

Sentencia T-372/12

CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Naturaleza/CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Límites al ejercicio de facultad discrecional que tiene el nominador para disponer de plazas

CARRERA ADMINISTRATIVA PARA PROVEER EMPLEOS PUBLICOS-Regla general/CARRERA ADMINISTRATIVA PARA PROVEER EMPLEOS PUBLICOS-Excepción de cargo de libre nombramiento y remoción debe ser creado y definido por la ley

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Forma parte de la rama judicial y goza de autonomía administrativa y presupuestal

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Facultad discrecional en retiro de empleados de libre nombramiento y remoción

FACULTAD DISCRECIONAL DE AUTORIDADES PUBLICAS-Jurisprudencia de cargo de libre nombramiento del Consejo de Estado

DECISION DE CARACTER GENERAL O PARTICULAR-Elementos comunes de la potestad discrecional

FACULTAD DISCRECIONAL Y ESTABILIDAD LABORAL DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Motivación de actos que los retiran del servicio

INSUBSISTENCIA DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Obligación de dejar constancia de las causas que motivaron el retiro en la hoja de vida

FACULTAD DE DECLARAR INSUBSISTENTE A EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No es absoluta

PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Protección especial por su condición física o mental y debilidad manifiesta

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Personas con discapacidad física o mental y debilidad manifiesta

PERSONAS CON DISCAPACIDAD FISICA O MENTAL Y DEBILIDAD MANIFIESTA-Instrumentos internacionales de protección

PERSONA CON LIMITACIONES O DISCAPACIDAD-Obligaciones específicas y preferentes del Estado en adopción de medidas de inclusión y

acciones afirmativas para evitar discriminación y garantizar derechos fundamentales

DEBILIDAD MANIFIESTA Y DISCAPACIDAD-Limitación del ejercicio de facultades discrecionales en materia laboral

DISCRIMINACION A PERSONA CON DISCAPACIDAD-Sin importar tipo de vínculo laboral limitación física no puede ser motivo para obstaculizarlo o para despido

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Aplica inclusive para cargos de libre nombramiento y remoción

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-No es absoluto

ESTABILIDAD LABORAL FRENTE A CUALQUIER TIPO DE VINCULACION LABORAL-Amparo a favor de servidor público cuando resulte evidente que estado de salud físico o mental impide desarrollar funciones de manera normal o regular/**DERECHO A PERMANECER EN EL CARGO**-Aspectos

CONTINUIDAD DE LA RELACION LABORAL-Juez constitucional no puede obligarla cuando existan razones objetivas que justifiquen despido de trabajador discapacitado

NATURALEZA DE VINCULACION EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No se pierde condición de sujeto de especial protección constitucional

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales de protección

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Garantía de derechos irrenunciables de la persona

DERECHO A LA SALUD-Estrechamente ligado con la salud mental

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención integral de la salud mental

DERECHO A LA SALUD-Facetas preventiva, reparadora y mitigadora

DERECHO A LA SALUD-Entidades no pueden limitar protección a casos donde el paciente ya se encuentra enfermo

DERECHO A LA SALUD-Principio de continuidad en la prestación del servicio

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL-Protección de la salud física y mental en todas sus facetas por tratarse de sujetos de especial protección

DERECHO A LA SALUD FISICA Y MENTAL-Fundamental autónomo

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Instrumentos internacionales de protección

RELACION LABORAL-Principios mínimos fundamentales

ESTRES LABORAL-Instrumentos internacionales de protección

ESTRES LABORAL-Ocasiona serios perjuicios para la salud física y mental del trabajador además de impedir el desempeño laboral en condiciones dignas y justas

ACOSO LABORAL-Definición

ACOSO LABORAL Y ESTRES LABORAL-Confluyen en una misma situación por correspondencia con el tipo de situaciones generadoras

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES-Protección del trabajo en condiciones dignas y justas

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES-Prestaciones de carácter asistencial

ESTRES LABORAL-Se encuentra relacionado con el concepto de enfermedad profesional

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES-Prevención, asistencia y reparación a la luz del principio de continuidad en el servicio por estar estrechamente relacionado con el derecho a la salud física y mental

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS DE LA ADMINISTRACION-Procedencia excepcional aunque exista otro medio de defensa judicial

ACCION DE TUTELA DE FISCAL AUXILIAR ANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DECLARADO INSUBSISTENTE POR RAZONES DEL SERVICIO CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Reubicación sin solución de continuidad a cargo de igual o superior jerarquía al desempeñado compatible con actual condición de salud

ACCION DE TUTELA DE FISCAL AUXILIAR ANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DECLARADO INSUBSISTENTE POR RAZONES DEL SERVICIO CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Pago de salarios y prestaciones dejadas de devengar restando monto recibido como empleado de la Procuraduría General de la Nación u otra erogación a cargo del tesoro público

ADMINISTRADORA DE VIDA Y RIESGOS PROFESIONALES-Adopción de medidas necesarias para atención relacionada con ejercicio de funciones profesionales en la Fiscalía General de la Nación a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales

Referencia: expediente T-3.215.182

Acción de tutela interpuesta por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y quien la preside JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución, y 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, que confirmó la improcedencia de la acción de tutela instaurada por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación, declarada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaller Serpa interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, a la familia, al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a la defensa, al acceso efectivo a la administración de justicia, al acceso a la función pública, a la educación y a la protección especial de los derechos de los niños.

1. Hechos

1.1. De lo narrado en las distintas etapas procesales y del material probatorio que obra en el expediente, se aprecia que el peticionario trabajó 5 años y 7 meses en la Fiscalía General de la Nación, ocupando los cargos de Jefe de Personal; Jefe de Veeduría y Control Disciplinario; Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito en diferentes plazas; y finalmente Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia.

El accionante manifiesta que después de su posesión en el último cargo el 3 de enero de 2011, empezó a ver seriamente deteriorado su estado de salud, debiendo ser atendido en repetidas ocasiones en distintos centros hospitalarios de la ciudad de Bogotá. En efecto, de las historias clínicas aportadas y de lo narrado por el accionante se pueden identificar los siguientes episodios, todos en el año 2011:

- *10 de febrero.* Fue atendido en la Clínica Universitaria Colombia por dolor torácico opresivo. En esta oportunidad le otorgaron 3 días de incapacidad, los cuales decidió no tomar dada la cantidad de trabajo que tenía pendiente. De la misma forma le fueron recetados omeprazol, acetaminofen y loratadina, y se le ordenó seguimiento por consulta externa.
- *15 de febrero.* Ingresó por urgencias a la Fundación Cardio Infantil por dolor torácico asociado a sensación de disnea, náuseas y no diaforesis. En el informe de egreso se le diagnosticó “*dolor en el pecho no especificado*”, con la observación de que “*el paciente puede ser dado de alta para continuidad de estudios ambulatoriamente en busca de enfermedad esofágica como posible responsable del dolor*” y se le solicitó valoración por medicina interna en 10 días. Le fueron otorgados 2 días de incapacidad, los cuales tampoco tomó por las mismas razones.
- *16 de febrero.* En la mañana fue atendido en la Clínica Universitaria Colombia, en la que se le diagnosticó dolor torácico, gastritis antral e *hipertensión no controlada*, siendo dado de alta con *recomendaciones y signos de alarma*. En la noche fue nuevamente atendido en la Fundación Cardio Infantil, en donde le confirmaron el diagnóstico de gastritis antral. En esta oportunidad se le recetó omeprazol para el control del dolor generado por la enfermedad y se dio salida a la casa.
- *17 de febrero.* Ingresó por urgencias a la Fundación Abood Shaio manifestando *estrés laboral* con 8 días de evolución, sensación de vértigo, náuseas, no emesis, debilidad muscular generalizada, falta de aire y dolor torácico. En el informe de salida de ese mismo día le fue diagnosticado *dolor precordial*.
- *18 de febrero.* Ingresó por urgencias a la Fundación Abood Shaio. En la historia clínica se lee: “*paciente con vértigo de origen periférico asociado a ansiedad secundaria a los síntomas actuales. Se explica el cuadro clínico y se decide dar salida con formula de [sic] continuar con enalapril, orden para terapia vestibular y valoración ambulatoria por ORL*”. En esta oportunidad le fueron otorgados 5 días de incapacidad.
- *23 de febrero.* Fue atendido en la Clínica Universitaria Colombia por “*dolor de cabeza y cuello*”. En la descripción de la enfermedad se lee: “*paciente quien*

presenta cuadro de cefalea de predominio occipital y en región temporal de 2 días de evolución con náuseas no emesis y ocasional tinnitus de inicio súbito por lo cual acude. No refiere fiebre no referirse [sic] otra sintomatología". Ese mismo día le dieron salida y se le otorgaron 2 días de incapacidad, los cuales decidió tomar por su "evidente deterioro de salud".

- 24 de febrero. Es atendido en la Clínica Pragma Capital en donde se le diagnosticó "estrés emocional y vértigo periférico", y se le estableció un plan para continuar con "terapia vestibular y física – manejo de estrés".

- 25 de febrero. Por solicitud de la Sección de Bienestar Social del Nivel Central de la *Fiscalía General de la Nación*, le fue otorgada asistencia psicológica en el sitio de trabajo por parte de la entidad COLMENA Vida y Riesgos Profesionales. En el acta de atención el paciente manifestó, entre otras cosas, que no había dormido la noche anterior y que estaba sufriendo de ansiedad. Dentro de las apreciaciones iniciales del psicólogo tratante observa que el paciente se encuentra en buenas condiciones, hidratado y con signos exteriores normales. En el informe formal enviado a la Fiscalía se lee:

"El servidor se percibe alterado emocionalmente, presentando algunos síntomas de ansiedad, desplazamiento de un lado a otro, movimientos aumentados de sus extremidades, respiración agitada, conversación rápida, entre otros, adicionalmente manifiesta tener alteraciones de sueño y aumento de su presión arterial, por lo cual fue medicado. *Manifiesta tener dificultades con su proceso de adaptación al nuevo cargo que desempeña como Fiscal Delegado ante la Corte, pues esto ha generado en él alteraciones en su salud física y emocional.* Por lo anterior manifiesta haber sido atendido por el servicio de urgencias 5 veces en el último mes, con síntomas asociados a ansiedad. Su red de apoyo social más cercana es su familia, quienes juegan un papel muy importante y con soporte frente a la realidad laboral que vive actualmente. Las principales circunstancias que según el servidor contribuyen a su tensión, *son responsabilidades de la nueva tarea y el poco apoyo que por las mismas razones tienen por parte de su equipo de trabajo.*"

Del informe mencionado también se extrae que se hicieron al accionante las siguientes recomendaciones:

"Continuar con el seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico por parte de su EPS, así como tener en cuenta las recomendaciones médico laborales emitidas por dicha entidad. *COLMENA vida y riesgos profesionales, continuará realizando seguimiento al servidor a través del Programa de Intervención en Crisis, una vez el servidor se incorpore de su periodo de vacaciones*".

1.2. Al considerar que su vida corría peligro a causa de su delicado estado de salud, el 25 de febrero el señor Jaller Serpa solicitó la reanudación de sus vacaciones que habían sido interrumpidas el 16 de diciembre de 2010. Mediante Resolución 2-0514 del *mismo día*, le fueron otorgados 11 días de descanso a partir del 1° de marzo, habiéndose reintegrado el 14 del mismo mes. Sin embargo, el 16 de marzo (dos días después) le fue notificada la Resolución 0771 del *15 de marzo* de 2011, mediante la cual fue declarado insubsistente "por razones del servicio".

1.3. Debido a que continuó con complicaciones de salud, el *18 de marzo* fue atendido en *consulta psiquiátrica* en el Centro Psicopedagógico Sanitas, narrando como motivos para la cita médica: *sensación de ansiedad, angustia, dolor torácico, taquicardia, estrés y depresión*. En el examen mental realizado se registró que se le encontraba *“alerta, colaborador, con pensamiento coherente, preocupado, con juicio y raciocinio consensuado, con alteración del patrón de sueño y descripción de trastorno de ansiedad”*. La impresión diagnóstica dada en esa oportunidad fue la de *“trastorno de ansiedad”*, catalogada como de origen común. Finalmente, el *7 de abril* fue atendido en consulta médica por una neuróloga de la Fundación Cardio Infantil, quien le prescribió diez sesiones de terapia vestibular por vértigo periférico.

1.4. El 26 de mayo de 2011, el señor Jaller Serpa inconforme con la decisión de su retiro de la Fiscalía instauró acción de tutela como mecanismo definitivo y transitorio, pretendiendo se ordene su reintegro al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito en provisionalidad, por estimar que se adecua mejor a su estado de salud. Fundamentó su petición en lo siguiente:

- En la actualidad continúa en tratamiento médico psicológico y de terapias, por las secuelas que le dejó en su salud los altos niveles de estrés que debió soportar. Sin embargo, manifiesta que ello no le impide ser reintegrado a su antiguo cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito, en donde las condiciones de trabajo se adecuan mejor a su estado.
- Nunca pudo ingresar al Programa de Intervención de Crisis de la Fiscalía, como lo determinaron las psicólogas de la ARP, ya que fue declarado insubsistente sin justa causa. Manifiesta que la entidad debió haberlo reubicado *“en un área donde no manejara los aludidos niveles de presión y estrés laboral y no ‘echarme’ abrupta, injustificada e irracionalmente como lo hizo”*. Agrega que no se tuvo en cuenta que llevaba más de 5 años trabajando en la entidad, ni que había sido atendido en diferentes centros de salud a causa del elevado estrés que le generaba su cargo.
- Argumentó que mediante la Resolución 0-4239 del 30 de julio de 2009, la Fiscalía inaplicó por vía de excepción de inconstitucionalidad parte del artículo 59 de la Ley 938 de 2004 y de esta forma tuvo como funcionarios de carrera en provisionalidad a diez fiscales que ocupaban el mismo cargo que desempeñaba él. De esta forma, considera que se le dio un trato discriminatorio, toda vez que para efectos de declarar su insubsistencia la entidad lo consideró como de libre nombramiento y remoción, por lo cual estima que ha debido aplicársele tal resolución.
- Con la declaración de insubsistencia se le está causando un perjuicio irremediable a su salud y vida, así como a sus dos hijas menores, toda vez que le es imposible asumir los costos mensuales de su hogar. Solicita le sea reconocida la condición de padre cabeza de familia y los beneficios que ello conlleva.

2. Contestación de la Fiscalía General de la Nación

Una vez avocado el conocimiento del asunto por el juez de primera instancia en tutela, la entidad demandada se pronunció en los siguientes términos:

- La acción de tutela es improcedente por lo que el actor ha debido acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo incluso solicitar la suspensión provisional del acto de insubsistencia. La discusión de si la desvinculación *“fue arbitraria o por abuso de poder no puede ser dirimida mediante la vía del amparo al requerir un debate probatorio amplio, que escapa de la órbita del mecanismo constitucional previsto en el artículo 86 superior”*.
- Con la desvinculación no se está generando un perjuicio irremediable, toda vez que el accionante conserva su capacidad de trabajar en su profesión de abogado.
- En la actualidad se encuentra en curso una acción de lesividad interpuesta por la misma Fiscalía contra la Resolución 0-4239 del 30 de julio de 2009, al brindarle un trato diferenciado a los diez fiscales que ocupaban el mismo cargo del accionante.

3. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 13 de junio de 2011, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde pudo haber solicitado la suspensión provisional del acto administrativo. Adicional a ello no se probó que con la actuación de la Fiscalía se hubiere causado un perjuicio irremediable.

4. Impugnación

Se argumentó lo siguiente:

- Fue desconocida su condición de sujeto de especial protección al ser despedido a pesar de su delicado estado de salud.
- Si bien es cierto que cuenta con el título de abogado, sus condiciones de salud hacen muy difícil obtener un nuevo trabajo.
- Al haber sido declarado insubsistente no cuenta con los aportes al sistema de salud que le permitan tener acceso a los servicios médicos que requiere para el trato de la gastritis antral y la *hipertensión vitalicia* que padece actualmente.
- No se tuvo en cuenta la violación del derecho a la igualdad por el trato discriminatorio que se le dio respecto a los diez fiscales que ocupaban el mismo cargo.
- Se debe tener en cuenta que con la actuación de la Fiscalía se están vulnerando los derechos fundamentales de sus dos hijas menores de edad ya que ellas dependen económicamente de él.

