹² Concretamente, en aquellos casos en los que se reclama el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de una persona que ha sido calificada como inválida por superar el cincuenta (50%) de incapacidad laboral, se ha considerado que:

“el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o síquico un tratamiento privilegiado, obligación en la cual se encuentra comprendido el deber de ofrecer a los discapacitados la ‘atención especializada que requieran’. En idéntico sentido, el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de ‘medidas a favor de grupos discriminados o marginados’. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión (...) En conclusión, el juez de tutela debe considerar la especial situación de desamparo en que se encuentra la persona que realiza este tipo de solicitudes, pues, en principio, padece de una lesión que ha afectado su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%; tal circunstancia lleva a concluir que en la mayoría de estos casos la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y ofende la dignidad humana de estas personas, por lo que el rigor del principio de subsidiariedad debe ser matizado de cara a la urgencia de dar protección a sus derechos fundamentales”¹² (subrayado fuera del texto original).

procede como mecanismo definitivo, a menos que se compruebe que la persona cuenta con los medios económicos para su sostenimiento hasta tanto se resuelva el proceso ordinario sin poner en peligro los derechos fundamentales propios y de su familia.

Así las cosas, le corresponde al Juez del caso valorar la idoneidad del medio de defensa judicial y la ocurrencia del perjuicio irremediable, atendiendo a las particularidades del sub-exámine, observando el daño y los derechos fundamentales comprometidos o la transgresión de los principios superiores como la especial protección constitucional de personas en estado de debilidad manifiesta.

No obstante lo anterior, además de verificarse la falta de idoneidad, eficacia y el perjuicio irremediable que se causaría con los medios ordinarios, es necesario que exista un pronunciamiento negativo sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de la Autoridad competente, es decir, que se haya agotado el trámite administrativo y que la respuesta hubiere sido negativa¹⁴, y en ese evento, el Juez procedería a estudiar la procedibilidad de la tutela contra actos administrativos.

Procedencia de la tutela contra actos administrativos

En principio y dado el carácter subsidiario de la tutela, es improcedente cuando pretende controvertirse actos administrativos, a menos que se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable y solamente en estos casos, el juez puede suspender la aplicación o inaplicar el acto administrativo, mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.¹⁵

¹³ Sentencia T-977 de 2008.

¹⁴ [La Corte Constitucional en sentencia T-391 de 2011, sostuvo lo siguiente:](#)

[“\(…\) La favorabilidad de la tutela en relegación del medio preferente de defensa judicial frente a una solicitud pensional presupone un pronunciamiento de la entidad encargada, regularmente a través de un acto administrativo, ya que al juez constitucional le está vedado anteponerse a la actuación del ente al que le compete el conocimiento de tales asuntos. Por tal motivo, comúnmente cuando se trata de asuntos pensionales, resultan cuestionados actos administrativos respecto de los cuales se aduce la consumación de un defecto de incidencia constitucional.](#)

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-199 de 2008.

Caso concreto

En el sub-júdice el actor solicita se le protejan de manera definitiva o transitoria, los derechos fundamentales de los niños, dignidad, igualdad real y efectiva, salud, mínimo vital, debido proceso, familia y los principios de solidaridad y justicia material vulnerados por la Entidad que le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez porque la disminución de la capacidad laboral es del 58.5 por ciento, inferior al 75 por ciento mínimo exigido por el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

En efecto, el actor tiene una incapacidad permanente parcial, no apto para la actividad policial del 58.5 por ciento, según el Acta No. 832 de 1º de septiembre de 2010 del Tribunal Medico Laboral de Revisión militar y de Policía (fls. 6-7).

De acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante tutela, por regla general es improcedente, empero, admite excepciones, cuando busca evitarse un perjuicio irremediable y existe la negativa de la Entidad en reconocer la prestación.

Bajo estos supuestos se hace imperativo determinar, si el caso del actor encuadra dentro de las hipótesis contenidas en las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la procedibilidad de la tutela en contra de actos administrativos que resuelven cuestiones prestacionales.

En el sub-júdice se observa que el actor se encuentra en una difícil situación económica, pues a pesar de que ha intentado continuar con su vida normal después de que prestó el servicio militar obligatorio en distintos empleos, en las Empresas La Dolcezza S.A.S., Extras S.A. y la Estación de Servicio ESSO Corabastos (fls. 49-51), de todos tuvo que retirarse por razón de su salud, ya que la pérdida de visión le causaba problemas en el desempeño de los empleos. Además, tiene a su cargo el sostenimiento de su compañera permanente y su hijo, un bebe de cuatro meses de nacido.

Por si fuera poco, las declaraciones ante Notario de las señoras Johana Milena Herrán Lozano -compañera permanente, Gladys Lucy Lozano Monroy - madre de

la compañera permanente, y Nely Olivia Acosta Reyes - madre de los amigos del tutelante, y el señor Oscar Alirio Acosta - vecino del actor, dan cuenta de la precaria situación económica que atraviesa el actor y su núcleo familiar, así como de la enfermedad que padece, la cual le impide ubicarse laboralmente (fls. 115-117), dan cuenta de que el actor atraviesa una difícil situación económica, por lo que ha tenido que acudir a la ayuda de sus conocidos para poder solventar las necesidades propias y de su familia.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que el accionante tiene a su alcance otros medios de defensa judicial, verbigracia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también lo es que dicho mecanismo no es el más eficaz para contrarrestar el perjuicio que en este momento está padeciendo, no solo el tutelante, sino su núcleo familiar que depende económicamente de él, pues vale repetir, que como no está en condiciones de trabajar, la afectación de su mínimo vital es inminente, poniendo en peligro los derechos fundamentales de su familia, especialmente de su hijo de pocos meses de nacido, el cual goza de especial protección constitucional.

