

Sentencia T-068/06

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

ACCION DE TUTELA-Recursos que la hacen improcedente deben ser idóneos y eficaces

ACCION DE TUTELA-Carácter residual y subsidiario

ACCION DE TUTELA-No es mecanismo alternativo de defensa judicial

ACCION DE TUTELA-Sola existencia formal de otro trámite judicial no es razón suficiente para dar lugar a su improcedencia

ACCION DE TUTELA-Simple verificación sobre la omisión del interesado de hacer uso de un recurso no dan lugar a su improcedencia

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad frente a eficacia del mecanismo de defensa

ACCION DE TUTELA Y ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Efectividad de tutela para

proteger derechos fundamentales/JUEZ DE TUTELA-Análisis del caso concreto

Resulta imprescindible que el juez constitucional examine si dicho mecanismo resulta idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían por vía de la acción de tutela y, sobre lo segundo, habrá de indagar si existen circunstancias que excusen o justifiquen la conducta procesal pasiva del interesado para promover los mecanismos ordinarios de defensa a su alcance. De esta manera, bien cabe que el juez constitucional considere si la jurisdicción contencioso administrativa esta en capacidad de proteger de manera eficaz, efectiva y real los derechos fundamentales de una persona que debido al alto grado de disminución psicofísica se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, y quien además tiene a su cargo la manutención y cuidado de una familia numerosa. Es claro que dicha persona, de verse abocada a esperar un largo tiempo por la definición de su situación jurídica, vería en realidad frustrada la posibilidad de paliar o remediar sus padecimientos y de enfrentar la responsabilidad familiar que le asiste. Bajo esas circunstancias, resulta preciso cuestionar si en tales circunstancias puede hacerse exigible una conducta procesal diligente e informada dirigida a controvertir la decisión que le afecta a través de la acción pertinente.

DISMINUIDO FISICO-Protección especial por encontrarse en debilidad manifiesta

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Retiro del servicio a causa de disminución psicofísica

Para adoptar la decisión de retirar del servicio al personal de la Policía que presenta una disminución de su capacidad psicofísica, deben verificarse previamente dos circunstancias concurrentes, cuales son: (i) que la decisión de la Junta Médico Laboral haya conceptuado en forma negativa sobre la posible reubicación del afectado, y (ii) que no sea posible aprovechar su capacidad remanente en tareas relacionadas con la función Policial, pero desarrolladas en

los campos administrativo, docente o de instrucción. A juicio de la Corte, esta resulta ser la única manera de armonizar los fines que se persiguen con la previsión de este supuesto y los derechos fundamentales del personal policial que han visto disminuida su capacidad psicofísica por razón del servicio o en desarrollo del mismo.

FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Casos en que deben seguir prestando servicios médicos luego de retiro de uno de sus miembros

La jurisprudencia ha precisado que al margen de que el retiro cumpliera con los requisitos referidos “las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen, luego del retiro de uno de sus miembros, la obligación de continuar prestando el servicio médico cuando (1) el afectado estuviere vinculado a la institución para el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio; y (2) siempre que el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección, pero la misma reaparece o se recrudece después

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DISCAPACITADO-Fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva

DISCAPACITADO-Discriminación por omisión de trato especial

DISCAPACITADO-Protección legal

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL DISCAPACITADO-Carencia de efecto de despido sin autorización de la oficina de trabajo que constate la existencia de justa causa

DERECHO A LA IGUALDAD DEL DISCAPACITADO-Situaciones que pueden constituir actos discriminatorios

CAPACIDAD SICOFISICA-Definición legal

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMENES ESPECIALES-Límites

REGIMEN ESPECIAL DEL PERSONAL DE LA FUERZA PUBLICA-Diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón a la naturaleza de los servicios prestados

DERECHO A LA IGUALDAD DEL DISCAPACITADO-Retiro de los miembros de la Policía Nacional por disminución de la capacidad sicofísica

RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL POR DISMINUCION DE CAPACIDAD SICOFISICA-Procede siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable

FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Concepto de capacidad psicofísica solo tiene validez por un término de 3 meses

Cuanto a la vigencia del concepto de capacidad psicofísica, es claro que de acuerdo con la regulación legal vigente -Artículo 7 del Decreto 1796 de 2000-, el mismo sólo tiene validez por un término de tres (3) meses, contados a partir de su emisión y durante los cuales será oponible para todos los efectos legales; lo cual se traduce en que dicho concepto sólo puede servir de fundamento para la reubicación o retiro durante dicho término, vencido el cual cobra nuevamente vigencia el concepto de aptitud “hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.”. Este es el sentido de la norma, que se explica en el hecho de que la situación física y psicológica del personal puede variar como consecuencia de los denominados eventos del servicio, lo cual hace necesario que las decisiones administrativas que se adopten después de la evaluación del personal en servicio guarden una relación de inmediatez con la causa que las origina. En efecto, nada explicaría que con fundamento en un concepto de capacidad psicofísica expedido años atrás, pudiera verse justificado un retiro aludiendo a la disminución allí decretada, pues la evolución de las afecciones tiende a variar en el tiempo, bien sea desapareciendo, recrudesciendo o inclusive mejorando. De manera que el respaldo de las decisiones administrativas que se adopta debe reflejar el estado de salud actual del afectado.

Referencia: expediente T-1196994

Accionante: Walfer Tique Calderón

Demandado: Dirección General de la Policía Nacional

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil seis (2006).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en primera instancia, y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Walfer Tique Calderón contra Dirección General de la Policía Nacional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

1.1 El accionante se vinculó a la Policía Nacional el 12 de febrero de 1990 y después de

superar el programa académico y físico respectivo recibió el grado de Agente Profesional el 1 de agosto siguiente.

1.2 El 11 de diciembre de 1997, estando asignado a la Estación de Policía Guaca del Distrito VI de Málaga en el Departamento de Norte de Santander, el señor Tique Calderón resultó herido en una incursión guerrillera. Así consta en el informe administrativo del 21 de diciembre de 1998 (folio 30), suscrito por el Brigadier General Tobías Durán Quintanilla en el que se expresa que “las lesiones sufridas en la humanidad del señor Ag Tique Calderón Walfer se enmarcan dentro de lo establecido en el Decreto 094, del 11-01-89, en su artículo 35 literal c) en actos meritorios del servicio, para determinar las circunstancias de tiempo modo y lugar en los que se origino el hecho materia de investigación.”

1.3 De acuerdo con el informe de Medicina Laboral de la Policía Nacional No. 366 de 2001 -Junta Médico Laboral- (folio 10), al accionante le fue diagnosticado un síndrome post traumático, crisis parciales simples y una audición dentro de parámetros de normalidad, a pesar de la herida sufrida en uno de sus oídos. En consecuencia, se le decretó una incapacidad relativa y permanente con un porcentaje de disminución de su capacidad labora1 del 49% y se le declaró no apto “artículo 59 literal a”.

1.4 Por no estar de acuerdo con el diagnóstico reseñado, el accionante solicitó que se convocara el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al cual fue citado el 10 de mayo de 2002, oportunidad en la que expuso las razones de su inconformidad. Según el acta de 29 de junio de 2004 (folio 13), el Tribunal dio aplicación al artículo 34 de del Decreto 094 de 1989 en el que se establece que cuando el proceso o exámenes se vieren interrumpidos por causa del interesado, se entenderá que este renuncia a sus derechos y se archivará el expediente.

1.5 El día 1 de abril de 2005, el Director General de la Policía Nacional ordenó retirar del

servicio activo al Agente Tique Calderón en uso de las facultades que le confiere el artículo 5º de la resolución ministerial 0162 del 27 de febrero de 2002, e invocando para el efecto los artículos 54 inciso 1, 55 numeral 3 y 58 del Decreto Ley 1791 de 2000 (folio 8).