En esta oportunidad, debe resaltar la Sala, que el actor manifestó que la pretensión de tutela es que *“se le ordene a la Fiscalía General de la Nación mi [el] REINTEGRO sin solución de continuidad en forma definitiva y en subsidio como transitorio, al cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, en las seccionales de Bogotá o Cundinamarca, o en su defecto al cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte en provisionalidad, [...]”*. (Subrayas fuera de texto).

5. Fallo de segunda instancia

El día 9 de agosto de 2011 el actor allegó escrito manifestando que su pretensión principal es que se ordene el reintegro al cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia en condición de provisionalidad. De otra parte, informó que acudió ante la Procuraduría para celebrar la audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue aplazada para el 16 de agosto de 2011. Más adelante comunicó que tal diligencia nuevamente fue aplazada para el 30 del mismo mes, precisando que *“el proceso ordinario es bastante dispendioso y que es por eso que acudió a la acción de tutela”*.

El Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso administrativo–, Sección Segunda, Subsección B, confirmó el fallo de primera instancia por los siguientes motivos:

- La tutela es improcedente debido a que no se probó que la Fiscalía esté causando un perjuicio irremediable. Argumenta que la simple pérdida del trabajo no puede ser considerada como un perjuicio irremediable.
- No es posible alegar una violación del derecho a la igualdad por el trato diferenciado respecto de los diez Fiscales, ya que ello fue el resultado de una petición en interés particular y la excepción de inconstitucionalidad solo tiene efectos inter partes.
- Si bien es cierto que el accionante fue afectado en su estado de salud, ello no le impide trabajar ya que de hecho está solicitando el reintegro.
- No se probaron los requisitos para ser considerado padre cabeza de familia.

6. Actuaciones en sede de revisión ante la Corte Constitucional

Habiendo sido seleccionado el caso por la Corte Constitucional y repartido el asunto al Despacho correspondiente, se pudo determinar que el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a través de la EPS SANITAS, según la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud –BDUA-. Posteriormente, mediante auto del 17 de febrero de 2012, el Despacho del magistrado sustanciador procedió a vincular i) a la EPS SANITAS y ii) a la ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales. Adicionalmente, se solicitó iii) que el accionante aportara la constancia de incapacidad (18, agosto de 2011) por 5 días otorgada por la Fundación Abood Shaio y el acta de posesión en el cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia; y iv) a la Fiscalía que allegara la información disponible en sus archivos sobre el estado de salud del accionante al momento de su retiro y las atenciones proporcionadas por la ARP, la EPS y el Programa de Atención de Crisis.

i) La EPS SANITAS contestó:

“1. El señor RONALD AMETH JALLER SERPA a la fecha se encuentra afiliado a la EPS SANITAS en calidad de cotizante dependiente del empleador PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el cargo de PROCURADOR JUDICIAL con un ingreso base de cotización reportado de \$6.053.000.

2. El señor JALLER SERPA se encuentra afiliado con EPS SANITAS desde el 1 de noviembre de 2005 con los siguientes empleadores:

- Fiscalía General de la Nación: Inicio 01/11/2005 – Retiro 31/07/2006.
- Fiscalía General de la Nación: Inicio 14/08/2006 – Retiro 01/07/2007
- Fiscalía General de la Nación: Inicio 01/10/2007 – Retiro 17/03/2011
- Afiliación como Independiente: Inicio 01/04/2011 – Retiro 01/01/2012
- Procuraduría General de la Nación: Inicio 01/01/2012 hasta la fecha.

3. Al usuario se le han prestado todos los servicios médicos que ha requerido a EPS SANITAS sin que a la fecha se le haya negado ninguno:

12/02/2011 esofagogastroduodenoscopia (egd) diagnostica o exploratoria sin biopsia, 12/02/2011 prueba ergométrica (test de ejercicio), 15/02/2011 síntomas relacionados con el aparato respiratorio y otros síntomas torácicos: dol, 19/02/2011 consulta de 1 a vez por otorrinolaringología, 19/02/2011 terapia física integral sod, 24/02/2011 lugoaudimetría, audimetría de tonos puros aéreos y óseos con emascaramiento [audiometría tonal], 24/02/2011 consulta de control por otorrinolaringología, 12/03/2011 consulta de 1 a vez por psiquiatría, consulta de 1ª vez por neurología adultos, 29/03/2011 consulta de control por otorrinolaringología.

Se debe aclarar que las consultas por urgencias no se encuentran relacionadas en los servicios previamente referidos y que para verificar si las consultas por urgencias que refiere el accionante se presentaron, se puede solicitar la información a la IPS que prestaron el servicio.

4. Por otro lado se debe indicar que EPS SANITAS tiene registro de haberse tramitado ante nuestras oficinas una sola incapacidad de numero 53768288 por dos días comprendidos entre el 23 y 24 de febrero de 2011.”

ii) La ARP COLMENA Vida Riesgos Profesionales respondió:

“De acuerdo con los sistemas de información de Colmena Vida y Riesgos Profesionales, encontramos que el señor RONALD AMEDTH JALLER SERPA, identificado con cédula de ciudadanía 78.109.248 actualmente NO se encuentra afiliado a esta administradora de riesgos profesionales. Estuvo afiliado a través de la Fiscalía General de la Nación, hasta el 30 de marzo de 2011, fecha a partir de la cual fue reportado su retiro.

Así mismo, conforme a los registros de información de Colmena Vida y Riesgos Profesionales, se pudo establecer que a nombre del Señor RONALD AMEDTH JALLER SERPA, no fue reportada a esta ARP, por su EPS de afiliación, ninguna enfermedad, ni accidente que pudiera ser objeto de cobertura por parte del Sistema General de Riesgos Profesionales. Anexamos para su conocimiento, certificación expedida por la Dirección de Medicina Laboral y Casos Especiales de Colmena Vida y Riesgos Profesionales, en la cual consta que a esta Compañía no ha sido reportado accidente ni enfermedad a nombre del Señor Ronald

Amedth Jaller Serpa.

De otra parte, de acuerdo con lo indicado por el tutelante en su escrito de tutela, y conforme a los documentos anexos a la misma, se puede evidenciar que el señor Ronald Amedth Jaller Serpa *ha venido siendo tratado médicamente por su EPS de afiliación, EPS Sanitas, dentro del sistema general de seguridad social en salud, por patologías de angina de pecho, gastritis, vértigo y cefalea, las cuales al parecer su EPS ha tratado y considerado como de Origen Común.* En consecuencia corresponde a la EPS de afiliación del señor Ronald Amedth Jaller Serpa, continuar suministrando al trabajador las prestaciones asistenciales y económicas que se deriven de sus patologías. (...)

Sin embargo, nótese que en el presente caso, que a esta administradora de riesgos profesionales no fue reportada por la EPS, ninguna contingencia ni enfermedad a nombre del señor Ronald Amedth Jaller Serpa. Se evidencia que las patologías que menciona el accionante en su escrito de tutela vienen siendo atendidas por su EPS de afiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por consiguiente y de conformidad con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y económicas que se deriven de la patología que presente el señor Ronald Amedth Jaller Serpa, se encuentran a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de su EPS de afiliación. (...)

Ahora bien, de acuerdo con los registros de esta Compañía, encontramos que dentro de los programas de prevención desarrollados por esta administradora de riesgos profesionales con la Fiscalía General de la Nación, *le fue realizada al señor Ronald Amedth Jaller Serpa, consultoría individual de atención de crisis, de fecha febrero 25 de 2011, por parte de la Dra. María Yaneth Cujuban, psicóloga, consultoría ésta que fue realizada dentro del programa de vigilancia epidemiológica de factores de riesgos psicosociales. En dicha consultoría se sugirió al señor Ronald Amedth Jaller Serpa, que continuara en seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico con su EPS de afiliación y que tuviera en cuenta las recomendaciones que le hiciera dicha EPS.* (...)

En el caso que nos ocupa, se puede establecer que esta ARP ha actuado conforme a la normatividad legal y en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, se han realizado las actividades de prevención correspondientes.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es claro que Colmena Vida y Riesgos Profesionales, no le ha vulnerado al señor Ronald Amedth Jaller Serpa ningún derecho. Reiteramos que las patologías que manifiesta presentar el accionante no fueron reportadas a esta administradora de riesgos profesionales por su EPS de afiliación, patologías que han venido siendo tratadas y atendidas médicamente por dicha EPS, y *al parecer corresponden a una enfermedad general de origen común;* por lo tanto, es claro que esta Compañía no ha omitido ninguna de sus obligaciones, ni ha vulnerado derechos del tutelante. Las patologías que presente el señor Ronald Amedth Jaller Serpa, se encuentran cubiertas y deben continuar siendo atendidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de su EPS de afiliación.

Por consiguiente, la presente acción de tutela no es procedente ni debe prosperar, toda vez que en la actualidad no existe ningún derecho fundamental que se haya vulnerado al tutelante por parte de esta administradora de riesgos profesionales, o que se encuentre en peligro de ser vulnerado y que requiera de su protección inmediata por parte de los Jueces de la República.”

iii) El accionante allegó los siguientes documentos:

- Acta de posesión en el cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia en donde se aprecia que dicho acto se llevó a cabo el 3 de enero de 2011 y que el cargo es de libre nombramiento y remoción.
- Constancia de incapacidad por 5 días y orden de medicamentos de la Fundación Abood Shaio del 18 de febrero de 2011, por el padecimiento de vértigo periférico.
- Copia de la historia clínica de la Fundación Abood Shaio.

iv) La Fiscalía General de la Nación respondió y allegó los siguientes documentos:

- Constancia de servicios y funciones del accionante. En este documento se aprecia que el último cargo ocupado por el señor Jaller Serpa en la Fiscalía fue el de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia con un ingreso total mensual de \$15,829,083. Igualmente, se relacionan los cargos ocupados en la entidad de la siguiente manera: *“2005-08-01 Jefe de Oficina de Personal en Bogotá. 2006-01-12 Jefe de Oficina de Veedurías, Quejas y Reclamos en Bogotá. 2006-02-02 Fiscal ante Tribunal de Distrito en la Unidad Nacional de Fiscalía de Justicia y Paz en Bogotá. 2006-07-21 Fiscal ante Tribunal de Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bucaramanga. 2007-09-26 Fiscal ante Tribunal de Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca. 2011-01-03 Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia en Bogotá.”*
- Manual de Funciones, competencias laborales y requisitos de los cargos en la Fiscalía General de la Nación.
- Extracto de hoja de vida del accionante en donde consta que i) ostenta el título de Abogado de la Universidad del Atlántico y de Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia; ii) ha realizado cursos en *“Licencias y piratería en materia de software”*, *“Administración de justicia y las obligaciones internacionales”*, *“Derechos humanos e internacional humanitario”*, entre otros; iii) ingresó a la Fiscalía en el año 2005 ocupando diferentes cargos, siendo el último el de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia; iv) solicitó la reanudación de sus vacaciones a partir del 1° de marzo de 2011; v) le fue concedida una licencia por enfermedad general de dos días a partir del 23 de febrero de 2011; vi) no registra antecedentes disciplinarios ni llamados de atención; y vii) en el 2006 asistió a dos comisiones internacionales.
- Copia de la Resolución 0-2874 de 30 de diciembre de 2010 en donde se lo nombra en propiedad Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia y su respectiva acta de posesión.

Debe observarse por la Sala que la Fiscalía no se pronunció acerca del estado de

salud del actor al momento de la declaratoria de insubsistencia ni sobre las atenciones proporcionadas por la ARP, la EPS y el Programa de Atención de Crisis de la Fiscalía.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento de la acción y problema jurídico

En el caso particular el peticionario llevaba trabajando más de cinco años en diversos cargos en la Fiscalía General de la Nación, siendo los últimos el de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito (provisionalidad en un cargo de carrera) y el de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia (libre nombramiento y remoción). Luego de posesionarse en este último, empezó a padecer complicaciones en su salud física y mental, en principio ocasionadas por estrés laboral, lo cual lo llevó a acudir por urgencia en ocho ocasiones (10, 15, 16 [en dos ocasiones], 17, 18, 23 y 24, febrero/11) a distintos centros hospitalarios (Clínica Universitaria Colombia, Fundación Cardio Infantil, Fundación Abood Shaio y Clínica Pragma Capital) en la ciudad de Bogotá, siendo diagnosticado esencialmente: dolor torácico, cefalea, fiebre, ansiedad, vértigo, gastritis e hipertensión, además de que le fueron recetados diferentes medicamentos y otorgado en total 12 días de incapacidad.

Así mismo, por solicitud de la Sección de Bienestar Social del Nivel Central de la Fiscalía General de la Nación, fue atendido por las psicólogas de la ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales, que recomendaron continuar el seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico por parte de su EPS, además de informarle que ingresaría al Programa de Intervención de Crisis de la Fiscalía, una vez culminara sus vacaciones.

Luego de considerar que su vida corría peligro por sus padecimientos en su estado de salud, el accionante solicitó a la Fiscalía la reanudación de sus vacaciones a partir 1° del marzo de 2011, reintegrándose a sus labores el 14 del mismo mes. No obstante, dos días después le fue notificada la Resolución 0771 del 15 de marzo de 2011, mediante la cual fue declarado insubsistente “*por razones del servicio*”.

Al continuar con episodios de ansiedad, angustia, dolor torácico, taquicardia, estrés y depresión, el 18 de marzo fue atendido en consulta psiquiátrica en el Centro Psicopedagógico Sanitas, siéndole diagnosticado “*trastorno de ansiedad*” a causa de estrés, que se catalogó como de origen común. También vino a ser atendido por una neuróloga de la Fundación Cardio Infantil quien le recetó diez sesiones de terapia vestibular por vértigo periférico.

De esta manera, el señor Jaller Serpa instauró acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para que por esta vía se ordene su reintegro al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito o Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema

de Justicia. De igual modo, hizo alusión a que se le hiciera extensivo la excepción de inconstitucionalidad a través de la cual la entidad tuvo como funcionarios de carrera en provisionalidad a diez fiscales que ocupaban el mismo cargo que él. También consideró que le fuera reconocida la condición de padre cabeza de familiar por tener a cargo a sus dos hijas menores de edad.

En respuesta a la acción de tutela la entidad accionada solicitó la improcedencia toda vez que se dispone de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo solicitar la suspensión provisional del acto, y no se encuentra probado un perjuicio irreparable. En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad afirmó que en la actualidad se encontraba en curso una acción de lesividad presentada por la Fiscalía y que de cualquier forma sus efectos son inter partes.

En sentencia de primera instancia se declaró la improcedencia de la acción por cuanto el actor ha debido acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo solicitar la suspensión provisional del acto. Impugnada la decisión y una vez determinado que el actor había acudido a la Procuraduría para solicitar conciliación prejudicial que fue objeto de aplazamiento, fue confirmada la improcedencia de la tutela.

De las pruebas practicadas en sede de revisión constitucional pudo comprobarse:

- El accionante estuvo afiliado a la EPS SANITAS como dependiente de la Fiscalía desde el 1° de noviembre de 2005 hasta el 17 de marzo de 2011 (despido). Del 18 al 31 de marzo estuvo desafiliado del sistema de salud, vinculándose nuevamente a la EPS SANITAS como independiente el 1° de abril/11 hasta el 1° de enero de 2012 cuando lo hizo como dependiente de la Procuraduría General de la Nación, donde percibe un ingreso base de cotización de \$6.053.000 (estuvo desvinculado laboralmente del 18 de marzo al 31 de diciembre de 2011, esto es, más de 9 meses).
- La ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales señaló que todos los episodios fueron atendidos por la EPS Sanitas y catalogados como de origen común.
- La atención prestada por la ARP COLMENA se dio dentro del programa de salud ocupacional denominado “*vigilancia epidemiológica de factores de riesgos psicosociales*” de la Fiscalía.
- En la hoja de vida del accionante se aprecia que cuenta con un amplio historial académico y profesional, que ha asistido a dos comisiones internacionales, que no tiene antecedentes disciplinarios y ni ha sido objeto de llamados de atención.
- La Fiscalía no se pronunció acerca del estado de salud del accionante al momento de la insubsistencia y de las características del Programa de Atención de Crisis que maneja dicha entidad.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, de encontrarse procedente la acción de tutela en el caso concreto, la Corte entrará a resolver esencialmente el siguiente problema jurídico:

¿Configura una violación de los derechos fundamentales de un empleado de libre nombramiento y remoción, el que la Fiscalía lo hubiere declarado insubsistente alegando solo razones del servicio, aun cuando éste se encontraba padeciendo serias complicaciones de salud física y mental ocasionadas en principio en el ejercicio de sus funciones (estrés laboral) y a pesar de haberse dictaminado que debía continuar el seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico, así como la necesidad de que ingresara al Programa de Intervención en Crisis de la propia entidad?