En consecuencia, el caso bajo estudio supera los requisitos de falta de idoneidad de los medios ordinarios de protección y se encontró demostrado el perjuicio irremediable, razón por la cual pasa la Sala a estudiar si existe el pronunciamiento negativo por parte de la Administración.

1. Oficio No. S-2011-033746 de 29 de noviembre de 2011 del Area de Medicina Laboral que le informó que no puede acceder a los beneficios del Sistema de Seguridad Social de la Policía Nacional porque no está afiliado ni goza de la pensión de invalidez, ya que para acceder a la misma, según el artículo 39 del Decreto 4433 de 2004, debe tener una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75 por ciento (fls. 73-74, reiterados mediante Oficio No. S-2012-001593 de 20 de enero de 2012, a folios 79-81).

2. En esta Instancia, el actor aportó al proceso la solicitud de 12 de marzo de 2012, dirigida a la Dirección de Prestaciones de la Policía Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, que fue negada mediante Oficio de 6 de abril de 2012, advirtiendo que no tiene

derecho a la misma porque la pérdida de su capacidad laboral fue del 58.5 por ciento y el artículo 30 del Decreto 3344 de 2004, exige como mínimo el 75 por ciento (fls. 239-255).

3. El actor presentó al solicitud de conciliación prejudicial (fl. 57-59), que fue declara fracasada.

Lo anterior, permite evidenciar que existen pronunciamientos de la Entidad que le han negado la pensión de invalidez al actor, es más, la Constancia de la Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, es un indicio de que pretende acudir a la vía ordinaria, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, es procedente estudiar en sede de tutela el reconocimiento transitorio de la pensión de invalidez del actor, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la estrecha relación que guarda con la dignidad humana y la satisfacción de los demás derechos fundamentales propios y de su núcleo familiar, principalmente, el hijo de cuatro meses de nacido, quien por ser menor de edad es sujeto de especial protección constitucional.

Al tutelante se le ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez porque la pérdida de la capacidad laboral total es del 58.5 por ciento, inferior al límite mínimo del 75 por ciento exigido en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con el criterio Jurisprudencial expuesto en líneas anteriores, frente a la contradicción entre los límites mínimos para el reconocimiento de la pensión de invalidez entre el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 923 de 2004 y el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, que establecen un mínimo de 50 por ciento en el primero y un 75 por ciento en el segundo, la Corte Constitucional en sentencia T-931 de 2011, manifestó que de manera pacífica se le ha dado prevalencia al criterio de la Ley sobre el Decreto.

Lo anterior, aunado a que la afectación resulta patente, debido a que se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta por el padecimiento de una limitación física (pérdida de capacidad visual progresiva), que le genera una

incapacidad permanente que de acuerdo con la última calificación supera el 50 por ciento, es una circunstancia que lo hace un sujeto de especial protección constitucional y en esa medida, la falta del reconocimiento pensional, implicaría un grave quebranto a los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor.

Por su parte, el Oficio de 6 de abril de 2012, suscrito por el Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional le negó la pensión de invalidez de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, cuando por vía Jurisprudencial se ha dicho que es viable una solicitud pensional requerida por un miembro de las Fuerzas Militares que presente una incapacidad permanente equivalente o superior al 50 por ciento, calificada así por la Autoridad competente, por lo que vale repetir que "(...) al tenor del artículo 3.5 de la Ley 923 de 2004, que establece como parámetro para la regulación por parte del Ejecutivo, que "no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho [a la pensión por invalidez], una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50 por ciento) (...)”¹⁶

En esas condiciones, la Sala tendrá en cuenta el margen de protección delineado por el Legislador que oscila entre el 50 y el 100 por ciento de pérdida de la capacidad laboral valorada por la Junta Médica o Tribunal Médico Laboral respectivo, sin otro condicionamiento adicional, desechando el del Decreto 4433 de 2004, que estableció un rango superior.

En ese caso, el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor será transitoria, hasta tanto, el Juez ordinario se pronuncie respecto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que la parte actora debe incoar, esto porque la protección que se ordenará en el presente fallo, busca evitar los efectos negativos de la falta de recursos y cubrir los gastos de salud y sostenimiento del hogar del tutelante, hasta tanto se resuelva la controversia en el escenario idóneo.

En consecuencia, se revocará el proveído impugnado que rechazó por improcedente la tutela incoada y se tutelarán de manera transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, y como consecuencia, se ordenará a la Policía Nacional reconocer a favor del actor la pensión por invalidez

¹⁶ Artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

cuyo pago será compensado con la indemnización que fue reconocida a nombre suyo mediante la Resolución No. 1959 de 14 de diciembre de 2011 (fls. 178-179), ya que tal concepto es incompatible con el reconocimiento pensional.

En merito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. **REVOCASE** el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 2012, que rechazó por improcedente la acción de tutela incoada por el señor Jhonatan Gerardo Parada Niño contra el Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares y de Policía.

En su lugar se dispone:

2. **TUTELANSE** de manera transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del actor.

3. **ORDENASE** a la Policía Nacional reconocerle y pagarle la pensión de invalidez por disminución de la capacidad laboral al señor Jhonatan Gerardo Parada Niño, con todos los beneficios que conlleva, cuyo pago será compensado con la indemnización que fue reconocida a nombre suyo mediante la resolución No. 1959 de 14 de diciembre de 2011, ya que es incompatible con el reconocimiento pensional.

4. **CONFIRMASE** en lo demás, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 2012.

4. **EXHORTASE** al actor para que dentro del menor tiempo posible, instaure la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a que hubiere lugar.

De la anterior actuación, la Entidad deberá informarle a la parte interesada.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