## 2. Fundamentos de la demanda y solicitud

El accionante asegura que el Director General de la Policía Nacional vulnera sus derechos fundamentales al trabajo y debido proceso con las decisión de retirarlo de la institución, pues la misma se fundamentó en la información consignada en un acta médico laboral que no se encontraba vigente.

Sobre el particular explica que de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, “el concepto de capacidad psicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica”

En consideración de lo anterior, el accionante sostiene que el concepto de la Junta Médico Laboral en relación con su caso no podía servir de fundamento para su retiro, como tampoco el del Tribunal Médico. En cuanto al primero precisa que su vigencia había expirado, pues la notificación del concepto se llevó a cabo el 2 de mayo de 2001, esto es, mucho tiempo antes de que se ordenara su retiro.

En lo que respecta a la decisión del Tribunal Médico, explica que no expuso concepto alguno sobre lo recurrido o apelado; de manera que no podía servir de fundamento de su retiro. Al respecto indica que el dictamen del Tribunal se limitó a aplicar el artículo 34 del Decreto 1796 de 2000, sin que expresara nada respecto de su estado de salud. Se suma a lo anterior

que, a su juicio, la aplicación de dicha norma se hizo en forma errada, si se toma en cuenta que de acuerdo con el literal b) de la misma es a la Policía Nacional a la que le correspondía correr con todos los gastos y trámites para la realización de los exámenes. Concluye indicando que aún si se admitiera que el concepto del Tribunal podía servir de fundamento para su retiro, el mismo también había expirado, pues le fue notificado “a mediados de noviembre de 2004”, razón por la cual los tres meses de su vigencia se cumplieron “a mediados de febrero de 2005” y la resolución que ordenó su retiro se expidió después, el 1 de abril de 2005.

A los argumentos referidos el accionante añade que nunca fue reubicado después de que se le diagnosticó su incapacidad y que con la decisión de retirarlo de la Policía se desampara también a toda su familia -compuesta por su esposa y tres hijos menores de edad-, desconociendo una carrera de más de quince años en la institución. Así mismo, advierte que el artículo 58 que se invocó como fundamento para su retiro, se declaró inexecutable a través de la sentencia C-381 de 2005.

En consideración de los argumentos expuestos solicita que se ordene dejar sin efecto el acto administrativo mediante el cual se ordenó su retiro y que, en consecuencia, se ordene su reintegro.

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

### 1. Oposición a la demanda.

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Policía Nacional interviene en el presente asunto para

defender la actuación de la entidad accionada y para solicitar que se niegue el amparo deprecado, por cuanto para el retiro del accionante incidió el hecho de que la Junta Médico Laboral, calificó las lesiones y señaló al accionante como NO APTO para el servicio, en razón a una alteración psicofísica que le impide el desarrollo normal y eficiente de la actividad policial que venía desempeñando, todo con fundamento en el artículo 3 del Decreto 1796 de 2000.

Señala que para proceder al retiro por la causal descrita, el Director General de la Policía Nacional debe fundamentar su decisión en conceptos de los organismos médicos-laborales militares y de policía, y atender el procedimiento previsto en el Estatuto por el cual se regula la evaluación de la Capacidad Sico-física y de la disminución de la capacidad laboral. Así, la decisión de retiro del actor no obedece a discrecionalidad alguna y por el contrario es un acto de ejecución en el que la Institución se limitó a ejecutar los conceptos de las autoridades médico-laborales, las que declararon al actor como NO APTO, por disminución de la capacidad laboral del 49% y a la vez.

Agrega que la Junta Médico Laboral concedió la solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, elevada por el actor, quien a pesar de estar advertido acerca de la necesidad de allegar el examen de psiquiatría, se abstuvo de hacerlo, razón por la cual el Tribunal Médico se abstuvo de resolver de fondo el recurso.