Para ello la Corte desarrollará los siguientes ejes temáticos: i) la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción particularmente en la Fiscalía y los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales; ii) el derecho fundamental a la salud física y mental; iii) el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas en relación con el estrés laboral, para así iv) abordar el caso concreto.

3. La naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción y los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales

Por cuestiones metodológicas la Corte dividirá el presente capítulo de la siguiente manera: en primer lugar, se hará una reseña normativa de los cargos de libre nombramiento y remoción, haciendo énfasis en el caso de la Fiscalía General de la Nación. Cumplido lo anterior, se procederá a hacer alusión a las facultades discrecionales que tiene el nominador para disponer de estas plazas. Posteriormente, se explicará los límites constitucionales al ejercicio de estos poderes, para finalmente hacer relación específica a los sujetos de especial protección constitucional y las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

3.1. Reseña normativa de los cargos de libre nombramiento y remoción particularmente en la Fiscalía General de la Nación

El artículo 125 de la Constitución¹ establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, siendo los de libre nombramiento y remoción una excepción que debe ser creada y definida por la ley. En desarrollo de esta facultad han sido promulgadas principalmente las leyes 270 de 1996, “*estatutaria de administración de justicia*”; 443 de 1998, “*por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”; y 909 de 2004, “*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”. Del contenido de esta normativa se extraen dos consideraciones particulares sobre los cargos de libre nombramiento y remoción: “*de una parte, debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, de*

¹ Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

otra parte, ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades."²

Para el caso particular de la Fiscalía General de la Nación, la cual pertenece a la Rama Judicial del Poder Público³, el artículo 253 de la Constitución⁴ encomendó al legislador la tarea de determinar su estructura como su régimen de ingreso y retiro. En un primer momento, lo propio ocurrió con el Decreto ley 2699 de 1991, "*por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*", expedido en uso de las facultades otorgadas por el artículo 5 transitorio constitucional⁵. El artículo 66⁶ clasificó los empleos de la entidad como de carrera y de libre nombramiento y remoción, disponiendo los cargos que pertenecían a cada categoría. Posteriormente, los artículos 30⁷ y 159⁸ de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dispusieron que la Fiscalía tendría su propio régimen de ingreso y su desarrollo le correspondería a la ley. En el artículo 130⁹, *ejusdem*, fueron clasificados de manera general los empleos en la Rama Judicial. Luego fue expedida la Ley 573 de 2000 mediante la cual se facultó nuevamente al Presidente de la República para reglamentar la estructura de este órgano, lo cual ocurrió con el Decreto ley 261 de 2000, "*por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*", que en su artículo 106¹⁰ clasificó nuevamente los empleos en la entidad.

² Sentencia C-1177 de 2001. En el mismo sentido, ver las sentencias SU-448 de 2011, T-289 de 2011, C-1177 de 2010, SU-917 de 2010, C-279 de 2007, C-506 de 1999, C-195 de 1994 y C-391 de 1993.

³ Por su ubicación en el Título VIII del texto constitucional y por disposición expresa del artículo 249 Superior, "*La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.*"

⁴ La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.

⁵ Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para: a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General.

⁶ Los empleos de la fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de: 1. Vicefiscal General de la Nación. 2. Secretario General. 3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General. 4. Directores Nacionales y jefes de División de la Fiscalía General. 5. Director de escuela. 6. Directores regionales y seccionales. 7. Los empleados del despacho del fiscal general, del Vicefiscal y de la Secretaría General. 8. Los fiscales y funcionarios de las fiscalías regionales. 9. Los empleados del Cuerpo Técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional. Los demás cargos serán de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos.

⁷ Estructura Administrativa de la Fiscalía General De La Nación. Corresponde a la ley determinar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal General desarrollará dicha estructura con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En desarrollo de tal facultad, asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos. En ejercicio de estas atribuciones, el Fiscal General no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

⁸ Régimen de Carrera de Fiscalía. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley. Con el objeto de homologar los cargos de la Fiscalía con los restantes de la Rama Judicial, aquella observará la nomenclatura y grados previstos para éstos.

⁹ Clasificación de los empleos. Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos, en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de

Finalmente, en cumplimiento de lo ordenado por la Carta y por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, fue expedida la Ley 938 de 2004 *“por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”*¹¹, siendo dicha legislación la que actualmente contiene los lineamientos generales de la estructura de la entidad, así como el régimen de ingreso y retiro. Sobre esta ley la Corte manifestó que era *“necesario asegurar que, finalmente, después de tantos años desde la expedición de la Constitución de 1991, el ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación se rija por las normas contenidas en los artículos 125 y 253 de la Constitución”*.¹² En el artículo 59¹³ clasificó de manera definitiva los empleos al interior de la entidad y consagró como de libre nombramiento y remoción, entre otros, *“los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia”*.

3.2. Las facultades discrecionales concretamente en la Fiscalía General de la Nación.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1991, la discrecionalidad en el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción de la Fiscalía tiene su origen en el artículo 100 del Decreto ley 2699 de 1991, *“por el cual se expide el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación”*, que establece: *“se producirá [el] retiro definitivo del servicio en los siguientes casos: (...) 5. Insubsistencia discrecional en los cargos de libre nombramiento y remoción.”* Posterior a ello, el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, dispuso de manera genérica que *“la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”*. Finalmente, la Ley 938 de 2004, que

libre nombramiento y remoción: 1. Vicefiscal General de la Nación. 2. Secretario General. 3. Directores Nacionales. 4. Directores Seccionales. 5. Los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General. 6. Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia. 7. Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través del proceso de selección.

¹¹ Esta ley sería luego modificada y adicionada por las leyes 975 de 2005 *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”* y 1024 de 2006 *“por la cual se modifica parcialmente la Ley 938 de 2004”*. Sin embargo, en estas disposiciones no se hizo alusión a los cargos de libre nombramiento y remoción.

¹² Sentencia T-131 de 2005.

¹³ Clasificación de los empleos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en: a) de libre nombramiento y remoción; b) de carrera. Son de libre nombramiento y remoción: -El Vicefiscal General de la Nación. -El Secretario General. -Los Directores Nacionales y sus asesores. -Los Directores Seccionales. -Los empleados del Despacho del Fiscal General, Vicefiscal General y Secretaría General. -Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia. -El jefe de Oficina Jurídica, de Informática, de Personal, de Planeación, de Control Disciplinario Interno, de Control Interno, de Divulgación y Prensa, de Protección y Asistencia, así como el Director de Asuntos Internacionales a nivel nacional. -El Jefe de la División Criminalística y el Jefe de la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación. Igualmente, son de libre nombramiento y remoción los empleos cuyo ejercicio implique el manejo financiero y contable de bienes, dinero o valores de la entidad. Parágrafo. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que sean creados por esta ley y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, siempre y cuando pertenezcan al ámbito de dirección institucional. Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de selección por concurso.

reemplazó el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en el artículo 76 señaló que el retiro de los servidores que no sean de carrera “*serán objeto de la facultad discrecional del nominador.*”

En virtud de las facultades discrecionales, esta Corporación en la sentencia C-734 de 2000 indicó que a las autoridades públicas se les permite “*apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional*”.¹⁴ Así mismo, en voces del Consejo de Estado:

“Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.”¹⁵

La consecuencia práctica de las facultades discrecionales para disponer de los empleos de libre nombramiento y remoción, es que ostentan una estabilidad laboral precaria en comparación con los de carrera¹⁶. Por disposición del artículo 125 constitucional, el retiro de los últimos solo podrá darse “*por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*”, mientras que en el caso de los primeros, el nominador goza de cierta flexibilidad para adoptar la decisión que mejor considere, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En palabras de la Corte:

“La estabilidad ‘entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo’, es plena para los empleos de carrera pero **restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción**, ‘pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de **cierta discrecionalidad** para decidir libremente sobre estos asuntos, **siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder**’.”¹⁷ (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, para la Sala es claro que el ordenamiento jurídico le otorgó a los órganos nominadores, incluyendo a la Fiscalía General de la Nación, la posibilidad de remover funcionarios de libre nombramiento y remoción mediante el ejercicio de facultades discrecionales, lo cual tiene como consecuencia que su estabilidad laboral es precaria frente a los que pertenecen a la carrera.

¹⁴ Cfr. sentencia C-031 de 1995.

¹⁵ Sección segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

¹⁶ Sentencia T-764 de 2005.

¹⁷ Sentencia SU-448 de 2011.

3.3. *Los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales*

Si bien la consagración de poderes discrecionales no contraría por sí misma la Constitución, la existencia de poderes absolutos sí resulta contraria a los postulados de un Estado de derecho. Esta limitación quedó expresamente consagrada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo -CCA-¹⁸, al establecer que “*en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”. De esta disposición pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional:

i) *Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente.* En virtud de los artículos 6¹⁹, 121²⁰, 122²¹ y 123²² de la Carta, las autoridades solamente pueden actuar conforme a las competencias que les han sido expresamente asignadas constitucional o legalmente. De esta forma, únicamente podrán obrar de manera discrecional cuando exista una disposición de tal naturaleza que explícitamente lo autorice. Ello tiene por finalidad “*delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica*”²³. En un Estado de derecho “*la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas, (...) [y por ello] al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido*”²⁴. De esta forma, “*la competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo*”.²⁵

ii) *Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza.* Esta Corte ha manifestado que “*la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él*”²⁶. Es claro, entonces, que “*el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del ‘abuso del derecho’ -en derecho privado-, y la ‘desviación de poder’ -en el*

¹⁸ El contenido de esta norma se mantuvo en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, el cual, por disposición de su artículo 308, empezará a regir para los procedimientos y actuaciones que se inicien con posterioridad al 2 de julio de 2012.

¹⁹ Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

²⁰ Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

²¹ No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

²² Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

²³ Sentencia C-429 de 2001.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sentencia C-525 de 1995.

derecho público-²⁷. *Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado*".²⁸ No obstante los objetivos particulares de toda ley, la Constitución consagra como fines genéricos del Estado y la función administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2º); y ii) el interés general (art. 209).

iii) *La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan. De esta manera, "el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa"*.²⁹ Al examinar si una actuación cumple con este requisito, deberán tenerse en cuenta los diferentes supuestos fácticos que rodean el asunto, especialmente las condiciones particulares de la persona.

Estos tres elementos, según puede observarse, han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.). (...) Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (...) Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. (...) En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.”³⁰

²⁷ JOSSERAND, Luis J. El abuso de los derechos y otros ensayos. "Relatividad y abuso de los derechos". Editorial Temis. Bogotá. 1982, pág. 25.

²⁸ Sentencia T-602 de 1992.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp.: 17009.

³⁰ Sección segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

Para la Corte la mayor libertad que conlleva el ejercicio de facultades discrecionales y la consecuente estabilidad laboral precaria de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ha sido asimilada por el ordenamiento jurídico con una atenuación del deber de motivación de los actos que los retiran del servicio. En ese sentido, *“si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la Corte ha admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal y como sucede en el caso de la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y con relación a algunos cargos que se encuentran inscritos en regímenes especiales de carrera”*.³¹ Sin embargo, para este Tribunal ello *“no significa que tal autorización [insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción] sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos”*³² y, por tanto, *“no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa.”*³³ Es por ello que *“las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.”*³⁴ [Subrayas fuera de texto]

Ahora bien, en aras de evitar la arbitrariedad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968 *“por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*, consagró la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de los empleados que no pertenecen a la carrera, de las causas que motivan la insubsistencia. Dice la norma:

“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. (...)”

La Corte al declarar la exequibilidad de esta norma señaló:

“El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse

³¹ Sentencia T-064 de 2007.

³² Sentencia C-734 de 2000.

³³ Sentencia SU-917 de 2010.

³⁴ Sentencia T-064 de 2007.

constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. (...) De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.³⁵ [Subrayas fuera de texto].

Al permitir al empleado conocer los motivos del despido en un cargo de libre nombramiento y remoción, así lo fuere en la hoja de vida, se *“hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder”*³⁶. Por esta razón, encuentra la Corte que *“lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder.”*³⁷ [Subrayas fuera de texto].

De otra parte, es claro para la Corte que el cumplimiento de este requisito (motivación de la insubsistencia) no se reduce a la enunciación formal de expresiones genéricas que no expongan la realidad del sustento de la medida. Como lo ha sostenido esta Corporación, si bien *“en los casos de los empleados de libre remoción existe una mayor discrecionalidad, no implica que la administración pueda actuar arbitrariamente, invocando razones abstractas de buen servicio. Una medida de esta índole, debe obedecer a una justificación mínima en cuanto a la*

³⁵ Sentencia C-734 de 2000. En el mismo sentido puede verse la sentencia T-064 de 2007 en donde se afirmó: *“la Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones.”*

³⁶ Sentencia SU- 917 de 2007.

³⁷ Sentencia SU-250 de 1998.

necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio.”³⁸ Así, la mayor libertad “*no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido.*”³⁹ [Subrayas fuera de texto].

Además, el Consejo de Estado al referirse a casos en donde las autoridades acuden a “razones del servicio” para justificar decisiones discrecionales, ha manifestado: “*cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.*”⁴⁰ En este sentido, agregó dicho Tribunal: “*hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio (...), deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico*”.⁴¹ Lo anterior conlleva “*para la parte actora la labor probatoria de acreditar la buena prestación del servicio que venía cumpliendo; sus méritos, condiciones personales y profesionales, capacidades, idoneidad y rectitud en el desarrollo de la labor, aspecto que resulta determinante para establecer si con su retiro se cumple la finalidad del poder discrecional, que es la optimización del servicio.*”⁴² [Subrayas fuera de texto].

En consecuencia, según la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, la facultad de declarar insubsistente a los empleados de libre nombramiento y remoción no es absoluta, toda vez que en un Estado constitucional de derecho no existen poderes absolutos al encontrarse limitados por los valores, principios y derechos constitucionales. Los límites establecidos a las facultades discrecionales están dados en que la medida debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. De ello deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad proceda a motivar directamente el acto administrativo, lo cual solo sería solo una muestra del apego a los lineamientos de la Constitución. Para la Corte este razonamiento resulta indefectiblemente extensible al régimen de la Fiscalía General de la Nación, como una garantía mínima de todo trabajador vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

³⁸ Sentencia T-532 de 1998.

³⁹ Sentencia T-494 de 2000.

⁴⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 3 de febrero de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-2002-00492-01 (0388-09).

⁴¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 18 de mayo de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-00140-01 (4319 -04).

⁴² *Ibidem*. En el mismo sentido ver las siguientes sentencias de ese alto tribunal: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2002, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-0631-01 (1958 -98).

3.4. Las personas con discapacidad en los cargos de libre nombramiento y remoción.

Lo primero que debe dejar sentado este Tribunal es que la protección especial de quienes por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta proviene directamente de la Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 superior), por lo que su garantía no depende de un desarrollo legislativo o reglamentario. En efecto, el artículo 13 de la Constitución enuncia:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” [Subrayas fuera del texto].

En este contexto, también pueden mencionarse el artículo 47, *ibídem*, que señala: “*el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*” Igualmente, el 54 superior contempla: “*el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.*”

En cuanto a los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas con disminuciones físicas o mentales, se encuentran entre otros⁴³:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴
- El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁵.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁶.
- Las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad⁴⁷.
- El Convenio 159 de la OIT Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas⁴⁸.

⁴³ Al respecto puede verse la sentencia C-824 de 2011 en donde se hace un recuento completo de los múltiples instrumentos internacionales que propenden por la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad.

⁴⁴ Aprobado por la Ley 74 de 1968.

⁴⁵ Aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997.

⁴⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y revisada mediante la Sentencia C-293 de 2010⁴⁶, en donde la Corte adelantó el análisis material sobre el contenido y estipulaciones de este instrumento internacional.

⁴⁷ Adoptada mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad⁴⁹.

Como lo señaló esta Corporación en la sentencia C-824 de 2011, de conformidad con las disposiciones de rango superior que reconocen y consagran los derechos de las personas con limitaciones o con discapacidad, *“es evidente que los Estados tienen obligaciones específicas y preferentes en relación con la adopción de medidas para evitar la discriminación y garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.”* En este sentido, las autoridades están llamadas no solo a eliminar todas las formas de discriminación, sino que además deben adoptar medidas de inclusión y acciones afirmativas encaminadas a garantizar la igualdad de oportunidades y la equidad. Al respecto, dijo esta Corporación en la mencionada decisión:

“En este sentido, especial atención le ha merecido a la Corte la garantía de la igualdad y de la no discriminación a las personas con limitaciones o con discapacidad, el cual ha sido reconocido y garantizado en innumerables oportunidades⁵⁰, haciendo énfasis en la necesidad de brindar un trato especial a ese grupo poblacional e insistiendo en que el derecho a la igualdad trasciende la concepción formal y debe tener en cuenta las diferencias reales, y que en relación con las personas con discapacidad, ‘la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se ‘equipara’ a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.’ Así mismo, ha insistido en que los derechos específicos para las personas con discapacidad implican necesariamente, acciones afirmativas a favor de éstas, de manera que ‘autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)’⁵¹.

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: (i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas;

⁴⁸ Aprobado por el Estado colombiano mediante Ley 82 de 1988. En virtud de este se expidió la recomendación número 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

⁴⁹ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002. En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad. Tanto la Ley aprobatoria como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003.

⁵⁰ Ver sentencia T-288 de 1995 y C-983 de 2002, entre otras.

⁵¹ Sentencia T-288 del 5 de julio de 1995.

y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación.⁵²

En esta materia el Congreso ha expedido diferentes leyes. Entre las más significativas se encuentran la 361 de 1997, “*por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”; la 1145 de 2007, “*por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones*”; y la 1346 de 2009, “*por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad’*”⁵³. Normatividad que es una clara muestra del principio de progresividad en materia de derechos sociales, económicos y culturales, en tanto persiguen avanzar significativamente en la garantía de los derechos de las personas que padecen algún tipo de limitaciones.⁵⁴ También es desarrollo de la forma organizativa acogida por la Constitución de 1991, como Estado social de derecho (art. 1º superior). Así mismo, responde a los fines esenciales (efectividad de los derechos, art. 2º superior) y sociales (derechos sociales, económicos y culturales, arts. 42 ss), que lleva al reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables del ser humano (art. 5º superior).

Siendo claro el deber de todas las autoridades de adoptar medidas que garanticen la igualdad real y efectiva de quienes por su condición económica, física y mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, es necesario resaltar que el concepto de sujeto de especial protección y la forma en la cual se adquiere esa condición, por ejemplo, las personas con discapacidad, no han sido un aspecto que haya tenido un desarrollo pacífico y unívoco.

Esta Corporación ha venido desarrollando una serie de subreglas que avanzan en la garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En el caso de la personas con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, también se ha utilizado el término “*discapacitado*”, queriendo significar las personas que padecen alguna deficiencia física o mental que les impide actuar en la sociedad en igualdad de condiciones respecto de quienes no sufren dolencia alguna. Como lo ha afirmado este Tribunal en la sentencia T-198 de 2006:

“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos

⁵² Ver las Sentencias C-401 de 2003, C-174 de 2004, C-804 de 2009, y C-640 de 2010. Ver también las Sentencias T- 826 de 2004, T-288 de 1995 y T-378 de 1997. Ver igualmente el Auto 06 de 2009.

⁵³ Adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

⁵⁴ El contenido de este principio fue ampliamente desarrollado en la sentencia C-727 de 2009 en la cual se dijo: “*De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar y poner en marcha medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes). Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.*”

aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión.”

En el ámbito laboral, la principal determinación que debe ser tomada en cuenta para elaborar un concepto de discapacidad y el consecuente cuidado especial de quienes la padecen, es el hecho de que *“la sujeción de la ley a la libertad, la dignidad y los derechos del trabajador a la que se refiere el artículo 53 de la Constitución, en concordancia con el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho consagrado en el mismo artículo,⁵⁵ implican que las facultades que la ley le otorgue al empleador deben interpretarse de conformidad con la libertad, la dignidad, y los derechos de los trabajadores”⁵⁶*. En este sentido, cualquier atribución que le sea conferido al ente nominador, deberá ser respetuoso de esos intereses superiores, que en el caso de las personas con discapacidad exigen un mayor acatamiento.

La sentencia T-198 de 2006 distinguió entre deficiencia, discapacidad e invalidez, para señalar que implican una disminución de las capacidades físicas, mentales o sensoriales de la persona. Al respecto, señaló:

“Así mismo, se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa. (...)”

Por el contrario, podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado de discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral, y en consecuencia, la equiparación hecha por la entidad demandada carece de fundamento constitucional, legal y científico.

De la misma manera puede afirmarse que la protección otorgada por la Constitución y desarrollada por la Ley 361 de 1997 se encuentra dirigida a la discapacidad, y no solamente a la invalidez.

En efecto, la invalidez implica incapacidad para desarrollarse en el campo laboral por haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral, y en consecuencia resultaría inaplicable la protección laboral reforzada establecida, puesto que la persona no estaría en las condiciones aptas para realizar ninguna clase de actividad.

⁵⁵ El artículo 53 dispone: *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”*.

⁵⁶ Sentencia T-1040 de 2001.

Por el contrario, dicha protección cobra plena aplicación en los casos de los trabajadores discapacitados, toda vez que lo que se busca es permitir y fomentar la integración de este grupo a la vida cotidiana, incluyendo el aspecto laboral.”

En materia laboral y del derecho a la seguridad social, la Corte ha venido desarrollando una línea jurisprudencial que abandona una visión restringida y formal del concepto “limitación” y ha aceptado la condición de sujeto de especial protección constitucional en casos en donde no necesariamente existe un dictamen médico que lo certifique. Así sostuvo:

“Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’”⁵⁷

En múltiples pronunciamientos se ha reconocido por este Tribunal (entre otras las sentencias T-263 de 2009 y T-513 de 2006), que quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición física o mental, no son solo aquellos que han sido calificados médicamente como “limitados físicos, síquicos, inválidos o discapacitados”⁵⁸, sino que se hace extensivo a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la afectación de su estado de salud⁵⁹.” Es necesario erradicar la idea de que la especial protección solo se presenta cuando existe una pérdida de capacidad laboral de más del 50%. En este último evento la persona no tendría capacidad de trabajar y sería merecedora de una pensión de invalidez.

Siendo claro para la Sala el mandato superior de proteger a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y la concepción amplia del concepto de discapacidad, pasa la Corte a hacer alusión a la forma en la cual estos dos elementos influyen en la limitación del ejercicio de las facultades discrecionales en materia laboral.

Lo primero que habrá de indicarse es que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagró expresamente un freno al ejercicio de cualquier facultad otorgada a los nominadores, al prohibir que en ningún caso una limitación física puede ser motivo para obstaculizar un vínculo laboral o ser una razón para el despido, sin importar el tipo de vínculo laboral. En efecto, reza dicha norma:

⁵⁷ Sentencia T-094 de 2010. En el mismo sentido ver las sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-819 de 2008, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-603 de 2009, T-643 de 2009, T-784 de 2009, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-094 de 2010, T-663 de 2011 y T-292 de 2011.

⁵⁸ Este criterio encuentra respaldo en lo previsto en el numeral 1° del artículo 1° del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 82 de 1988: “A los efectos del presente convenio, se entiende por “persona inválida” toda personas cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

⁵⁹ En la sentencia T-263 2009 y T-513 de 2006

“*No discriminación a persona en situación de discapacidad.* En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Con este mandato expreso, el legislador reconoció lo que la Corte ha denominado una “*estabilidad laboral reforzada*” de las personas con discapacidad, la cual aplica inclusive para aquellos casos en donde la naturaleza del vínculo implica una estabilidad precaria, como son los cargos de libre nombramiento y remoción. De ahí que la Corte hubiera sostenido en la sentencia T-292 de 2011 que: “*En atención a la tesis anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que **sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad**, todo trabajador que se encuentre en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta*”. Empero, también debe señalarse que esta subregla no es absoluta por cuanto pueden existir razones objetivas que justifiquen constitucionalmente el despido, cuya carga corresponderá al empleador.

Esta Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 361 en la sentencia C-531 de 2000, resaltó la importancia de garantizar unos *principios o contenidos mínimos* en toda relación laboral respecto a las personas con discapacidad atendiendo su condición de vulnerabilidad:

“Solo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13). (...)”

El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una ‘estabilidad laboral reforzada’ que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados”.

De los pronunciamientos citados puede extraerse por la Corte que en aquellos casos en donde resulte evidente que el estado de salud físico o mental de un empleado le impide desarrollar sus funciones de manera normal o regular (sujeto de especial protección constitucional), existe a favor del servidor público el amparo a la estabilidad laboral predicable de cualquier tipo de vinculación laboral. Este derecho a permanecer en principio en el cargo se traduce en dos aspectos: i) la adopción de acciones afirmativas que permitan que pueda continuar desempeñándose laboralmente y ii) en el caso en el que existan razones objetivas a la luz de la Constitución que justifiquen el despido, la necesidad de descartar por el empleador que el retiro se dé en razón al estado de salud del empleado.

La adopción de acciones afirmativas encuentra sustento en el deber de solidaridad contenido en los artículos 1⁶⁰ y 95⁶¹ de la Carta, como principio fundador del Estado social de derecho y patrón de conducta de las personas que integran la sociedad, debiendo responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Al respecto, se dijo:

⁶⁰ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁶¹ La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

"La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético."⁶²

De este modo, la Corte en la sentencia T-663 de 2011 manifestó: *“el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino que además implica el **derecho a la reubicación** en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas”*⁶³.

En cuanto a la necesidad de descartar que el despido no obedeció al estado de salud del empleado, no debe desconocerse lo indicado por esta Corporación en la sentencia C-531 de 2000: *“la legislación que favorezca a los discapacitados ‘no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros’*⁶⁴”. Por tanto, cuando existan razones objetivas que justifiquen el despido de un trabajador discapacitado, mal haría el juez constitucional en obligar la continuidad de la relación laboral. Si bien es claro que existen casos en donde procede el retiro del empleado con discapacidad, la limitación en el ejercicio de la facultad discrecional implica también que llegada esta situación el nominador deberá en todo caso y sin excepción alguna justificar de manera i) suficiente, ii) concreta, iii) cierta y iv) concurrente los motivos que originan el despido, lo cual también se encuentra acorde con el principio de buena fe (art. 83 Superior). Así lo anotó esta Corporación desde la sentencia T-427 de 1992:

“El anterior marco normativo impone la necesidad de examinar cuidadosamente -estricto escrutinio- las circunstancias concretas en que se da la declaratoria de insubsistencia, ya que sus efectos pueden vulnerar el derecho fundamental al trabajo y, en particular, la especial protección de la estabilidad laboral del funcionario sobre el cual recae la medida. (...)

⁶² Sentencia SU-256 de 1996. En el mismo sentido ver las Sentencias Sentencia T-1040 de 2001.

⁶³ Sentencia T-663 de 2011.

⁶⁴ Sentencia T-427 de 1992.

La Constitución otorga protección jurídica a diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del Constituyente. De esta forma, se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad. La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (...)

13. Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales.”

En similar sentido, este Tribunal en la sentencia T-734 de 2007, al pronunciarse sobre la declaratoria de insubsistencia de una funcionaria de libre nombramiento y remoción cuya protección especial deviene de su estado de embarazo, afirmó:

“De esta forma, le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, explicando de manera suficiente y razonable que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causa del embarazo, sino que se presentó una razón objetiva que lo habilitó para efectuar la desvinculación, cuestión que desde la perspectiva constitucional resulta plausible y no vulnera derechos fundamentales. Ahora bien, esa protección reforzada también se predica de las trabajadoras que se encuentran vinculadas con la administración en cargos de libre nombramiento

y remoción, no obstante su estabilidad precaria. Sobre este aspecto, esta Corporación ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo se aplica tanto a la mujer que se encuentra vinculada mediante contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada, así se trate de cargos de libre nombramiento y remoción, a menos que el nominador justifique adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable por una razón ajena al embarazo, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. Con base en lo anterior, se concluye que la especial protección constitucional de la trabajadora durante el período de gestación ó dentro de los tres meses siguientes al parto, cualquiera que sea el tipo de vinculación (contrato de trabajo, carrera administrativa o libre nombramiento y remoción), impone una carga argumentativa específica del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, de tal forma que la finalización de la relación laboral obedezca a razones ajenas al embarazo.”

Teniendo en cuenta el deber constitucional de protección de los discapacitados, es claro para la Corte que las consideraciones expuestas son plenamente aplicables a vínculos laborales de los cuales se predica una estabilidad precaria, toda vez que por *“la naturaleza de la vinculación, como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional”*⁶⁵. Adicionalmente, este lineamiento puede verse reforzado por dos situaciones particulares: i) que el empleador sea al mismo tiempo una entidad pública, en la medida en la que las autoridades son las primeras llamadas a velar por el cumplimiento estricto de los fines esenciales y sociales del Estado (arts. 1º y 2º superiores⁶⁶); y ii) que las afectaciones de las condiciones de salud del trabajador hubieran obedecido al ejercicio de sus funciones, caso en el cual se incrementa significativamente la responsabilidad y el deber de solidaridad en su protección.

Debe, entonces, la Sala concluir que en los casos donde el empleado sea un sujeto de especial protección en los términos expuestos en esta providencia, sin importar el tipo de vínculo que regule la relación laboral, el ente nominador deberá proceder a reubicar laboralmente al empleado en un cargo que se acomode a sus condiciones de salud o ajustar la forma en las que ejerce sus funciones actuales. Sin embargo, pueden existir motivos constitucionalmente válidos para optar por el retiro del trabajador, caso en el cual el empleador tiene la carga de descartar adecuadamente que el despido se de en razón de la condición de discapacidad, por lo cual habrá de exponer de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente, las razones que sustentan el despido. Ello deberá realizarse con la anotación en la hoja de vida del

⁶⁵ Sentencia T-862 de 2009.

⁶⁶ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas 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.

empleado o, si así lo considera, mediante la motivación directa del acto administrativo de despido.

4. El derecho fundamental a la salud física y mental. La vida digna y la integridad personal.

La protección del derecho a la salud en Colombia se deriva de los artículos 48⁶⁷ y 49⁶⁸ de la Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Entre ellos se aprecia el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su párrafo 1º afirma que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

En similar sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁶⁹ en su párrafo 1º establece que los Estados parte reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁷⁰ señaló que *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”* En el mismo documento se enfatizó que *“la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a*

⁶⁷ La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

⁶⁸ Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

⁶⁹ Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁷⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. En el desarrollo de esa labor el comité interpreta las diferentes disposiciones del Pacto a través de Observaciones Generales. Dentro de estas se encuentra la Observación General 14 del año 2000 que hace relación al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (Tomado de la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos (OACDH) consultada en: <http://www.ohchr.org>.)

condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.

Adicionalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció en el artículo 10° el derecho a la salud, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

[...]

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que

por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

A nivel legislativo, el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 contempló como objeto del Régimen de Seguridad Social en Salud el de *“garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.”* A partir de ello el legislador y las demás autoridades que participan en la protección de este derecho han desarrollado una extensa regulación que pretende garantizar *“condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud.”*⁷¹

Así las cosas, en la sentencia T-760 de 2008, bajo el supuesto de que *“son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”*⁷².

⁷¹ Artículo 2° de la Ley 1438 de 2011.

⁷² En la sentencia T-859 de 2003 se dijo: *“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”* Esta decisión ha sido reiterada en las sentencias T-060 de 2007 y T-148 de 2007.

La categorización del derecho a la salud como fundamental se desprende entonces de que este *“no supone la institucionalización del derecho a la mera subsistencia, sino el derecho de todas las personas, y el deber del Estado, de propiciar los medios razonables para el logro de una vida digna, lo cual incluye la lucha por unas mínimas condiciones sociales y económicas.”*⁷³ En estos términos, el concepto de salud⁷⁴ se encuentra estrechamente ligado con otros intereses de rango constitucional -salud mental-, por lo que *“no hace referencia únicamente a la [integridad] física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona”*⁷⁵.

La Corte en la sentencia T-248 de 1998 refirió que la salud protegida constitucionalmente comprende también el bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona:

“La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación (arts. 1, 2 y 11 C.P.), no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo. Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad. (...) Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona”.