Advierte que de acuerdo con lo consignado en el acta del Tribunal Médico Laboral, al accionante se le envió el oficio No. 477 de 2002 mediante el cual se le requirió sobre la necesidad de que remitiera un concepto de psiquiatría. Del mismo modo observa que si el accionante insiste en la inconformidad con lo decidido por el Tribunal, es a éste a quién debe dirigir sus reproches, pues se trata de un organismo independiente de la Policía Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional.

Respecto a la validez y la vigencia de los exámenes médicos observa que el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, preceptúa que pasados los tres meses de validez del concepto de aptitud o no aptitud, “continúa vigente el dicho concepto hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica, situación que no se vislumbra en el presente caso”

Agrega algunas consideraciones sobre la problemática que representa para la institución el que se ordene el reintegro de personal declarado no apto para la prestación del servicio e indica que el hecho de que no se lo hubiese retirado antes corresponde al ejercicio de la facultad prevista en el artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, conforme a la cual el Director de la Institución es quien decide la permanencia de estas personas al servicio de la Policía.

### III. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### 3.1 Primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, en decisión del 21 de junio de 2005, negó la tutela por considerarla improcedente como quiera que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial y porque no puede el juez de tutela resolver la controversia en torno de si fue el “causante de la situación irregular al no acudir al Tribunal Médico Laboral ante el cual recurrió para modificar el concepto número 366 del 7 de abril del 2001 que no recomendó su reubicación, razón que hace aún más imposible resolver el litigio en razón de la excepcionalidad, residualidad y subsidiariedad de la acción.”

Así mismo, advirtió que no se evidencia que la autoridad accionada hubiera incurrido en una

vía de hecho, como tampoco la inminencia de un perjuicio irremediable “dado que el accionante no precisó en qué circunstancias de debilidad se encuentra y la manera como se vería afectado para alegarlo”

### 3.2 Impugnación

El accionante recurrió la decisión reseñada insistiendo en los argumentos formulados en la demanda de tutela, en particular en que no cuenta con recursos distintos a los correspondientes a sus vacaciones y cesantías, pues no causó derecho pensional alguno que le permita satisfacer las necesidades de su familia, como son los servicios médicos pues

### 3.3 Segunda Instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 31 de agosto de 2005, confirmó la sentencia de tutela recurrida por considerar, además, que de acuerdo con lo expresado en la Sentencia C-543 de 1992, la acción de tutela no puede utilizarse en ningún caso para dejar sin validez providencias judiciales cuyo trámite ha sido asignado por la ley a un juez ordinario.

## IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la

sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala de Revisión resolver si la Dirección General de la Policía Nacional incurre en una vía de hecho que afecta los derechos fundamentales al debido proceso y trabajo del accionante (C.P., arts. 29 y 25), por haber dispuesto a través de un acto administrativo su retiro de la institución, con fundamento en un dictamen médico laboral que, según se alega, no estaba vigente y en ejercicio de una atribución legal que habría sido interpretada en desmedro de las garantías de las personas que se encuentran en debilidad manifiesta.

3. Examen de procedencia. Acción de tutela contra acto administrativo. Existencia de otros mecanismos judiciales para controvertirlo. Consideración sobre la idoneidad y eficacia de estos en el caso concreto.

A partir de la interpretación de artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte ha hecho énfasis en que la acción de tutela no resulta procedente cuando existen otros medios de defensa judicial, con excepción de los casos en que se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por su parte, el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que sin perjuicio de la regla anterior es necesario que el juez constitucional aprecie la existencia de dichos mecanismos en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que el retiro del accionante se dispuso a través de un acto administrativo que le fue notificado el 5 de abril de 2005 y, en estas condiciones, se concluye que la oportunidad para ejercer el mecanismo de defensa “ordinario” a su alcance, cual era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, estaba aún vigente al momento en que promovió la acción de tutela, esto es el 3 de junio de 2005, pues no había transcurrido el término de caducidad de cuatro meses que prevé el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En circunstancias ordinarias, una conducta procesal de estas características lleva a suponer que la tutela ha sido utilizada como un mecanismo alternativo de defensa y no subsidiario, lo cual conduciría sin remedio a la declaratoria de su improcedencia. No obstante, sin perjuicio de que en principio ello sea así, la Corte ha precisado que la sola existencia formal de otro trámite judicial y aún la simple verificación sobre la omisión del interesado de hacer uso de éste, no son por sí mismo razón suficiente para dar lugar a la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, ya que es necesario entrar a evaluar y considerar algunas circunstancias adicionales.