Esta consideración fue expresamente contemplada en la Ley 1438 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se*

⁷³ Sentencia T-645 de 1996.

⁷⁴ En la sentencia T-760 de 2008 fue definido el concepto de salud así: *“La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud “(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.”*⁷⁴ La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona.⁷⁴ En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.”

⁷⁵ Sentencia T- 544 de 2002.

dictan otras disposiciones”, que en su artículo 66 contempló la atención integral de la salud mental al establecer: “las acciones de salud deben incluir la garantía del ejercicio pleno del derecho a la salud mental de los colombianos y colombianas, mediante atención integral en salud mental para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud y su atención como parte del Plan de Beneficios y la implementación, seguimiento y evaluación de la política nacional de salud mental.”

Ahora bien, la Sala debe también indicar que la protección efectiva del derecho a la salud no puede limitarse a un ámbito meramente curativo, porque su faceta principalmente es preventiva. En la sentencia T-548 de 2011 manifestó que *“la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad”*. En un Estado social de derecho que busca la maximización de la dignidad humana, es claro que el aspecto al cual deben destinarse los mayores esfuerzos debe ser el de la anticipación a la enfermedad, en la medida que *“tiene como finalidad la de evitar que las personas se enfrenten a riesgos que atenten en contra de su buen estado de salud, que en algunos casos tales circunstancias de riesgo podrían comprometer su propia existencia. Así, esta etapa preventiva no se circunscribe exclusivamente a orientar a la persona para que respete su cuerpo y su salud, sino que también se encamina a protegerla de aquellos factores externos que pueden incidir negativamente en su salud”*.⁷⁶

De esta manera, las entidades encargadas de garantizar el derecho a la salud, incluyendo las autoridades administrativas y judiciales, no pueden limitar la protección a aquellos casos en donde el paciente ya se encuentra enfermo. Aceptar ello implicaría que una persona que tiene el riesgo de padecer un mal deba esperar a que su situación no tenga remedio para que el Estado considere procedente su protección, sin considerar la atención prestación oportuna del servicio de salud e incluso el mayor coste para el sistema. Así lo ha sostenido este Tribunal al sostener que no tiene que esperarse a la fase crítica de una enfermedad mental:

*“A la inversa de lo que entendió el Tribunal en el fallo de segunda instancia, debe afirmarse que no es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa.”*⁷⁷

Otro aspecto que también debe tenerse en cuenta en la protección del derecho a la salud es el principio de continuidad en la prestación del servicio. En virtud del

⁷⁶ Sentencia T-321 de 2008.

⁷⁷ Sentencia T-248 de 1998.

mismo “se busca garantizar a los titulares del derecho a la atención en salud que han ingresado al Sistema General de Seguridad Social, la prestación ininterrumpida, constante y permanente de los servicios como una garantía de protección de sus derechos a la vida y a la salud. El principio de continuidad se materializa en el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los servicios de salud y, en particular, de los tratamientos o procedimientos médicos que reciben o requieran según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario.”⁷⁸ De esta manera, la Corte ha dejado en claro que “tanto las entidades públicas como las privadas que intervienen en la prestación de los servicios de salud, por acción o por omisión en el cumplimiento de sus funciones, no pueden comprometer la continuidad del servicio y, por tanto, la eficiencia y eficacia del mismo, mucho menos si con su proceder irregular se pueden poner en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios.”⁷⁹

Ello además responde al principio de solidaridad social. El deber de protección de la salud física y mental en todas sus facetas incumbe no solo a las autoridades sino a todos los miembros de la sociedad por el solo hecho de pertenecer a ella: “y no podría ser de otra forma, puesto que en la base de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad -ciertamente, también la salud-”⁸⁰. Situación que adquiere mayor relevancia constitucional tratándose de sujetos de especial protección. Así, “en casos de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, habida cuenta de los problemas sociales, económicos o de salud que las afectan -v.g. enfermos mentales-, estos valores fundados en la mutua colaboración entre los miembros de la colectividad, gozan de una dimensión bien concreta, pues se trata de un postulado fundacional de la estructura del Estado Social de Derecho”.⁸¹

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la salud física y mental como un derecho fundamental autónomo encaminado a lograr los más altos niveles de bienestar, que se constituye en una garantía de respeto a la dignidad humana y a la integridad. La oportunidad y efectividad de su prestación implica un especial énfasis en la faceta preventiva, toda vez que no se ajusta a los postulados de un Estado social de derecho el que deba esperarse a una fase crítica de la enfermedad para que proceda la intervención médica. Aspectos que deben examinarse a la luz de los principios de continuidad y de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud. Estas consideraciones tienen una especial relevancia respecto de los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al Estado.

5. El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. El estrés laboral y el sistema de riesgos profesionales.

⁷⁸ Sentencia T-1165 de 2005.

⁷⁹ Sentencia T-1165 de 2005.

⁸⁰ Sentencia T-209 de 1999.

⁸¹ *Ibidem*.

El artículo 25 de la Constitución dispone que *“el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”* Por su parte, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸² dispone que: *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”*.

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸³ consagra la obligación de los Estados partes de garantizar: el derecho a trabajar libremente en condiciones que aseguren las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana; el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración que proporcione un salario equitativo y unas condiciones de existencias dignas para el trabajador y su familia; la igualdad de oportunidades para ser promovidos sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas; y el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.⁸⁴

En virtud de lo anterior, la Corte ha señalado que el derecho al trabajo *“no se limita al acceso al mismo, sino que éste debe ser desempeñado en condiciones dignas y justas”*⁸⁵, por ser este *“una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana”*⁸⁶.

De igual modo, desde temprana jurisprudencia esta Corporación ha destacado los principios mínimos fundamentales de la relación laboral (art. 53 superior):

“Ello lleva a la Sala a preguntarse cuáles son esas condiciones dignas y justas sin las cuales la realización de una labor resultaría violatoria de los principios que fundamentan toda relación interhumana, sobre todo aquella donde el elemento de subordinación es el imperante. Para la Sala esas condiciones que deben estar presentes siempre, en toda relación laboral son las enunciadas como principios mínimos fundamentales en el artículo 53 de la Constitución Nacional, a saber:

‘la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y la calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las

⁸² Esta declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Por su naturaleza no requiere de aprobación ni ratificación por parte de los Estados miembros de la ONU. Tomado de <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

⁸³ Aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968.

⁸⁴ Artículos 6º, 7º y 9º del Pacto Internacional.

⁸⁵ Sentencia T-886 de 2006.

⁸⁶ Sentencia T-014 de 1992.

normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social; la capacitación; el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad’.

Sólo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente. En consecuencia no se puede afirmar que se garantiza con el acceso a determinada labor. Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado social de derecho se le ha dado al trabajo”⁸⁷

Uno de los factores sobre los que se ha empezado prestar una mayor atención como determinante en las condiciones de trabajo es el denominado “*estrés laboral*”. La Organización Internacional del Trabajo – OIT (también ILO por su siglas en inglés), por ejemplo, ha reconocido que “*el estrés laboral tiene una multiplicidad de impactos negativos, incluyendo enfermedades de circulación y gastrointestinales, otros problemas físicos, problemas psicosomáticos y psicosociales y baja productividad*”.⁸⁸ En la misma línea, la Organización Mundial de la Salud –OMS- (o World Health Organization –WHO- por su nombre en inglés), en el marco del programa de “Salud Ocupacional” y particularmente sobre el *entorno laboral saludable*, afirmó:

“El estrés es el resultado del desequilibrio entre las exigencias y presiones a las que se enfrenta el individuo, por un lado, y sus conocimientos y capacidades, por otro. (...) En términos generales, un trabajo saludable es aquel en que la presión sobre el empleado se corresponde con sus capacidades y recursos, el grado de control que ejerce sobre su actividad y el apoyo que recibe de las personas que son importantes para él. Dado que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (OMS, 1986), un entorno laboral saludable no es aquel en que hay ausencia de circunstancias perjudiciales, sino abundancia de factores que promuevan la salud. (...)

Una mala organización del trabajo, es decir, el modo en que se definen los puestos y los sistemas de trabajo, y la manera en que se gestionan, puede provocar estrés laboral. El exceso de exigencias y presiones o la dificultad para controlarlas puede tener su origen en una definición inadecuada del trabajo, una mala gestión o la existencia de condiciones laborales insatisfactorias. Del mismo modo, estas circunstancias pueden hacer que el trabajador no reciba suficiente

⁸⁷ Sentencia T-457 de 1992.

⁸⁸ Traducción libre de: INTERNATIONAL LABOR OFFICE (ILB) (o ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT- por su nombre en español), “*Stress Prevention at Work Checkpoints – Practical improvements for stress prevention*”, pág. v, consultado en línea el 2 de mayo de 2012 en <http://www.ilo.org>. En este documento la Organización Internacional del Trabajo hace un recuento de medidas que ayudan a combatir el estrés en diferentes espacios laborales. Este trabajo se publica en el marco de las diferentes actividades desarrolladas por el organismo encaminadas a mejorar las condiciones de trabajo y a la prevención del estrés como principal causante de diversos efectos negativos en quienes lo padecen.

apoyo de los demás, o no tenga suficiente control sobre su actividad y las presiones que conlleva. (...)

El estrés afecta de forma diferente a cada persona. El estrés laboral puede dar lugar a comportamientos disfuncionales y no habituales en el trabajo, y contribuir a la mala salud física y mental del individuo. En casos extremos, el estrés prolongado o los acontecimientos laborales traumáticos pueden originar problemas psicológicos y propiciar trastornos psiquiátricos que desemboquen en la falta de asistencia al trabajo e impidan que el empleado pueda volver a trabajar. Cuando el individuo está bajo estrés le resulta difícil mantener un equilibrio saludable entre la vida laboral y la vida no profesional; al mismo tiempo, puede abandonarse a actividades poco saludables como el consumo de tabaco, alcohol y drogas. El estrés también puede afectar el sistema inmunitario, reduciendo la capacidad del individuo para luchar contra las infecciones. Cuando está sometido a estrés laboral, el individuo puede: estar cada vez más angustiado e irritable; ser incapaz de relajarse o concentrarse; tener dificultades para pensar con lógica y tomar decisiones; disfrutar cada vez menos de su trabajo y sentirse cada vez menos comprometido con este; sentirse cansado, deprimido e intranquilo; tener dificultades para dormir; sufrir problemas físicos graves como: cardiopatías, trastornos digestivos, aumento de la tensión arterial, y dolor de cabeza, trastornos músculo-esqueléticos (como lumbalgias y trastornos de los miembros superiores).”⁸⁹

Como se observa, el estrés ocasiona serios perjuicios para la salud física y mental del trabajador, además de impedir el desempeño laboral en condiciones dignas y justas. El estrés laboral ha sido desarrollado en multiplicidad de artículos académicos en los cuales se lo ha relacionado con lo que en el área de la medicina se conoce como el “*Síndrome de Burnout*” o “*síndrome del trabajador desgastado*”. Este fenómeno fue explicado por los psicólogos estadounidenses Herbert Freudenberg y Geraldine Richelson en 1998 en su libro “*Burnout: The high cost of high achievement*” y consiste principalmente en que quien lo padece presenta síntomas como sentirse permanentemente cansado o que a pesar de cumplir con sus compromisos, su trabajo no es bien reconocido y nunca termina, pierde la capacidad de disfrutar las cosas que le gustan o los incentivos que lo motivaban a trabajar. En su tiempo libre se siente estresado y sufre de complicaciones físicas como insomnio, dolores de cabeza, mareos, dolencias musculares, infecciones, manchas en la piel, trastornos respiratorios, circulatorios y digestivos, etc.

Para el caso colombiano, en un estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura respecto de la Rama Judicial se pudo determinar que “*las consecuencias psicológicas y físicas del acoso psicológico en el trabajo sobre las personas afectadas son devastadoras. Desde lo psicológico son comunes el estrés, la*

⁸⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD –OMS– (o WORLD HEALTH ORGANIZATION –WHO– por su nombre en inglés), “*La organización del trabajo y el estrés*”, publicación número 3 dentro de la “*Serie Protección de la Salud de los Trabajadores*”, 2004, págs. 3 a 9, consultado en <http://www.who.int/es/>. “Este documento fue publicado por la OMS en 2004 dentro del marco de su programa de Salud Ocupacional, y es fruto de las actividades de aplicación de la Estrategia Mundial de la OMS Salud Ocupacional Para Todos, según lo acordado en la cuarta reunión de la Red de centros colaboradores de la OMS para la salud ocupacional, celebrada en Espoo (Finlandia) entre el 7 y 9 de junio de 1999.” (Tomado del prefacio del documento).

*ansiedad y la depresión. En cuanto a las dolencias físicas, al bajar las defensas, aparecen males a los que la víctima ya estaba predispuesta como problemas dermatológicos, cardíacos, gastrointestinales o alérgicos”.*⁹⁰

Esta Corporación al pronunciarse sobre el despido de un empleado que presentaba altos niveles de estrés laboral, destacó en la sentencia T-484 de 2009:

“Es preciso señalar que el despido del que fue víctima el trabajador a consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, le causa un perjuicio irremediable, ya que en la actualidad presenta quebrantos de salud, padece de glaucoma y estrés laboral agudo, el primero en ocasión del accidente de trabajo que lo mantiene con visión borrosa y el segundo debido a la alta tensión mental a la que estuvo sometido durante la relación laboral, como consecuencia también del accidente de trabajo y agudizado por el despido injusto del que fue víctima sin que se le proveyera de las prestaciones económicas derivadas de la seguridad social. Adicionalmente, el accionante se encuentra con baja autoestima y menoscabado en su dignidad como ser humano, sin un sustento diario para él y para su familia que le permita satisfacer las necesidades elementales para subsistir en forma digna, creyéndose inútil y sin posibilidades de laborar en empresas diferente a las demandadas y mucho menos como soldador por ser la vista un sentido vital para desempeñar esta labor.”

Este tipo de afectaciones tienen una estrecha relación con la manera en la cual ha sido definido el concepto de acoso laboral en la legislación colombiana. Esta figura *“constituye una práctica, presente en los sectores público y privado, mediante la cual de manera recurrente o sistemática se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que pueden generar enfermedades profesionales, en especial, “estrés laboral”, y que en muchos casos, inducen al trabajador a renunciar.”*⁹¹

En la misma línea, diferentes países han venido incluyendo dentro de sus ordenamientos mecanismos encaminados a combatir los efectos nefastos del acoso laboral, dadas las implicaciones que tiene sobre el trabajo en condiciones dignas y justas⁹². En Colombia fue expedida la Ley 1010 de 2006, *“por medio de la cual se*

⁹⁰ *“La violencia en el Trabajo, el Acoso Laboral en la Ley 1010 de 2006”*, pág. 5, consultado en línea en: <http://www.ramajudicial.gov.co>.

⁹¹ Sentencia C-780 de 2007.

⁹² Puede observarse la sentencia C-780 de 2007, en la cual se hizo un recuento de las medidas normativas que han adoptado diferentes países del mundo para combatir el acoso laboral. Se hizo a alusión al término en inglés “mobbing” utilizado por la doctrina respecto le cual se afirmó en esa oportunidad lo siguiente: *“Esta conducta, también conocida con el anglicismo “mobbing”, ha sido definida por el psicólogo alemán Heinz Leymann como la “situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.* Según los estudios de Leymann, los comportamientos que pueden constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicossomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares. Así las cosas, en el acoso laboral suelen encontrarse presentes los siguientes elementos: a. Asimetría de las partes. b. Intención de

adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, en la cual fueron contemplados como bienes jurídicos protegibles el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas; la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral; y el buen ambiente de la empresa⁹³. En la sentencia C-780 de 2007, la Corte refirió:

“A su vez, esta disposición contiene una clasificación de los tipos de acoso laboral con definiciones particulares para cada uno de ellos. Así, la ley contempla seis modalidades que se enmarcan dentro de los hostigamientos en el lugar de trabajo, a saber: (i) maltrato laboral, entendido como cualquier acto de violencia contra la integridad física o moral, o la libertad sexual, que lesione los derechos a la intimidad y al buen nombre⁹⁴; (ii) persecución laboral, la cual se configura con la ocurrencia reiterada de conductas arbitrarias, que permita inferir el propósito de inducir la renuncia del trabajador⁹⁵; (iii) discriminación laboral, definida como aquel trato diferenciado en razón de los criterios prohibidos expresamente en el artículo 13 de la Constitución Política⁹⁶, esto es, por razones de raza, género, origen familiar o nacional, religión, opinión política y filosófica; (iv) entorpecimiento laboral, que se presenta al obstaculizar el cumplimiento de las labores asignadas, retardarlas o hacerlas más gravosas⁹⁷; (v) inequidad laboral, definida como la “asignación de funciones a menosprecio del trabajador”⁹⁸; (vi) desprotección laboral, que tiene lugar mediante aquellas conductas tendentes a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador al llevarlo a cumplir órdenes, sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad⁹⁹.”

Según se ha explicado, la forma en la que la Corte ha definido el acoso laboral encuentra correspondencia con el tipo de situaciones que son generadoras de estrés

dañar. c. Causación de un daño. d. Carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión.”
Subrayas fuera de texto.

⁹³ Art. 1º, inc. 2º.

⁹⁴ El texto literal de la definición de esta modalidad, contenida en la ley es el siguiente: “1. **Maltrato laboral.** *Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral*”.

⁹⁵ La persecución laboral se encuentra definida por la ley, así: “*toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral*”.

⁹⁶ En los términos de la Ley, este tipo de acoso se define de la siguiente manera: “3. **Discriminación laboral:** todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral”.

⁹⁷ La Ley define el entorpecimiento laboral como “*toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos*”.

⁹⁸ Cfr. Ley 1010 de 2006, art. 2º, punto 5.

⁹⁹ La desprotección laboral es definida por la Ley 1010 de 2006 como “[t]oda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador”.

laboral, por lo que nada obsta para que ambos fenómenos confluyan en una misma situación.

Como mecanismo adoptado para la protección del trabajo en condiciones dignas y justas se prevé en el ordenamiento jurídico colombiano el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales (art. 8 de la Ley 100 de 1993). Al hacer alusión a su campo de acción la Corte expuso:

“El Sistema General de Riesgos Profesionales, como parte integrante del Sistema General de Seguridad Social, tiene por objeto lograr la cobertura de las contingencias que ocurran en razón de las actividades del trabajo y que comprometen la capacidad laboral de las personas; dichas contingencias se encuentran definidas en los artículos 9 y 11 del Decreto 1295 de 1994 y son específicamente:

(i) Los accidentes de trabajo, los cuales se definen como “todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que sobrevenga en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte”, o aquel que ocurra “durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo” o, finalmente, el que se produzca “durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador”, y

(ii) Las enfermedades de origen profesional, entendidas como “todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional”, o aquellas que respecto de las cuales se haya demostrado la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales a pesar de no figurar en la tabla de enfermedades profesionales.”

100

En razón de lo anterior, la Corte ha reconocido que en virtud del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los trabajadores tienen, entre otras, unas prestaciones de carácter asistencial como “i) asistencia médica, ii) quirúrgica, iii) terapéutica, iv) farmacéutica, v) hospitalización, vi) odontología, vii) medicamentos, viii) prótesis, ix) órtesis, y x) reparación y reposición en casos de deterioro o desadaptación profesional¹⁰¹ (no sólo mediante medidas tendientes a la rehabilitación sino también con medidas de carácter preventivo)¹⁰².”¹⁰³

Este Tribunal también ha considerado que: “en caso de conflicto entre el empleador y la entidad prestadora de los servicios, o [...] entre la E.P.S. y la A.R.P. no es, de ninguna manera, el paciente quien tiene el

¹⁰⁰ Sentencia T-029 de 2008.

¹⁰¹ Decreto 1295/94, artículos 2, 5 y 7. En el mismo sentido, artículo 1 de la Ley 776 de 2002.

¹⁰² Los artículos 1 y 2 del Decreto 1295/94 definen el Sistema General de Riesgos Profesionales y señalan sus objetivos esenciales.

¹⁰³ Sentencia T-555 de 2006.

deber de soportar las consecuencias negativas para su salud y su dignidad humana.”¹⁰⁴

Por tanto, el estrés laboral se encuentra relacionado con el concepto de enfermedad profesional, razón por la cual las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales juegan un papel determinante en su prevención, asistencia y reparación, lo cual debe garantizarse a la luz del principio de continuidad en el servicio, por estar estrechamente relacionado el derecho a la salud física y mental.

6. El asunto en concreto.

6.1. La acción de tutela. En el caso particular se observa que el accionante llevaba más de cinco años trabajando en la Fiscalía General de la Nación en diferentes cargos, siendo los dos últimos el de Fiscal ante Tribunal de Distrito (cargo de carrera en provisionalidad) y el de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia (libre nombramiento y remoción). Luego de posesionarse en este último, empezó a ver seriamente deteriorado su estado de salud física y mental, en principio, generados por estrés laboral, que le llevó a acudir por urgencia en ocho ocasiones (10, 15, 16 [en dos ocasiones], 17, 18, 23 y 24, febrero/11) a distintos centros hospitalarios (Clínica Universitaria Colombia, Fundación Cardio Infantil, Fundación Abood Shaio y Clínica Pragma Capital) en la ciudad de Bogotá, siendo esencialmente diagnosticado: dolor torácico, cefalea, fiebre, ansiedad, vértigo, gastritis e hipertensión, además de que le fueron recetados diferentes medicamentos y otorgado en total 12 días de incapacidad.

Por solicitud de la Sección de Bienestar Social del Nivel Central de la Fiscalía General de la Nación, fue atendido por las psicólogas de la ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales, dentro del programa de “*vigilancia epidemiológica de factores de riesgos psicosociales*”, que recomendaron continuar el seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico por parte de su EPS, además de informarle que ingresaría al Programa de Intervención de Crisis de la Fiscalía, una vez culminara sus vacaciones. El accionante solicitó a la Fiscalía la reanudación de sus vacaciones a partir 1° del marzo de 2011, reintegrándose a sus labores el 14 del mismo mes, sin embargo, dos días después le fue notificada la Resolución 0771 del 15 de marzo de 2011, mediante la cual fue declarado insubsistente “*por razones del servicio*”. Al persistir episodios de ansiedad, angustia, dolor torácico, taquicardia, estrés y depresión, el 18 de marzo fue atendido en consulta psiquiátrica en el Centro Psicopedagógico Sanitas, siéndole diagnosticado “*trastorno de ansiedad*” a causa de estrés, que se catalogó como de origen común. También fue atendido por una neuróloga de la Fundación Cardio Infantil quien le recetó diez sesiones de terapia vestibular por vértigo periférico.

Pretende, entonces, que por vía de tutela definitiva o transitoria sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a la defensa, al acceso a la administración de justicia y al acceso a la función pública, para que sea ordenado su reintegro al cargo de Fiscal Delegado

¹⁰⁴ Sentencia T-721 de 2005.

ante Tribunal de Distrito o de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, solicitó que se le hiciera extensiva la excepción de inconstitucionalidad a través de la cual la entidad tuvo como funcionarios de carrera en provisionalidad a diez fiscales que ocupaban el mismo cargo que él. También consideró que le fuera reconocida la condición de padre cabeza de familiar por tener a cargo a sus dos hijas menores de edad.

6.2. La procedencia de la acción. Los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto ley 2591 de 1991, contemplan la posibilidad que tienen los particulares de acudir a la solicitud de amparo para hacer valer sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

La Corte ha manifestado que la acción de tutela contra los actos de la administración *“se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que ella será procedente para la protección de derechos fundamentales siempre que (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o que existiendo no resulte eficaz para su amparo; o (ii) que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*¹⁰⁵. En el primer escenario la solicitud estará encaminada a obtener un pronunciamiento judicial que dé una solución definitiva, mientras que en el segundo evento la decisión que se profiera buscará otorgar una medida transitoria que impida la causación de un perjuicio irremediable, en tanto se decide acerca de la legalidad de la actuación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a la ineficacia de los medios de defensa judiciales que haría procedente la acción de tutela, *“ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que, frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por la vía judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales. La Corte recalcó esa diferencia, respecto de la magnitud del objeto de los procesos, haciendo ver que una es la dimensión de los ordinarios y otra la específica del juicio de protección constitucional en situaciones no cobijadas por aquéllos”*.¹⁰⁶

Como consecuencia, este Tribunal en la sentencia T-093 de 2004 fue enfático en señalar que *“aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”*¹⁰⁷. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, *“las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la*

¹⁰⁵ Sentencia T-012 de 2009.

¹⁰⁶ Sentencia SU-086 de 1999.

¹⁰⁷ Sentencia T-433 de 2002.

*acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo*¹⁰⁸”.

En virtud del artículo 6¹⁰⁹ del Decreto ley 2591 de 1991, el juez constitucional deberá analizar en concreto, esto es, atendiendo las particularidades del caso, los diferentes factores e intereses jurídicos que se encuentran en juego y establecer si la vía contenciosa administrativa garantiza de manera integral la protección de los derechos fundamentales del afectado, de tal forma que *“la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si del contenido de los mismos deviene una vulneración de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud, que obligue la protección urgente de los mismos.”*¹¹⁰. Esta posición ha sido sostenida desde temprana jurisprudencia en los siguientes términos:

"En conclusión, la Corte mantiene su doctrina, reiterando que: el juez de tutela debe examinar, en cada caso, si el mecanismo alternativo de defensa judicial que es aplicable al caso, es igual o más eficaz que aquella. La Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias. En los casos en los que, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela, por las razones anotadas, resulte prevalente, el juez de tutela podrá señalar en su fallo, la libertad del actor para acudir al otro medio de defensa del derecho, a fin de reclamar la responsabilidad en que ya haya incurrido quien lo violó o amenazó."¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Causales de Improcedencia de la Tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus. 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable. 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

¹¹⁰ Sentencia T-187 de 2010.

¹¹¹ Sentencia T-100 de 1994. En el mismo sentido ver la sentencia T-003 de 1992 en donde se afirmó: *"Considera esta Corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela,*

Acogidas estas consideraciones en este asunto, encuentra la Corte que en situaciones que reúnen características similares a las aquí presentadas, ha considerado que los medios ordinarios de defensa judiciales no protegen de manera idónea y eficaz los derechos fundamentales reclamados por los accionantes, haciendo procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo.

En primer lugar, debe dejarse sentado por la Sala que en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación el accionante era un sujeto de especial protección constitucional, al momento de presentarse los hechos que motivaron la acción de tutela. Como quedó explicado, a una persona que se le imposibilite o dificulte ostensiblemente el ejercicio de sus funciones de manera normal o regular, puede ser considerado como una persona con discapacidad y sin necesidad de que exista una certificación médica que lo califique formalmente como tal. Ello se ve reflejado en el caso concreto con los siguientes hechos: i) el accionante tuvo que ausentarse en 8 ocasiones de su lugar de trabajo en un periodo menor a un mes, para acudir por urgencia a distintos centros hospitalarios; ii) la Fiscalía se vio en la obligación de solicitar su atención por psicólogos de la ARP COLMENA, dentro del programa de salud ocupacional de “*vigilancia epidemiológica de factores de riesgos psicosociales*”; y iii) la ARP le recomendó seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico, y determinó su ingreso inmediato al “Programa de Intervención de Crisis” de la Fiscalía. Es evidente, entonces, que el actor se encontraba padeciendo graves afecciones de su estado de salud que le impedían continuar ejerciendo sus funciones regularmente. Esta situación será tomada en cuenta por esta Corporación al hacer a continuación el estudio de la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto.

La Corte ha sostenido que *“por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral. Sin embargo, también ha aclarado que dicha acción sí es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada.”*¹¹²

En cuanto a la protección del derecho a la salud física y mental, y a la vida en condiciones dignas, este Tribunal ha manifestado que *“no debe esperar el juzgador a que la vida esté en inminente peligro para poder acceder al amparo de tutela, sino siempre procurando que la persona pueda actuar normalmente en su entorno social. [...] La tutela puede prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna función*

debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aún lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía”.

¹¹² Sentencia T-663 de 2011. En el mismo sentido ver la sentencia T-269 de 2010: *“No obstante, dada la imperiosa necesidad de materializar la especial protección constitucional de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta como enfermos, discapacitados, mujeres en estado de embarazo etcétera; se ha precisado que en dichos eventos la acción de tutela es el mecanismo idóneo y procedente para alegar la protección de derechos fundamentales tales como el trabajo, la estabilidad laboral reforzada o la protección del mínimo vital, entre otros.”*

*orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que puedan llegar a comprometer la calidad de vida de la persona”*¹¹³.

Y respecto a la desvinculación de funcionarios en estado de debilidad manifiesta mediante acto administrativo no motivado, esta Corporación ha explicado que *“por tener la declaratoria de insubsistencia la virtualidad de afectar, sin necesidad de motivación alguna, el derecho fundamental al trabajo, el juez constitucional debe ser especialmente sensible frente a las circunstancias concretas del caso. Aunque la decisión administrativa goce de la presunción de legalidad, el juzgador debe hacer un examen minucioso de los hechos determinantes de la misma, con miras a comprobar las verdaderas motivaciones del acto, y evitar así un tratamiento discriminatorio en contra de los funcionarios de libre nombramiento.”*¹¹⁴ Sumado a ello se señaló que *“esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional”*.¹¹⁵

En consecuencia, se puede apreciar que en diferentes pronunciamientos de la Corte se ha aceptado la procedibilidad de acción de tutela cuando se desvinculan empleados considerados sujetos de especial protección constitucional mediante acto administrativo no motivado, que han visto seriamente afectado su estado de salud. Bajo estos supuestos este Tribunal ha reconocido que los medios de defensa judiciales de que dispone el accionante, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, e incluso la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, no ofrecen la suficiente seguridad para la protección oportuna y plena de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

En el caso particular se observa que el accionante fue declarado insubsistente en un cargo de libre nombramiento y remoción por razones del servicio, aún cuando se encontraba padeciendo serias complicaciones de salud generadas por el ejercicio del cargo, que lo convertían en un sujeto de especial protección constitucional. En este sentido, la Sala considera que la oportunidad que brinda la acción de tutela para la garantía efectiva e inmediata de los derechos fundamentales en orden a las particularidades que ofrece el asunto, constituyen razones suficientes para habilitar el estudio inicial de este caso dada la relevancia constitucional que ofrece la materia y el poder evitar la prolongación en el tiempo de la posible afectación de los derechos fundamentales a la salud física y mental, a la vida y al trabajo en condiciones dignas y justas. A ello se suma que la Corte en materia de despidos en cargos de libre nombramiento y remoción ha establecido que en la hoja de vida se

¹¹³ Sentencia T-794 de 2003. En el mismo ver la sentencia T-1059 de 2006 en donde se dijo: *“Para la Corte, la salud e integridad física de la persona, como se advirtió, son condiciones integrantes del derecho fundamental a la vida y se revela entre ellos una conexidad de las partes y el todo. Por esto precisa que la protección constitucional, a estos derechos no sólo ha de brindarse cuando la vida sea amenazada con desaparecer totalmente, sino también cuando son sus componentes los que se afectan o perturban, toda vez que por ello de una u otra forma se afecta la vida humana y se menoscaba el curso digno que debe tener la misma”*¹¹³. Así, como para la jurisprudencia constitucional *la vida del hombre merece ser una vida digna y debe contar con la garantía de ser del respeto a la integridad física, la Corporación ha insistido en la relación entre el derecho a la dignidad humana y la integridad física que se preserva a través de la salud (...). En consecuencia, la Corte ha señalado que la tutela puede prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna función orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que puedan llegar a comprometer la calidad de vida de la persona, en condiciones dignas.”*

¹¹⁴ Sentencia T-427 de 1992.

¹¹⁵ Sentencia T-576 de 1998.

expongan las razones que motivan el retiro del servicio para descartar toda arbitrariedad o discriminación. De ahí que la Corte ingrese a examinar de fondo el presente asunto.

6.3. El caso sub-judice

6.3.1. La Fiscalía excedió los límites constitucionales al ejercer las facultades discrecionales. Una vez verificada la procedencia de la acción de tutela, debe la Sala emprender el análisis de la cuestión de fondo, con el propósito de determinar si al momento en el que ocurrieron los hechos fueron desconocidos los derechos fundamentales del accionante. Ello atendiendo que “*la acción de tutela no está sujeta a complejas exigencias técnicas sino que rige el principio de informalidad*”¹¹⁶ y que el juez constitucional está llamado a desentrañar los hechos que le dan origen a la solicitud de amparo en aras de garantizar la efectividad de los derechos involucrados¹¹⁷.