En efecto, en cuanto a lo primero, resulta imprescindible que el juez constitucional examine si dicho mecanismo resulta idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían por vía de la acción de tutela y, sobre lo segundo, habrá de indagar si existen circunstancias que excusen o justifiquen la conducta procesal pasiva del interesado para promover los mecanismos ordinarios de defensa a su alcance. Sobre el particular, la jurisprudencia expresó:

“En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de subsidiariedad en la acción de tutela, es decir, su procedencia solamente a falta de otros mecanismos de defensa judicial, no debe ser de aplicación automática, sino que el juez debe

analizar, en cada caso concreto, si el otro mecanismo judicial dispuesto por el orden jurídico para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logra una efectiva e íntegra protección de los mismos o si, por el contrario, la vulneración o amenaza de tales garantías continúa a pesar de su existencia. No se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección.”<sup>1</sup>

En el asunto sub-examine, se tiene que la disminución psicofísica del accionante superior al 40%, así acreditada en el acervo probatorio, resulta ser una circunstancia que determina las conclusiones en relación con los dos criterios reseñados, pues exige la aplicación de un trato especial (C.P., art. 47) que se proyecta aún en materia procesal.

De esta manera, bien cabe que el juez constitucional considere si la jurisdicción contencioso administrativa esta en capacidad de proteger de manera eficaz, efectiva y real los derechos fundamentales de una persona que debido al alto grado de disminución psicofísica se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, y quien además tiene a su cargo la manutención y cuidado de una familia numerosa. Es claro que dicha persona, de verse abocada a esperar un largo tiempo por la definición de su situación jurídica, vería en realidad frustrada la posibilidad de paliar o remediar sus padecimientos y de enfrentar la responsabilidad familiar que le asiste. Bajo esas circunstancias, resulta preciso cuestionar si en tales circunstancias puede hacerse exigible una conducta procesal diligente e informada dirigida a controvertir la decisión que le afecta a través de la acción pertinente.

A juicio de la Sala, las circunstancias del solicitante en este caso concreto conducen a la

flexibilizar el rigor con que deben ser analizados los requisitos de procedencia del amparo, pues ciertamente la acción contenciosa no tiene en este supuesto la efectividad e idoneidad para salvaguardar los derechos del accionante y el no haberla intentado en término bien puede atribuirse también a la dramática situación que atraviesa, y en ningún caso a una conducta deliberada con el objeto evitar el trámite judicial ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, pues, la consideración de estas circunstancias específicas, justifica la intervención del juez constitucional en el caso concreto y, de ese modo, activa su competencia para definir sobre la controversia que se le plantea.

4. Las normas invocadas por la autoridad para ordenar el retiro del accionante. El retiro del servicio a causa de la disminución psicofísica, aplicación de la causal en armonía con la Constitución Política.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De esta manera, la Corte expresó que si bien el retiro por causa de la disminución psicofísica resultaba ser una medida dirigida a la satisfacción de un fin legítimo, “sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.” En efecto, sobre este particular la Corte expresó:

“En efecto, en principio podría pensarse que el retiro de aquel que eventualmente pueda afectar la eficiencia, eficacia o diligencia de la institución por efecto de una disminución de su capacidad sicofísica se traduce en un medio apropiado para lograr un mejor servicio por parte de la institución policial.

El legislador está ampliamente facultado por el Constituyente para establecer las causales de retiro del personal de la Policía Nacional y para determinar el régimen de carrera y prestacional aplicable. Pero, en el ejercicio de su función debe cuidarse de no vulnerar derechos fundamentales de las personas afectadas. Por ello la Corte deberá establecer si la causal de retiro contemplada en el numeral 3 del artículo 55, objeto de demanda, viola el derecho de las personas discapacitadas a un trato especial que garantice su derecho a la igualdad real y efectiva.

Así las cosas, es preciso determinar si el medio seleccionado a pesar de ser útil es necesario para lograr el fin propuesto, es decir, si es imprescindible que para que la Policía Nacional cumpla adecuadamente con sus funciones constitucionales deba retirarse a todas las personas que hayan sufrido alguna disminución en su capacidad sicofísica.

Para resolver lo anterior debe recordarse la finalidad para la cual está instituida la Policía Nacional y las funciones que, orientadas a su cumplimiento, se desarrollan en la institución.

La Policía Nacional está instituida “para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” .

(...)

Es necesario, por ello, que los miembros de la Policía Nacional se encuentren en condiciones

de aptitud para desempeñar las funciones que le son propias y dar efectivo cumplimiento a su finalidad constitucional. No obstante, esas condiciones no se predicen solamente de aquellas personas ajenas a cualquier disminución de su capacidad psicofísica.

En efecto, existen tareas que contribuyen a dar cumplimiento a los propósitos constitucionales de la institución y que a pesar de no ser, por ejemplo, de carácter estrictamente operativo, revisten importancia y requieren para su desarrollo la presencia de personal vinculado a la institución. En primer lugar, se encuentra la docencia o la instrucción, en razón a que el personal de la Policía debe ser capacitado integralmente en academias y centros de formación especializada. De manera que se requieren personas capacitadas para desarrollar labores de instrucción y de docencia, para capacitar y orientar no sólo a los alumnos que han ingresado a la institución, sino a quienes requieren adelantar alguna especialidad.

De otra parte, las actividades de orden administrativo o aquellas destinadas a fortalecer las relaciones entre el ciudadano y la institución, las cuales no requieren elevados esfuerzos físicos u óptimas condiciones psicofísicas, como sí se exige, en cambio, para las estrictamente operativas.

Tales funciones son ajenas también a la labor policial y pueden ser desempeñadas por personas que por alguna circunstancia no se encuentren en capacidad de desarrollar labores operativas porque hayan visto disminuidas, por razón del servicio, sus capacidades psicofísicas.

Así las cosas, la medida adoptada por el legislador en el literal 3 del artículo 55 acusado -el retiro por disminución de la capacidad psicofísica- no es necesaria para el fin propuesto por la norma y desconoce la especial protección que la Carta Política predica respecto de las personas discapacitadas. La norma sacrifica principios constitucionalmente relevantes como

la igualdad y la dignidad humana de ese grupo poblacional y vulnera el derecho fundamental a un trato especialmente favorable.

Ahora bien, no se trata de que la institución policial esté integrada por personas no aptas para desempeñar las labores propias del cargo y desatender por tanto la seguridad de los habitantes, su convivencia pacífica y el ejercicio de sus derechos y libertades públicas. Es necesario determinar si la persona, a pesar de ser discapacitada, posee capacidades físicas o psíquicas para desarrollar labores diversas a las estrictamente operativas.

Teniendo en cuenta que las personas discapacitadas no constituyen un grupo homogéneo sino heterogéneo, en razón a que la discapacidad puede ser de grado mayor o menor y de diferente tipo, el tratamiento otorgado también puede ser diferente sin que por ello exista vulneración de su derecho a la igualdad. Es importante considerar las circunstancias concretas de cada persona y tener en cuenta las capacidades que de ellas puedan aprovecharse para no adoptar una medida que resulte ser desproporcionada a los fines constitucionales.

En consecuencia, si una persona vinculada a la Policía Nacional sufre una disminución de su capacidad sicofísica, la institución está en el deber constitucional de intentar, en principio, su reubicación a una plaza en la cual pueda cumplir con una función útil a la institución.

El medio adoptado por el legislador, en cuanto excluye a personas cuyas capacidades son aprovechables en otras actividades o labores desarrolladas en la Policía Nacional y distintas a las meramente operativas, resulta ser discriminatorio y el más caro para lograr el fin propuesto.

En ese orden de ideas, la norma resultaría inconstitucional, salvo que se la armonice con la acción positiva por parte del Estado de brindar la protección especial debida a las personas discapacitadas y que se limite a aquel sector de la población cuya vinculación efectivamente causaría un perjuicio desproporcionado a la institución.

Una afectación menor de los derechos de las personas discapacitadas es precisamente que se les permita seguir laborando en la institución siempre que posean capacidades para desempeñar aquellas funciones para las cuales no se encuentren limitadas. En ese sentido podrían, por ejemplo, cumplir labores de instrucción, docencia o de índole administrativo. Lo anterior implica que si no se demuestra que el policial puede realizar ese tipo de funciones, resulta razonable que se le retire de la institución toda vez que no existen derechos absolutos aun tratándose de personas con discapacidad y que puede ocurrir que restricciones legislativas para el acceso o ejercicio de derechos por parte de personas discapacitadas resulten razonables .

En efecto, tampoco podría mantenerse en la Policía todo el grupo de personas que sufran alguna discapacidad, so pretexto de dar aplicación absoluta al principio de estabilidad laboral reforzada, porque se desnaturalizaría su función y se pondrían en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y con ello los derechos de los ciudadanos.

Con fundamento en lo expuesto, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad psicofísica no podrá ser retirada de la institución por ese sólo motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción.

Por ello es imprescindible que exista una dependencia o autoridad médica especializada que realice una valoración al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad sicofísica para que, con criterios técnicos, objetivos y especializados, determine si dicha persona tiene

capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional. Esa autoridad, conforme al artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, acusado, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones eminentemente subjetivas.”<sup>2</sup> (Subraya fuera de texto)

De las consideraciones descritas se desprende que, para adoptar la decisión de retirar del servicio al personal de la Policía que presenta una disminución de su capacidad psicofísica, deben verificarse previamente dos circunstancias concurrentes, cuales son: (i) que la decisión de la Junta Médico Laboral haya conceptuado en forma negativa sobre la posible reubicación del afectado, y (ii) que no sea posible aprovechar su capacidad remanente en tareas relacionadas con la función Policial, pero desarrolladas en los campos administrativo, docente o de instrucción. A juicio de la Corte, esta resulta ser la única manera de armonizar los fines que se persiguen con la previsión de este supuesto y los derechos fundamentales del personal policial que han visto disminuida su capacidad psicofísica por razón del servicio o en desarrollo del mismo.

De cualquier modo, la jurisprudencia también ha precisado que al margen de que el retiro cumpliera con los requisitos referidos “las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen, luego del retiro de uno de sus miembros, la obligación de continuar prestando el servicio médico cuando (1) el afectado estuviere vinculado a la institución para el momento en que se lesionó o enfermó, es decir, cuando la atención solicitada se refiera a una condición patológica atribuible al servicio; y (2) siempre que el tratamiento dado por la institución no haya logrado recuperarlo sino controlar temporalmente su afección, pero la misma reaparece o se recrudece después.”<sup>3</sup>

- Ahora bien, en cuanto a la vigencia del concepto de capacidad psicofísica, es claro que de acuerdo con la regulación legal vigente -Artículo 7 del Decreto 1796 de 2000-, el mismo sólo tiene validez por un término de tres (3) meses, contados a partir de su emisión y durante los cuales será oponible para todos los efectos legales; lo cual se traduce en que dicho concepto sólo puede servir de fundamento para la reubicación o retiro durante dicho término, vencido el cual cobra nuevamente vigencia el concepto de aptitud “hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.”

Este es el sentido de la norma, que se explica en el hecho de que la situación física y psicológica del personal puede variar como consecuencia de los denominados eventos del servicio, lo cual hace necesario que las decisiones administrativas que se adopten después de la evaluación del personal en servicio guarden una relación de inmediatez con la causa que las origina. En efecto, nada explicaría que con fundamento en un concepto de capacidad psicofísica expedido años atrás, pudiera verse justificado un retiro aludiendo a la disminución allí decretada, pues la evolución de las afecciones tiende a variar en el tiempo, bien sea desapareciendo, recrudesciendo o inclusive mejorando. De manera que el respaldo de las decisiones administrativas que se adopta debe reflejar el estado de salud actual del afectado.

## 5. El caso concreto

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que la decisión de retirar al accionante del servicio activo de la Policía Nacional se adoptó a partir de una interpretación y aplicación restrictiva y equivocada de las normas que regulan la materia, contraria a postulados superiores, dando lugar a la vulneración de los derechos fundamentales del solicitante.

Para la Sala no cabe duda que el fundamento de la decisión, cual fue el de la disminución de la capacidad psicofísica del accionante, se tomó con respaldo en un concepto emitido por la Junta Médico Laboral cuatro años antes, esto es, cuando de acuerdo con las normas no era aplicable “para los efectos legales” y por fuera de cualquier criterio de inmediatez aplicable. La misma consideración cabría hacer si en gracia de discusión se admitiera que la decisión estuvo fundada en el concepto del Tribunal Médico (segunda instancia en el trámite de calificación), pues, por fuera de que ésta no se basó en una calificación sobre la capacidad psicofísica del actor -sino en circunstancias meramente adjetivas-, la misma también perdió vigencia pasados tres meses después de su emisión. De manera pues que resulta indiferente establecer si en realidad la imposibilidad de realizar los exámenes de valoración fue o no atribuible al actor, pues lo cierto es que la decisión del Tribunal no se pronunció de fondo sobre su estado de salud y, en esa medida, no podía servir de fundamento para que se le retirara del servicio aludiendo la disminución de la capacidad psicofísica.

Así, pues, el ejercicio de la facultad de retiro del actor ciertamente obedeció a una facultad discrecional, utilizada también discrecionalmente en el tiempo y que pone en grave e inminente riesgo los derechos fundamentales del accionante y de su familia, pues se compromete la salud en conexidad con la vida digna de aquél y el mínimo vital de todos ellos.

Por otra parte, se observa que ninguno de los dictámenes -de la Junta o el Tribunal- se pronunció de manera desfavorable sobre la reubicación del actor, tanto así que permaneció desempeñando labores al servicio de la institución por ocho años más después del incidente que le costó las afecciones en su salud. De manera que resulta irracional que sean esas las circunstancias que después de tanto tiempo vengan a exponerse como respaldo de la decisión de haberlo retirado del servicio. A ello se suma que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el retiro por esta causa sólo puede darse cuando el dictamen médico conceptúe en forma desfavorable en cuanto a la reubicación y la capacidad remanente no pueda ser aprovechada en tareas administrativas, docentes o de instrucción, circunstancias frente a las cuales no se pronunció la decisión de retiro, desconociendo la

protección especial debida a las personas en estas circunstancias, que tiene origen en la aplicación directa de la Constitución Política.

## V. DECISIÓN.

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

## RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que negó el amparo de los derechos fundamentales del accionante.

Segundo.- CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y trabajo del accionante. En consecuencia, dejar sin efecto la Resolución 00953 de 2005 mediante la cual se ordenó retirar del servicio activo al Agente Tique Calderón por la disminución de su capacidad psicofísica ORDENAR, en consecuencia, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, se proceda al reintegro del accionante.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591

de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-388 de 1998

2 Sentencia C-381 de 2005

3 Sentencia T-379 de 2005