En este sentido, la Sala procederá a analizar el contexto en el que se dio la declaratoria de insubsistencia del actor a efectos de determinar las verdaderas razones que sustentaron la decisión de la Fiscalía. En esta medida, habrá de tenerse en cuenta, conforme al acervo probatorio, lo siguiente:

- i) El accionante llevaba más de 5 años laborando en la Fiscalía, sin que se le hubieren realizado llamados de atención o anotaciones en la hoja de vida por mala conducta, sino por el contrario, pudo apreciarse que tiene una larga trayectoria profesional y académica, como la asistencia a comisiones internacionales.
- ii) Inmediatamente después de su posesión en el cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia empezó a ver seriamente deteriorado su estado de salud

¹¹⁶ Sentencia T-268 de 2010.

¹¹⁷ Ver sentencia T-535 de 1998 en donde se afirmó: “*Es necesario tener en cuenta que en desarrollo del postulado constitucional de la efectividad de los derechos fundamentales, el juez ha de guiar el proceso a la luz del principio de oficiosidad. En tal virtud, el juez está obligado a asumir un papel activo, de impulso del proceso, con el fin de dilucidar si realmente existe la violación o la amenaza de los derechos que el peticionario invocó, o de otros, y además debe considerar si las pruebas pedidas son suficientes para resolver, y si los hechos expuestos constituyen un conjunto completo, o si, por el contrario, son tan inconexos y aislados que exijan complemento informativo suficiente para que el fallador pueda formarse cabal concepto acerca del asunto objeto de su examen. (...) De conformidad con lo anterior, el Decreto 2591 de 1991 le otorgó al juez de tutela amplios poderes para desentrañar todos aquellos factores y hechos que dieron origen a la solicitud de amparo constitucional, habida cuenta de la prevalencia que el Constituyente ha conferido a la dignidad de la persona humana y a la función que, en guarda de ella debe cumplir el juez en el Estado Social de Derecho. Así, por ejemplo, el juzgador puede pedir la corrección de la demanda cuando ésta no haya sido lo suficientemente clara; tiene además la facultad de pedir informes a las autoridades demandadas y de realizar las averiguaciones necesarias para esclarecer los hechos que motivaron la acción; puede decretar las pruebas que considere pertinentes; y dicho Decreto contempla la posibilidad para el juez de pedir informes adicionales no solamente a la autoridad demandada, sino también al peticionario; e incluso, le es posible suspender la aplicación del acto concreto desde la presentación de la solicitud, cuando lo considere necesario y urgente para proteger derechos fundamentales en peligro. (...) El juez constitucional debe resolver la controversia en su integridad, verificados todos los aspectos fácticos que influyen en el caso, examinada la interrelación existente entre ellos y evaluada la totalidad del problema, sobre la base de las circunstancias específicas del solicitante frente a la normatividad constitucional. Por ello, ha de resolver teniendo en cuenta tanto el escrito inicial como el acta de ampliación de la demanda, sin que le sea posible rechazarla y menos denegar el amparo sólo por hallar discrepancia entre lo expuesto en aquélla y lo dicho en la diligencia de ampliación judicialmente decretada. (...) Es natural que la persona condenada o detenida preventivamente vea restringidos algunos de sus derechos. No podrá, por ejemplo, ejercer la libertad de locomoción; se reduce ostensiblemente -aunque no desaparece- su ámbito de privacidad; surgen límites evidentes al libre desarrollo de su personalidad, y en el caso de los condenados, la ley ha establecido la interdicción de derechos y funciones públicas. Pero, a juicio de la Corte, eso no significa que el recluso quede indefenso ante el ordenamiento jurídico y menos que se halle imposibilitado, en cuanto persona, para reclamar el respeto al núcleo esencial de la generalidad de sus derechos fundamentales.*”

física y mental. Ello puede comprobarse con los dictámenes médicos y psicológicos que le fueron realizados al accionante en su recorrido por los distintos centros hospitalarios en los cuales pudo determinarse esencialmente dolor torácico, cefalea, fiebre, ansiedad, vértigo, gastritis e hipertensión (atención de urgencia).

iii) Es innegable que la Fiscalía no era ajena al conocimiento del real estado de salud de su subordinado, no solo por la ausencia en varias ocasiones del sitio de trabajo (ocho en total, aunque solo hizo uso de una incapacidad), sino porque fue la misma entidad quien solicitó a la ARP COLMENA que le brindara atención dentro del programa de salud ocupacional “*vigilancia epidemiológica de factores de riesgos psicosociales*”.

iv) En el informe formal rendido por las psicólogas de la ARP COLMENA recomendaron continuar el seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico por parte de la EPS, así como le informaron que ingresaría al Programa de “Intervención de Crisis” de la Fiscalía, una vez culminara las vacaciones.

v) Una vez concedida las vacaciones y reintegrado a sus labores, dos días después le fue comunicado el acto de insubsistencia bajo la única afirmación de ser por “razones del servicio”.

vi) Posteriormente, al persistir episodios de ansiedad, angustia, dolor torácico, taquicardia, estrés y depresión, fue nuevamente atendido en consulta psiquiátrica en Sanitas, donde se le diagnosticó “*trastorno de ansiedad*” a causa de estrés, que se catalogó como de origen común. Después fue atendido por una neuróloga de la Fundación Cardio Infantil quien le recetó sesiones de terapia vestibular por vértigo periférico.

Puede la Sala observar que el accionante al desempeñar el cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia empezó a padecer serios quebrantos de salud física y mental generados en el ejercicio de sus funciones, y la Fiscalía a pesar de tener conocimiento de esta situación, procedió a despedirlo sin mayores argumentos que las razones del servicio.

Si bien el accionante se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad al retirarlo del servicio, sin mayores explicaciones, terminó excediendo los límites que la ley y la Constitución le imponían sobre un sujeto de especial protección constitucional, atendiendo las particulares condiciones de salud que permitían identificarlo como una persona con discapacidad.

El exceso en el ejercicio de las facultades discrecionales por la Fiscalía se dio por tres vías: en primer lugar, desconoció la obligación constitucional de propender, como medida inicial, por la reubicación en un cargo igual o similar al desempeñado. De no ser posible, permitir la continuación en el mismo cargo siempre y cuando se ajustara sus funciones a las reales condiciones de salud del empleado. En segundo lugar, se incumplió el deber constitucional de hacer la anotación en la hoja de vida del accionante sobre los motivos del retiro del servicio, además de que no logró desvirtuar que el retiro del servicio no obedeció a factores como la salud física y mental del accionante. En tercer lugar, se inobservaron los

fin del Estado y la función administrativa al desprotegerse los derechos y libertades del accionante, además que la medida de desvinculación no resultó proporcional a la protección especial que merecía el actor en razón a su situación de vulnerabilidad.

Esta situación reviste mayor preocupación tratándose de una institución del Estado como lo es la Fiscalía General de la Nación. Al tener la categoría de una autoridad pública, así se tratara de cargos de libre nombramiento y remoción, sobre ella pesaba la realización de los fines esenciales del Estado (art. 2º superior) como el efectivo cumplimiento de los derechos ciudadanos. Así mismo, tenía la obligación de proteger con mayor ahínco a su trabajador atendiendo que las afectaciones de las condiciones de salud obedecieron al ejercicio de sus funciones, como deber mínimo de solidaridad social (art. 95 superior). Con ello se alejó de los principios que soportan todo Estado humanista (art. 1º superior), donde la persona es el sujeto, la razón de ser y fin último del poder público (art. 5º superior).

6.3.2. La Fiscalía desconoció el derecho a la salud física y mental. Como ha quedado explicado, el goce efectivo del derecho a la salud física y mental implica que las personas puedan disponer de los niveles más altos de bienestar como garantía del respeto a la vida, la integridad y la dignidad humana. A su vez, su garantía incluye un especial énfasis en la faceta preventiva como en el respeto a los principios de solidaridad social y continuidad del servicio de salud.

Para la Sala es claro que el actor se encontraba notoriamente afectado en sus condiciones de salud física y mental a causa del estrés laboral, como pudo apreciarse del material probatorio. Si bien el empleado no había sido calificado como minusválido ni se contaba con certificación alguna sobre el grado de discapacidad, no cabe duda de que el actor debía ser considerado como discapacitado y, por tanto, sujeto de especial protección constitucional, al imposibilitarse el adecuado ejercicio de sus funciones de manera regular. Sumado a ello, la ARP COLMENA dispuso la continuación en control médico, psiquiátrico y psicológico por su EPS, así como la incorporación al programa institucional de control de crisis, que no vino a ser tenido en cuenta por la Fiscalía al momento de la desvinculación, a pesar de su delicado estado de salud. Con la actuación de la Fiscalía también se desconoció el principio de solidaridad social frente a una persona con discapacidad, la faceta preventiva del derecho a la salud física y mental y el principio de continuidad al impedírsele el ingreso a un tratamiento recomendado dentro del programa de salud ocupacional de la misma entidad.

6.3.3. La Fiscalía desconoció el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Como se explicó factores como la alta carga de trabajo que genere estrés laboral puede impedir la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, al punto de convertir al empleado en un sujeto en condición de vulnerabilidad. En este asunto el accionante no estaba ejerciendo su trabajo de una manera que se compadeciera con la dignidad humana. El ejercicio de sus funciones le estaba ocasionando serios quebrantos en su salud física y mental, poniendo en riesgo su integridad y su vida. La desvinculación laboral una vez terminada sus vacaciones, terminó generando un mayor estado de indefensión y, por tanto, de vulnerabilidad, que hacía necesaria la inmediata y efectiva protección de sus

derechos fundamentales. Adicionalmente a los efectos directos y perjudiciales sobre los derechos del accionante, su núcleo familiar también se vio afectado con el despido laboral, en la medida que dejaron de percibir su principal fuente de ingresos.

6.3.4. La no prosperidad de los demás cargos. En cuanto a la violación del derecho a la igualdad por el otorgamiento de un trato diferenciado al no aplicársele la excepción de inconstitucionalidad respecto a diez funcionarios que ocupaban el mismo cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia que fueron tenidos como de carrera, la Corte no encuentra justificado su amparo por cuanto *“la norma legal que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución”*.¹¹⁸ Por tanto, no resulta procedente reconocer fuerza vinculante alguna a la Resolución mediante la cual se tuvo como de carrera el cargo de Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ese acto administrativo con efectos entre las partes no extrae del ordenamiento jurídico, esto es, con efectos generales, la disposición legal que establece que tal cargo es de libre nombramiento y remoción. Menos podría hablarse de un precedente forzoso para la Fiscalía o para este Tribunal. Además la misma Fiscalía terminó demandando el acto administrativo mencionado.

En cuanto a la condición de padre de familia alegada por el accionante se encuentra que no se cumple ninguno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte para que proceda su reconocimiento. En la sentencia SU-389 de 2005 fueron unificados los criterios desarrollados por esta Corporación para poder ser reconocido como tal. Al respecto se dijo:

“Si extrapolamos tales definiciones al padre cabeza de familia, tendríamos de entrada que sostener que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio. (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos

¹¹⁸ Sentencia C-122 de 2011. En el mismo sentido en la sentencia T-103 de 2010 se señaló: *“El contenido del artículo 4° de la Carta sirve de sustento jurídico para la figura de la excepción de inconstitucionalidad, entendida ésta como la inaplicación que de un canon se hace en un caso concreto, ante la inconstitucionalidad que dicho precepto supone en ese contexto en particular, y por ello sus efectos se circunscriben únicamente al preciso asunto en que se alega”*.

judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. **(ii)** Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. **(iii)** Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.”

En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas.”

En atención a lo anterior, en el caso concreto se observa que el señor Jaller Serpa convive con su esposa sin que se hubiera alegado que esta se encuentra incapacitada física, mental o moralmente, o que sea de la tercera edad ni tampoco que su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de los hijos porque exista alguna circunstancia especial que así lo amerite. Sumado a ello, tampoco existe ninguna declaración ante notario de tal situación. Por esta razón, para los efectos de este fallo el accionante no será tenido como sujeto de especial protección por ser padre de familia.

6.4. El contenido de la decisión

6.4.1. El reintegro. La Corte procederá a dictar las órdenes que estime necesarias para restablecer de manera definitiva el orden constitucional alterado y no bajo los presupuestos del perjuicio irremediable. Para ello dispondrá el restablecimiento de los derechos al momento de la ocurrencia de los hechos que motivaron la acción de tutela, sin atender a que el accionante hoy se encuentre vinculado laboralmente, lo cual no deja de ser un aspecto contingente y circunstancial frente a la vulneración de derechos fundamentales que se presentó. Por tanto, se ordenará el reintegro del señor Jaller Serpa a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculado, sin solución de continuidad y siempre que sea compatible con su actual condición de salud. La entidad deberá someter a consideración del accionante las opciones y será éste quien determine libremente cuál considera mas adecuada para el restablecimiento de sus derechos. Esta será la oportunidad para que exprese la voluntad de no ser reintegrado.

6.4.2. Pago de salarios dejados de devengar. Al ser claro que el accionante nunca debió haber sido desvinculado, se ordenará también el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de su insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrado. Sin embargo, la cancelación de la suma deberá atender lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta¹¹⁹, en tanto ningún empleado puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Sobre este aspecto dijo la Corte:

“La Corte Constitucional acoge igualmente una línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado, según la cual cuando en la parte resolutive de las sentencias se ordena el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante el intervalo de tiempo que estuvo desvinculado, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario no sólo se estaría generando un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior.

En efecto, entiende esta Corporación que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento de un derecho por nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material. De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público.

Lo anterior conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2002, cuando afirmó que “la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tiene origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraría la Constitución”.

Así las cosas, la Corte ordenará, a las respectivas entidades accionadas que descuenten las sumas que hubieren devengado los peticionarios, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso.”¹²⁰

En consecuencia, a la suma total que se le adeude por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir, deberá restársele la suma total de los pagos que haya recibido como empleado de la Procuraduría General de la Nación u otra erogación a cargo del tesoro público, desde su desvinculación hasta el momento de su reintegro o de su desistimiento.

6.4.3. Responsabilidad de la ARP COLMENA. De la misma manera, esta Corporación hizo alusión a la responsabilidad que tienen las ARP en la protección de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud física y mental. Atendiendo las particularidades del caso, la Corte considera

¹¹⁹ Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

¹²⁰ Sentencia SU-691 de 2011.

que los padecimientos del señor Jaller Serpa desde un comienzo debieron ser asumidos por COLMENA Vida y Riesgos Profesionales, toda vez que es innegable que las alteraciones de salud se originaron en el ejercicio de las funciones laborales. En este sentido, en caso de presentarse el reintegro laboral, la Corte le ordenará a la referida ARP COLMENA que en lo sucesivo adopte las medidas necesarias para que la atención del actor, relacionada con enfermedades causadas en el trabajo, se dé a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 9 de agosto de 2011, que confirmó el del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dictado el 13 de junio del mismo año, en donde se declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación.

Segundo.- En su lugar, **CONCEDER** la protección a los derechos fundamentales a la vida, a la salud física y mental, al trabajo en condiciones dignas y justas, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor Ronald Ameth Jaller Serpa, en los términos previstos en esta providencia. En consecuencia, **ORDENAR** a la Fiscalía General de la Nación que reubique sin solución de continuidad a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculado y que sea compatible con sus condiciones de salud. La entidad deberá en un término máximo de diez (10) días, someter a consideración del accionante las opciones disponibles, para que éste decida dentro de los cinco (5) días siguientes su aceptación.

Tercero.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa desde el momento de su declaratoria de insubsistencia hasta su reintegro o no aceptación del cargo. A la suma que deba recibir deberá restársele el monto total de los pagos o erogaciones que haya recibido con cargo al tesoro público.

Cuarto.- ORDENAR a la ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales que en lo sucesivo adopte las medidas necesarias para que la atención del actor relacionada con el ejercicio de sus funciones profesionales en la Fiscalía General de la Nación se dé a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales.

Quinto.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación y a la ARP COLMENA Vida y Riesgos Profesionales que adopten todas las medidas que sean necesarias para evitar que se repitan los hechos que le dieron origen a esta providencia.

Sexto.- LIBRAR por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
NILSON PINILLA PINILLA
A LA SENTENCIA T-372/12**

ACCION DE TUTELA DE FISCAL AUXILIAR ANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DECLARADO INSUBSISTENTE POR RAZONES DEL SERVICIO CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Improcedencia (Salvamento de voto)

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Implica agotar previamente mecanismos comunes de defensa legalmente disponibles al efecto (Salvamento de voto)

SOLUCION DE CONTROVERSIAS LABORALES-Competencia de la jurisdicción laboral ordinaria/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ANTE JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-**Prevé la opción de suspensión provisional del acto atacado (Salvamento de voto)

IDONEIDAD DE MECANISMOS DE DEFENSA-Debe ser verificada por el juez atendiendo las circunstancias del caso y evaluando elementos de juicio cuando se trata de pretensiones laborales (Salvamento de voto)

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características (Salvamento de voto)

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Aplicación descontextualizada de la jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DESPIDO INEFICAZ-Empleador despide a trabajador en periodo de incapacidad laboral o durante tratamiento médico/**DESPIDO INEFICAZ-**Protección temporal y condicionada a la vigencia de incapacidad o tratamiento médico (Salvamento de voto)

Referencia: expediente 3215182

Acción de tutela incoada por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Fecha ut supra

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito exponer los argumentos que me condujeron a disentir de la decisión adoptada por parte de la Sala Quinta de Revisión de Tutelas, en la sesión de mayo 16 de 2012, que por votación mayoritaria expidió la sentencia T-372 de 2012 de tal fecha.

En la argumentación expuesta en la sentencia de la que disiento categóricamente, por las razones que a continuación expongo, se observa que los motivos de la revocatoria del fallo dictado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, que confirmó el adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde con acierto se había declarado la improcedencia de esta acción, fueron: **i)** Que la acción de tutela sí era **procedente** ya que existía un supuesto tratamiento médico en curso, los medios judiciales de defensa eran ineficaces y se estaba ante la presencia de un perjuicio irremediable; **ii)** que la Fiscalía habría inaplicado la línea jurisprudencial respecto del derecho a la estabilidad laboral reforzada; **iii)** que la Fiscalía habría excedido los límites constitucionales, ante la aparente ausencia de motivación del acto de insubsistencia en el cargo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba el actor, desconociendo, según la decisión mayoritaria, los derechos a la salud física y mental y al trabajo en condiciones dignas.

1. Ostensible improcedencia de la acción de tutela.

1.1. El principal motivo para apartarme de la decisión adoptada por la Sala Quinta de Revisión, está relacionado con el análisis que se efectuó en torno a la procedencia de la acción de tutela, debido a que de la situación fáctica analizada no se desprendía la posibilidad de afirmar que se estaba ante la inminente ocurrencia de perjuicio irremediable, menos aún con la virtualidad de convertir en ineficaces o inoportunos¹²¹ los medios comunes de defensa judicial.

1.2. Esta Corte ha reiterado que la **subsidiaridad** implica agotar previamente los mecanismos comunes de defensa legalmente disponibles al efecto¹²², pues **el amparo no puede desplazar los medios judiciales específicos previstos en la respectiva regulación común**¹²³. En ese entendido, es claro que, como regla general, la solución de controversias laborales tiene como vía principal idónea la jurisdicción laboral ordinaria o, para el caso, la contenciosa administrativa, que prevé la ágil opción de la suspensión provisional del acto atacado.

Acudir principalmente a la acción de tutela altera el ordenamiento jurídico establecido, contribuyendo de paso a la *“paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias, autorizando*

¹²¹ “Esta corporación ha reafirmado que, conforme al artículo 86 de la carta política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter **residual y subsidiario**, que puede ser usado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o cuando existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela.” T-087 de febrero 16 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹²² Cfr. entre otras, T-441 de mayo 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-742 de septiembre 12 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²³ Cfr. SU-622 de junio 14 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

un uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela”¹²⁴, situación que debe ser evitada, por todos los jueces, en el momento de revisión de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela.

Acerca de las excepciones consagradas en el artículo 86 constitucional, se ha dicho que la **idoneidad** de los mecanismos de defensa debe ser verificada por el juez, atendiendo las circunstancias del caso y evaluando, cuando se trata de pretensiones laborales, los siguientes elementos de juicio: “(a) el tipo de acreencia laboral; (b) la edad del demandante – a fin de establecer si la persona puede esperar a que las vías judiciales ordinarias funcionen..., su estado de salud –enfermedad grave...–;(c) la existencia de personas a su cargo; (d) la existencia de otros medios de subsistencia. (e) La situación económica del demandante; (f) el monto de la acreencia reclamada; (g) la carga de la argumentación o de la prueba que sustenta la presunta afectación del derecho fundamental; (h) en particular del derecho al mínimo vital, a la vida o la dignidad humana, entre otras razones.” (Sentencia T-1033 de diciembre 14 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.)

Respecto de la ocurrencia de **perjuicio irremediable**, las características que según la Corte deben comprobarse son la inminencia, la urgencia, la gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto¹²⁵.

1.3. A mi juicio, en el fallo del cual me aparto no se realizó debidamente el estudio de los elementos de procedibilidad de la acción de tutela, debido a que la situación concreta del señor Ronald Ameth Jaller Serpa estaba lejos de ser un asunto que pudiese ser resuelto por vía tutelar, primero por la falta de comprobación de si en realidad se habían afectado ilegítimamente derechos fundamentales, y segundo por estar de por medio una discusión sobre derechos litigiosos, carentes de certeza.

¹²⁴ T-304 de abril 28 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹²⁵ En sentencia T-225 de junio 15 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte precisó así las características del perjuicio irremediable (no está en negrilla en el texto original): “A) El perjuicio ha de ser **inminente**: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos.”

Mayoritariamente la Sala estimó que esta Corte “*en situaciones que reúnen características similares a las aquí presentadas, ha considerado que los medios ordinarios de defensa no protegen de manera idónea y eficaz los derechos fundamentales reclamados*” (pág. 44 de la sentencia de la cual diverjo), siendo ello solo un aserto sin especificación de cuáles son esas situaciones similares; por el contrario, con ello la mayoría de la Sala se eximió de argumentar por qué en este caso el medio ordinario no era idóneo y eficaz, incumpliendo una regla básica de la argumentación, cual es abordar y justificar debidamente todas las afirmaciones que se utilizan como premisas.

Aunado a ello, al realizar efectivamente el estudio sobre la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la posibilidad de la suspensión provisional del acto reprochado, se evidencia que: i) el actor aún está lejos de corresponder a la tercera edad; ii) la enfermedad aducida no está catalogada de grave; iii) al momento de instaurar la acción de tutela, trabajaba en la Procuraduría General de la Nación, devengando \$6'053.000; iv) se debatían derechos litigiosos sobre la “*legalidad*” del acto administrativo de desvinculación, de un cargo de libre nombramiento y remoción en el cual había fungido durante escasos tres meses.

1.4. En el fallo dividido también se afirma, de manera errada en mi respetuosa opinión, que el actor era sujeto de especial protección constitucional, condición que hipotéticamente se habría dado durante los periodos de incapacidad laboral, que fueron 12 días del mes de febrero de 2011, no siendo por ello posible afirmar que todos los trabajadores que por motivos de salud se ausenten **temporalmente** de sus labores, “*puedan ser considerados como una persona con discapacidad*”; a mi juicio, en tal fallo son confundidos los conceptos “*discapacidad*” e “*incapacidad laboral*”, dando a la jurisprudencia un alcance descontextualizado y diverso del real, como se expondrá en el acápite siguiente.

1.5. Adicionalmente, como ya se mencionó, en el caso concreto no se configuró un perjuicio irremediable, como se puede constatar frente a las características que ha exigido esta Corte, a saber: i) *Inminente*, debido a que no existió ni amenaza ni vulneración ilegítima contra algún derecho fundamental; ii) *urgente*, pues, como se indicó, estaba ya trabajando (en la Procuraduría General de la Nación, percibiendo una digna remuneración), habiendo superado la dificultad de salud y la transitoria incapacidad laboral; iii) *grave*, en la medida en que ni su salud ni su mínimo vital se vieron afectados, además de haber podido mantener los aportes a la seguridad social (servicio de salud) aún durante el corto lapso que duró desempleado; ni iv) *impostergable*, evaluada la idoneidad del medio judicial común de defensa contra el acto tachado de conculcador.

Todo ello conduce a afirmar, en forma apodíctica, que no mediaba razón para desdeñar el mecanismo contencioso administrativo, con la idoneidad y oportunidad brindada por la posible suspensión provisional, pues no se aparecía inminencia de perjuicio irremediable, ni de que se estuviere afectando el mínimo vital, ni de que se tratara de una persona en situación merecedora de especial protección constitucional.

2. Aplicación descontextualizada de la jurisprudencia constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada.

2.1. Respecto a este punto, la Corte Constitucional ha explicado que la estabilidad laboral reforzada es una garantía de la que gozan ciertas personas que se hallen en condiciones físicas o mentales especiales, buscándose evitar que sean víctimas de acciones discriminatorias en el ámbito laboral.

Gracias al reconocimiento legislativo y jurisprudencial en la materia, se ha llegado hoy en día a establecer claramente cuáles son esas situaciones merecedoras de la protección por vía de acción de tutela, especialmente, porque puede presumirse que el despido fue fruto de una concepción discriminatoria por parte del empleador, que quebranta el derecho a la igualdad instituida en el artículo 13 superior, entre otros.

2.2. Así, en primer lugar, por la necesidad de salvaguardar la vida del que está por nacer (art. 44 Const.) y la protección constitucional de la que gozan las mujeres en estado de gravidez (art. 43 Const.), se estableció una protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres gestantes, fuero de maternidad que implica que el despido de la empleada embarazada es ineficaz en todo caso, sin importar el tipo de vinculación y durante toda la gestación y 14 semanas siguientes al parto (periodo de lactancia).

En segundo lugar, se reconoce la protección a las personas que se encuentran en situación de discapacidad de toda naturaleza (física o mental), estableciéndose claramente en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que el despido de un trabajador que haya sido calificado con un porcentaje menor al 50% de pérdida de capacidad laboral, es ineficaz si no se efectúa con la debida autorización del Ministerio del Trabajo. Así, la protección para ellos opera en todo momento de la relación laboral y solo se levanta la presunción de despido discriminatorio cuando así lo verifica el servidor público de dicha cartera.

Por último, la Corte Constitucional ha extendido dicha ineficacia del despido, a las situaciones de los trabajadores que por razones de salud se ven inmersos en períodos de incapacidad laboral extensos. Esta última opción, ha dicho esta Corte, se da por la necesidad de proteger a la persona en su convalecencia médica y hasta que recupere su salud, que se activa únicamente durante el o los periodos de incapacidad o cuando a raíz de esa incapacidad laboral, se prescriba un tratamiento médico y solo durante el tiempo que demore el mismo.

Entonces, **cuando un empleador despide a un trabajador que se encuentra en periodo de incapacidad laboral o durante un tratamiento médico, el despido es ineficaz.** Se reitera, que esta protección es **temporal y condicionada** a la vigencia de la incapacidad o del tratamiento médico.

2.3. Objetivamente se constata que el señor Ronald Ameth Jaller Serpa no se hallaba en ninguna de las situaciones descritas, por lo cual forzoso es concluir que su caso fue resuelto desde supuestos fácticos relevantemente divergentes y que, por ende, no se acató el precedente jurisprudencial respectivo.

Con este salvamento no se pretende reprochar una posible ampliación de las reglas jurisprudenciales, que esta Corte puede efectuar, pero sí se desaprueba el uso equivocado de la jurisprudencia constitucional, pues en este caso se otorgó una consecuencia jurídica a supuestos fácticos que no encuadran en los enunciados normativos y jurisprudenciales citados, lo cual es contrario a claros postulados de la argumentación jurídica, pues la premisa fáctica no encuadra en la línea jurisprudencial enunciada, rompiéndose la secuencia lógica exigida para que la conclusión a la cual se llegó sea válida.

Es evidente que el accionante solo podría situarse en la última opción descrita, debido a que, de un lado, no tiene la posibilidad de encontrarse en estado de embarazo y, de otro, no acreditó haber perdido ningún punto porcentual en su capacidad laboral, es decir, **no es una persona en situación de discapacidad**.

Ahora bien, la sentencia de la cual discrepo pretende encuadrar la situación del accionante en aquella que protege a las personas que se encuentran en un periodo de incapacidad laboral, pero, como ya se explicó, esta protección por vía de tutela solo opera cuando es diáfano que la desvinculación se da **durante** dicho lapso, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

A saber, el señor Ronald Ameth Jaller Serpa tuvo, entre el 10 y el 25 de febrero de 2011, unos periodos discontinuos de incapacidad laboral por estrés, que en **total sumaron 12 días**, y su insubsistencia en el cargo de libre remoción se produjo en marzo 16 de 2011, razón por la cual tampoco se cumple el supuesto fáctico que ha exigido esta corporación¹²⁶.

Adicional a ello, en la sentencia se supone que el actor se encontraba recibiendo un tratamiento médico, debido a lo cual no podía ser despedido; no obstante, si bien la EPS, en febrero 25 de 2011, lo incluyó en un programa de seguimiento y control médico, psiquiátrico y psicológico, ello no constituye un tratamiento médico concreto, propiamente tal, programa que en todo caso el no asumió, pues solicitó vacaciones, que le fueron concedidas.

Por el contrario, fue varias semanas después de su remoción libre -abril 7 de 2011- que le fueron prescritas diez “*sesiones de terapia vestibular por vértigo periférico*”, con lo cual mal podría pretenderse el reforzamiento de una estabilidad laboral que no estaba activa, pues el vínculo de trabajo había concluido más de medio mes antes.

¹²⁶ Fechas de incapacidad laboral (todas de 2011)	Días indicados
Febrero 10 hasta febrero 13	3
Febrero 15 hasta febrero 17	2
Febrero 18 hasta febrero 23	5
Febrero 23 hasta febrero 25	2
Total de días de incapacidad	12 días

Es importante recordar, además, que según la jurisprudencia constitucional, no cualquier afectación de salud genera estabilidad laboral reforzada, mucho menos un periodo bastante transitorio de incapacidad laboral por estrés.

2.4. Por todo lo anterior, carece de fundamento que se haya deducido la presunción de que la insubsistencia del nombramiento del demandante fue fruto de una concepción discriminadora por razón de su salud, cuando se hizo alusión a “razones del servicio”, motivación válida en el derecho administrativo, que podría eventualmente ser cuestionada dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, **pero no en acción de tutela**, pudiéndose resaltar que la demandada es la Fiscalía General de la Nación, a la que tanta eficiencia tiene que exigírsele, por la encumbrada naturaleza de sus funciones, de inexorable raigambre constitucional.

3. La sentencia parece desatender que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Revisando la jurisprudencia citada en el fallo frente al cual se erige este respetuoso salvamento de voto, precítese que ningún caso de los utilizados para tratar de soportar la tesis propuesta se asemeja al presente, pues en ninguno de ellos se aplicó la estabilidad laboral reforzada para la protección de servidores desvinculados de cargos de libre nombramiento y remoción¹²⁷.

Ello es adicionalmente relevante, pues éste no es un simple caso de reiteración de jurisprudencia, como se presentó en la sentencia (página 30) y no es cierto que la Corte haya reconocido la protección de estabilidad laboral reforzada a una persona que fue despedida de un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando estaba en incapacidad laboral (que ni siquiera ocurre en el presente asunto), debido a que el único precedente que amainó la libre remoción se circunscribe a la situación de una mujer embarazada, lo cual consolida la conclusión de que se rompió el hilo argumentativo necesario en una sentencia emitida por esta corporación.

Todas estas razones expuestas en precedencia me condujeron a salvar mi voto, como ahora comedidamente reitero por escrito.

¹²⁷ Para ejemplificar:

Página de la sentencia	Cita	Asunto
P. 26	T-292 de 2011	ELR de persona con contrato de prestación de servicios , que por supuesto no aborda el tema de libre nombramiento y remoción.
P. 28	T-663 de 2011	ELR de persona con contrato de obra , tampoco compatible con la situación de libre remoción. Persona calificada, en periodo de incapacidad laboral y con tratamiento médico.
P. 29	T-427 de 1992	Tutela que se negó , pues respecto de un cargo de libre nombramiento y remoción, no se probó la condición de discapacidad de la actora.

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado