

DISCAPACITADOS – Medidas de protección eficaces. Acciones afirmativas o de diferenciación positiva

Uno de los avances más significativos de la Constitución de 1991 al consagrar como fórmula político y jurídica que Colombia es un Estado Social de Derecho, es el reconocimiento de una igualdad material y no sólo formal entre las personas, y por ende, la necesidad y obligación de adoptar medidas de protección eficaces a favor de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículo 13 constitucional), ya sea removiendo los obstáculos que en el plano económico, cultural y social configuran efectivas desigualdades de hecho, y/o brindándoles determinados beneficios para que en igualdad de condiciones puedan interactuar con los demás miembros de la sociedad en cualquier ámbito de la misma. En la doctrina y jurisprudencia constitucional, las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos que se encuentran bajo una situación de debilidad manifiesta, se les ha catalogado como acciones afirmativas o de diferenciación positiva. (...) Uno de los sectores que el constituyente consideró como destinatario de las acciones afirmativas es el de los discapacitados, al consagrar el artículo 47 que “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, y en el artículo 54, que el Estado debe “garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 47 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 54

NOTA DE RELATORIA: Sobre las acciones afirmativas frente a personas en situación de debilidad manifiesta: Corte Constitucional, sentencia C-174 de 2004.

DISCAPACITADOS – Procedencia de la tutela para solicitar un reintegro laboral

En asuntos similares al de objeto de estudio, donde un sujeto de especial protección solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que en el caso de las personas discapacitadas debe ser verificado con las siguientes particularidades: (...) No obstante, de conformidad con la misma jurisprudencia constitucional, para que proceda la acción de tutela no basta con demostrar la condición de trabajador discapacitado o en limitadas condiciones de salud, que merezca la especial protección constitucional. Además de ello, debe establecerse que sin la intervención oportuna del juez constitucional se causará un perjuicio irremediable y debe acreditarse la existencia de una condición material de procedencia que será desarrollada en el siguiente aparte y que hace referencia básicamente, a que exista una relación de causalidad entre las condiciones de salud del trabajador y su desvinculación, de forma tal que pueda extraerse la existencia de un trato discriminatorio.”

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela para solicitar reintegros laborales de personas discapacitadas: Corte Constitucional, sentencia T-518 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

PERSONA DISCAPACITADA – Criterios para su determinación. No se requiere una calificación previa de su condición para su protección especial

En criterio de la Sala, los problemas de salud que padece el accionante permiten que el mismo sea considerado como una persona con discapacidad, teniendo en cuenta el criterio que en sede de revisión ha establecido la Corte Constitucional para establecer si una persona hace o no parte de este sector vulnerable de la población, sin necesidad que exista una calificación previa que acredite su condición, el cual puede apreciarse en la sentencia T-341 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, que sobre el particular reza: “4.1. Aunque esta corporación acepta que el concepto de discapacidad no ha tenido un desarrollo pacífico, ha concluido 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” Bajo tal supuesto, el amparo cubre a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales.”

NOTA DE RELATORIA: Sobre la protección especial de los discapacitados sin necesidad de que exista una calificación previa de su condición: Corte Constitucional sentencias T-1040 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil; T-196 de 2006; T-341 de 2009, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

EMPLEADO DISCAPACITADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD – Sujeto de especial protección. Trato preferente frente a demás funcionarios en provisionalidad. Permanencia en el cargo hasta que se agote la lista de elegibles / DERECHO DE IGUALDAD – Vulneración por trato igual a sujeto diferente

La Sala estima que el actor como sujeto de especial protección, puede reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos pueden terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la entidad accionada, como en efecto lo hizo el petente ante la oficina de personal de ésta y frente al Fiscal General de la Nación, a fin de procurar la protección de sus derechos a la igualdad, el mínimo vital y la salud. El tratamiento preferencial que puede reclamar el accionante en el caso de autos consiste, que en atención al proceso de implementación de la carrera de la Fiscalía General de la Nación se le permita continuar en el cargo que desempeñaba en la ciudad de Bogotá hasta que respecto del mismo se agote la lista de elegibles, con el fin de brindarle por mayor tiempo la oportunidad de tener una fuente permanente de ingresos, y prever cómo procurará su congrua subsistencia y la atención especializada en salud que requiere una vez se dé por terminado su nombramiento. Nótese que la medida de discriminación positiva a la que tiene derecho el actor no implica que en virtud de éste se posponga el nombramiento en periodo de prueba de las personas que conforman el Registro Definitivo de Elegibles (que en el caso de autos fue impulsado por una sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia), ni que en favor del mismo pueda predicarse la existencia de una estabilidad laboral similar a la reconocida a los empleados de carrera, porque el accionante no reúne los requisitos y condiciones para ser

considerado como uno de ellos, sino que entre los servidores en provisionalidad cuyos nombramientos deben terminarse por las razones expuestas, se permita que el retiro del petente se produzca hasta que se agote el registro de elegibles. (...) En suma evidencia la Sala, que la decisión controvertida afecta el derecho a la igualdad del petente porque la entidad accionada no le brindó a éste la protección especial consagrada en el artículo 13 constitucional, y a su vez, puso en riesgo los derechos a la salud y al mínimo vital, que se ven amenazados al privar al accionante en la forma señalada de su única fuente de ingresos. Por las razones expuestas se estima que resulta desproporcionado exigirle al tutelista que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa de los derechos antes señalados, y espere dentro del proceso ordinario que se profiera la decisión correspondiente (la cual probablemente será emitida después de agotado el Registro Definitivo de Elegibles), cuando es evidente que la entidad accionada no tuvo en cuenta su condición de sujeto de especial protección, y que el actor requiere de forma inmediata medidas de protección para procurar su mínimo vital y que el servicio médico que recibe no se interrumpa, so pena que se deteriore su estado de salud. En amparo de los derechos a la igualdad, salud y mínimo vital, se dejará sin efectos la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, y se ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las gestiones pertinentes para que reintegre al petente sin solución de continuidad, en la mismas condiciones en las que se encontraba a la fecha en que se produjo el retiro del servicio, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro, al cargo que venía desempeñando en Bogotá, a fin de permitirle continuar en esa ciudad con su tratamiento médico.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela para evitar un perjuicio irremediable de personas en debilidad manifiesta: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de mayo de 2010, Rad. 2010-00472, MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B”

CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-00469-01(AC)

Actor: MOISES GRIMALDO ARTEAGA

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 15 de abril de 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Moisés Grimaldo Arteaga, en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección del derecho al debido proceso administrativo, en conexidad con la vida en condiciones dignas y justas, la seguridad social, el mínimo vital, el trabajo, la salud y la igualdad, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General del Nación.

Solicita en amparo de los derechos invocados lo siguiente:

1. Suspender los efectos de la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010, por medio de la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados de la Unidad Nacional de la Fiscalía Delegada contra el Terrorismo, mientras se decide en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
2. Que se le ordene al Fiscal General de la Nación (E), reintegrarlo en el mismo cargo, en uno igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, que esté ubicado en la ciudad de Bogotá, en atención a su insuperable condición física y a la atención médica que requiere.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls 107-119):

Indica que mediante la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero 2010, se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional contra el Terrorismo.

Señala que tiene 51 años de edad, que por más de 20 prestó sin ningún inconveniente sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, que su salario constituye la única fuente de ingresos para atender sus necesidades y las de su

esposa que tiene la misma edad, la cual padece Lupus Eritematoso, y que requiere de medicamentos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Afirma que es una persona discapacitada, por cuanto desde los nueve meses de nacido sufrió de una enfermedad llamada Poliomiélitis que le ha generado múltiples e irreversibles secuelas, motivo por el cual debe utilizar una silla de ruedas. Añade que padece de ceguera en su ojo izquierdo, y del síndrome del Túnel de Carpo en sus extremidades superiores.

Manifiesta que su situación familiar y de salud la dio a conocer al Jefe de Personal de la entidad accionada y al Fiscal General de la Nación, quienes haciendo caso omiso a la misma no ordenaron su reubicación laboral ni su inclusión en el retén social, aunque tal alternativa fue anunciada por el Vicefiscal Encargado en la revista Huellas, en el mes de septiembre de 2009.

Relata que la decisión de dar por terminado su nombramiento en provisionalidad supuestamente obedece a que la Corte Constitucional declaró inexecutable el acto legislativo que pretendía de forma extraordinaria inscribir en carrera a los servidores públicos que se encontraban en provisionalidad, y a un fallo de tutela proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 14 de enero del presente año.

Indica que carece de los recursos necesarios para que a él y a su esposa se les preste el servicio de salud que requieren, y que por su condición de discapacitado no ha podido vincularse laboralmente al sector público o privado.

Destaca que tiene un crédito de libranza por \$57.000.000 a cinco años, de los cuales ha cancelado 7 cuotas de \$1.533.000., un crédito hipotecario por \$56.000.000 a diez años, de los cuales ha pagado 24 cuotas mensuales de \$1.280.000., que debe sufragar el costo de los servicios públicos de su vivienda, los medicamentos y tratamientos excluidos del POS que requiere él y su esposa, y todos aquellos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de alimentación y vestuario.

Afirma que no podrá atender las necesidades y obligaciones antes señaladas en virtud de su desvinculación laboral, motivo por el cual considera que está bajo una situación de perjuicio irremediable que hace procedente el amparo solicitado.

Estima que la entidad accionada a través de la resolución controvertida desconoció sus derechos a la igualdad y al debido proceso, en tanto no tuvo en cuenta los artículos 66 y 67 de la Ley 938 de 2004 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía), 1 a 4 y 26 de la Ley 361 de 1997, ni la sentencia C-279 de 2007 que declaró inexequibles los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 1997, en la cual se advirtió sobre la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los servidores públicos en provisionalidad.

Añade que con la decisión controvertida se desconocieron las resoluciones, recomendaciones y tratados internacionales de la ONU, la OIT y la OEA, que establecen márgenes reforzados de protección a favor de las personas discapacitadas, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Subraya que se vulneró su derecho al debido proceso, por cuanto fue notificado del acto administrativo que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad sin que se haya señalado el funcionario que lo reemplazará, en tanto la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010, sólo hace referencia a un listado de personas que quedaron en período de prueba, y que en su criterio finalmente serán elegidas en ejercicio de la facultad discrecional.

Alega que al dar por terminada su vinculación laboral se incurrió en un tratamiento discriminatorio, pues al interior de la entidad se siguió favoreciendo a funcionarios que no presentaron el examen, no superaron las pruebas, no tienen su misma antigüedad, y a varios asistentes de fiscal que se encuentran en cargos vacantes en la Unidad Nacional contra el Terrorismo, por lo que considera que su retiro se debió a su condición de discapacitado.

Estima que el Fiscal General de la Nación debió dar por terminado los nombramientos en provisional en el siguiente orden: 1. A los funcionarios que se no se presentaron al concurso de méritos. 2. A los funcionarios que no aprobaron las etapas del proceso de selección. 3. A los discapacitados y demás personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

Añade que al no seguirse un orden riguroso y metódico en la selección de las personas que serían desvinculadas de la entidad, se vulneró el derecho al debido proceso administrativo.

Asevera que en la entidad demandada existen varios cargos de la misma especialidad de aquel que desempeñaba, los cuales no van a ser ocupados por las personas que se encuentran en las listas de elegibles, sino por funcionarios que no se presentaron al concurso de méritos, que no lo aprobaron, o por técnicos judiciales en provisionalidad.

En virtud de la anterior situación reitera, que no se le brindó el tratamiento preferencial que merece por su condición de discapacitado, y por el contrario, que al darse por terminado su nombramiento en provisionalidad se le discriminó negativamente.

Transcribe algunos apartes de las sentencias T-843 de 2009, T-425 de 2001, C-588 de 2009, T-426 de 2002, entre otras de la Corte Constitucional, sobre el contenido del derecho al mínimo vital, la naturaleza de la acción de tutela, y el respeto del derecho al debido proceso de los funcionarios en provisionalidad cuando se decide sobre su desvinculación.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 15 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 207-212):

Indica que el accionante finalmente pretende el reintegro a la Fiscalía General de la Nación, pero que dicha pretensión no es susceptible de ser analizada a través de la acción de tutela, en tanto para tal efecto debe ejercer oportunamente el respectivo medio judicial de defensa contra el acto administrativo que lo retiró del servicio.

Añade que en el proceso ordinario para controvertir el referido acto, puede hacer uso de la medida cautelar prevista en el artículo 152 del C.C.A., que constituye el mecanismo idóneo para obtener de manera ágil su pretensión, siempre y cuando sea evidente la vulneración que alega.

Señala que no obstante la situación en que se encuentra el accionante, no se configura la existencia de un perjuicio irremediable, en tanto la pérdida del empleo no puede ser considerada en sí misma dentro de este concepto, máxime cuando el petente tenía conocimiento del concurso de méritos que se venía adelantando para proveer los cargos de carrera de la entidad demandada, toda vez que participó en él aunque infortunadamente no lo aprobó.

Añade que en el presente caso se probó que la causa o razón que motivó la terminación del nombramiento provisional del accionante no fue su incapacidad, sino el cumplimiento de una sentencia que ordenó la vinculación de las personas que habían accedido a los cargos de la Fiscalía General de la Nación, después de haber aprobado el concurso de méritos, motivo por el cual no puede ordenarse el reintegro del actor por vía de la acción de tutela.

Trae a colación algunos apartes de la sentencia T-575 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre la imposibilidad de ordenar el reintegro cuando no existe un nexo causal entre la incapacidad y el retiro.

Finalmente transcribe algunas consideraciones de la sentencia C-901 de 2008 del Tribunal Constitucional, mediante la cual pretende ilustrar que una de las causales de desvinculación del personal que se encuentra ocupando en provisionalidad un cargo de carrera, es el hecho de proveer el mismo por quien ha aprobado el concurso de méritos como ocurrió en el caso de autos.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 28 de abril de 2010, el accionante impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 216-222):

Señala que la Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es viable cuando se logra demostrar que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene, de manera tal que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegar a vulnerar un derecho fundamental dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

Indica que prestó sus servicios a la entidad accionada durante 14 años, 8 meses y 11 días, en virtud de su idoneidad, las múltiples capacitaciones que recibió, y a la ausencia de sanciones penales o disciplinarias en su contra.

Transcribe algunos apartes de las sentencias T-843 de 2009 y T-425 de 2001 de la Corte Constitucional, sobre la procedencia de la acción de tutela a pesar de la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, frente a los derechos que se pueden ver amenazados dentro de un concurso de méritos para acceder a cargos de carrera.

Considera a propósito del perjuicio irremediable que se le puede causar, que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que es una persona discapacitada, que necesita de la prestación constante de los servicios médicos asistenciales, y que el salario que devengaba constituía la única fuente de ingresos para procurar su mínimo vital.

Afirma que el *A quo* no realizó ningún pronunciamiento sobre la violación al debido proceso, aunque en el escrito de tutela expuso que al momento de ser notificado del acto administrativo que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, en el mismo no se indicó quien sería nombrado en su lugar.

Añade que la entidad accionada vulneró su derecho al debido proceso, en tanto para desvincularlo del cargo que desempeñaba no siguió el trámite previsto en la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.

ACTUACIÓN PROCESAL

Previo a decidir la acción de tutela interpuesta, mediante auto del 28 de junio de 2010 se requirió a las partes en los siguientes términos (Fls. 261-262):

“Por Secretaría, ofíciase a la Fiscalía General de la Nación, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, informe sobre los siguientes aspectos:

1. En la ciudad de Bogotá cuántos cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados existen y si actualmente algunos de ellos se encuentran vacantes, indicando en caso afirmativo el número de los mismos. Lo anterior, teniendo en cuenta el actual proceso de implementación de la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación.

2. Si en la entidad, en la ciudad de Bogotá, existen cargos equivalentes al de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, y en caso afirmativo, cuáles y cuántos.
3. De existir en la ciudad de Bogotá cargos equivalentes al de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, si algunos de ellos se encuentran vacantes, señalando en caso afirmativo, cuántos y cuáles.
4. Si tiene conocimiento sobre el reconocimiento de alguna pensión de invalidez a favor del accionante, acreditando en caso afirmativo sumariamente su afirmación.

En los mismos términos, ofíciase al señor Moisés Grimaldo Arteaga, para que bajo la gravedad del juramento informe si es beneficiario de alguna pensión de invalidez.”

La Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, mediante oficio CNAC 2705 del 13 de julio de 2010 informó lo siguiente (Fls. 265-271):

1. En la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá existen 158 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, de los cuales 99 se encuentran ocupados por servidores en carrera administrativa y 59 están vacantes, es decir, que son desempeñados por personas nombradas en provisionalidad.
2. De los cargos vacantes 16 se encuentran ocupados por funcionarios que hacen parte del Registro Definitivo de Elegibles (Acuerdo N° 001 de 2010).
3. En la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación no existen cargos equivalentes al de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, sin embargo, estima importante señalar que mediante el Decreto 122 de 2008, se crearon 8 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados con carácter transitorio.

Por su parte el tutelista mediante escrito del 15 de junio del año en curso (Fl. 274), manifestó bajo la gravedad del juramento que no es beneficiario de alguna pensión de invalidez, información que fue confirmada por la Oficina de Personal de la entidad demandada mediante el oficio CNAC 2748 del 19 de julio de 2010 (Fl.300).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- I. De la protección reforzada para las personas con discapacidad.**

Uno de los avances más significativos de la Constitución de 1991 al consagrar como fórmula política y jurídica que Colombia es un Estado Social de Derecho, es el reconocimiento de una igualdad material y no sólo formal entre las personas, y por ende, la necesidad y obligación de adoptar medidas de protección eficaces a favor de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículo 13 constitucional), ya sea removiendo los obstáculos que en el plano económico, cultural y social configuran efectivas desigualdades de hecho, y/o brindándoles determinados beneficios para que en igualdad de condiciones puedan interactuar con los demás miembros de la sociedad en cualquier ámbito de la misma.

En la doctrina y jurisprudencia constitucional, las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos que se encuentran bajo una situación de debilidad manifiesta, se les ha catalogado como acciones afirmativas o de diferenciación positiva. Sobre el particular son de significativa importancia las siguientes consideraciones de la sentencia C-174 de 2004 de la Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis:

“3.1.1 Como lo ha explicado la Corte en numerosas ocasiones con la expresión acciones afirmativas o de diferenciación positiva se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación¹.

La Corte ha precisado que con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo en principio resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad.

Al respecto ha señalado la Corte lo siguiente:

“14- Como bien lo señalan algunos de los intervinientes, los mecanismos que contempla la ley estatutaria que se estudia son, en términos generales, acciones afirmativas. Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan², bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado,

¹ Ver entre otras las sentencias T-330/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C- 371/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-410/01 y C-401/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis C-044/04 M.P. Jaime Araujo Rentería

² Alfonso Ruiz Miguel, "Discriminación Inversa e Igualdad", en Amelia Varcárcel (compiladora), *El Concepto de Igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.³

“De acuerdo con esta definición, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, tal y como se explicará más adelante, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.”⁴
(...)

“18- No obstante, lo anterior no significa que para confirmar la existencia de un acto de discriminación, baste el hecho de que se tenga en cuenta uno de esos criterios, pues el mismo artículo 13 superior, en el inciso 2º, dispone que el “Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”⁵

Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad, “al compromiso Estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”⁶. Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo.

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.

³ Greenwalt Kent. "Discrimination and Reverse Discrimination." New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. Yale University Press. New York. 1991.

⁴Ver, Alfonso Ruiz Miguel, Op. cit.

⁵ Fuera de lo dispuesto en este inciso del artículo 13 superior, hay eventos en los que es indispensable hacer diferenciaciones en relación con el sexo. En materia laboral, pueden presentarse casos en los que el sexo constituye una condición determinante en el ejercicio profesional. Pero como bien lo señaló la Corte en la sentencia T-026 de 1996, estas hipótesis son excepcionales, y se debe demostrar que existe "una conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo." Un ejemplo clásico que trae a cuento la doctrina, es el del director de cine que necesita un actor para desempeñar el papel de "galán". En dicho supuesto, mal podría exigirse que se seleccione a una mujer o cuestionar la selección como discriminatoria.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, "mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales".⁷

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer⁸ o por ser negro"⁹.

La jurisprudencia ha hecho énfasis en que el trato diferencial positivo no solo responde a los fundamentos del Estado Social de Derecho, que se traducen en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta¹⁰, sino que con ellas se atiende el mandato expreso del artículo 13 superior para hacer que la igualdad sea real y efectiva (incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución Política).¹¹

Al respecto ha precisado que dicho principio de igualdad material tiene como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo. También en el artículo 2º al consagrar los deberes sociales del Estado, propugna por el cumplimiento de uno de los fines esenciales, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo¹²."

Uno de los sectores que el constituyente consideró como destinatario de las acciones afirmativas es el de los discapacitados, al consagrar el artículo 47 que "el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran", y en el artículo 54, que el Estado debe "garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud."

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ La misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que: "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención (...)". (artículo 4º)

⁹ Sentencia C-371 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento parcial de voto de Alvaro Tafur Gálvis, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz. Aclaración de voto de Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ Ver la Sentencia C-403/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹¹ Sentencia C-044/04 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹² Sentencia T-330/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Ahora bien, el margen de protección reforzada en favor del sector antes señalado también ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la C.P.), como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia T-884 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, de la siguiente manera:

“Protección especial a las personas con discapacidad desde el derecho internacional de los derechos humanos

6.- El término discapacidad ha sido definido en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹³ en los siguientes términos:

“Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Y en otras palabras, consignado en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁴, como:

“...una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.”

7.- Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 5¹⁵ sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁶ señala que los mismos deben ser protegidos y promovidos mediante programas y leyes generales, así como a través de programas y normatividades de finalidad específica. De esta manera, surge un claro deber para los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC¹⁷-, consistente en la búsqueda de la realización progresiva de los derechos consagrados en favor de la población con discapacidad, así como la eliminación de las desventajas estructurales, mediante la adopción de acciones afirmativas tendentes a lograr el acceso, en igualdad de condiciones que el resto de la población, a los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸.

¹³ Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002. Dicha ley fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2003. (Destacado fuera de texto).

¹⁴ Anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁵ En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

¹⁶ Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

¹⁷ Adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. (Negrilla fuera de texto).

¹⁸ Se aplica, entonces, el concepto de equiparación de oportunidades para la población con discapacidad. Según el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Resolución 37/52 del 3 de diciembre de 1982), se trata “[d]el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la

(...)

8.- El Protocolo de San Salvador¹⁹, de igual manera, incluye una serie de compromisos que deben asumir los Estados parte con el propósito de que las personas en situación de discapacidad *“alcan[en] el máximo desarrollo de su personalidad”* mediante la atención especial que requieran. Entre otras medidas, este instrumento hace referencia a programas laborales específicos; formación para los familiares con el fin de que cooperen activamente en el desarrollo físico, mental y emocional de las personas con limitaciones de alguna índole; y soluciones a los requerimientos específicos de esta población en el ámbito del desarrollo urbano²⁰.

(...)

Ahora bien, la Corte ha considerado que el alcance del consenso internacional en esta materia es de tal relevancia que ha indicado que *“las obligaciones del Estado Colombiano para con los discapacitados no sólo surgen de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana.”*²¹.

Como consecuencia del margen de protección reforzado a favor de la población en situación de discapacidad, reconocido a nivel constitucional (que en virtud del artículo 93 y concordantes de la Constitución Política incluye los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos), el legislador ha promulgado las Leyes 361 de 1997²², 982 de 2005²³, el título III, Capítulo I de la Ley 115 de 1994²⁴, entre otras, que buscan brindarle a dicha población posibilidades reales de integración a la sociedad en condiciones de igualdad.

Las consideraciones hasta aquí realizadas tienen como fin destacar que el accionante por su condición de discapacitado (como más adelante se expondrá), es un sujeto de especial protección, que puede ser destinatario de acciones

vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos.”

¹⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, **ratificado por Colombia mediante la Ley 319 de 1996**. (El destacado es nuestro).

²⁰ Ver artículo 18 del Protocolo de San Salvador *“Protección de los minusválidos”*.

²¹ Sentencia C-410 de 2001.

²² *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación.”*

²³ *“Por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones.”*

²⁴ *“Por la cual se expide la ley general de educación”*. El mencionado capítulo tiene por objeto la garantía del derecho a la educación para personas con limitaciones.

afirmativas en aras de garantizar su derecho a la igualdad en sentido material y no sólo formal.

II. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reintegro de un trabajador a su puesto de trabajo.

En asuntos similares al de objeto de estudio, donde un sujeto de especial protección solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que en el caso de las personas discapacitadas debe ser verificado con las siguientes particularidades:

“3. De conformidad con jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la acción de tutela resulta improcedente para ordenar el reintegro de un trabajador a su puesto de trabajo, habida consideración de la existencia de otros mecanismos judiciales en los que se debe discutir y definir dicha pretensión – acción ordinaria laboral y **acción de nulidad y restablecimiento del derecho** -.²⁵

Adicionalmente, como excepción, se ha aceptado la procedencia de la acción de tutela en eventos de especial relevancia constitucional en los que, si bien se observan mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos, **la intervención del juez de tutela se hace imperiosa para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, que también ha sido definido específicamente en sus características.**²⁶

Más específicamente, esta Corporación ha determinado que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, en aquellos casos en los que el trabajador que solicita su reintegro merece una especial protección constitucional, como por ejemplo las *mujeres en estado de embarazo*, **los trabajadores discapacitados y los trabajadores que por alguna limitación en su estado de salud deben ser considerados como personas puestas en estado de debilidad manifiesta.**

²⁵ Al respecto pueden verse las sentencias SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-576 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-519 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-610 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-1011 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-597 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-689 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-580 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre muchas otras.

²⁶ La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición únicamente se considerará que un perjuicio es *irremediable* cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable. Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

En la sentencia T-530 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)²⁷ se concluye que la acción de tutela es procedente en los casos señalados y, especialmente en situaciones en las que están de por medio los derechos fundamentales de una persona discapacitada o de un trabajador enfermo, si se comprueba que su desvinculación obedece al estado de salud:

“2.2. La protección excepcional que ofrece la tutela para situaciones como éstas se da, en especial, cuando la persona desvinculada de su trabajo tiene derecho a la “especial protección a su estabilidad laboral”, como por ejemplo, las mujeres embarazadas o las personas con limitaciones.”²⁸

2.3. Por ello, la Corte ha señalado que despedir de manera unilateral a una persona debido a su condición física limitada, constituye una discriminación, pues “a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas”, tal como lo sostuvo en la sentencia T-943 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz).²⁹ En esa sentencia dijo la Corte,

*“la empresa (...) dio a la actora un tratamiento discriminatorio, porque la trató como si fuera un empleado sano, al que basta indemnizar en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para dejar cesante de manera unilateral, cuando esa firma sabía, por las incapacidades que el Instituto de Seguros Sociales le **había otorgado a la actora, que ésta se encontraba disminuida físicamente, y merecía un trato diferente al que exige la ley para una persona en buenas condiciones de salud. De esa manera, la dejó expuesta a perder la atención médica que precisa, pues dejó de darle el trato que, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta Política, debe otorgarse al que está en condiciones de debilidad manifiesta; al omitir***

²⁷ En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-689 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-081 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1219 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-002 de 2006 (Jaime Córdoba Triviño), T-580 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-687 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-062 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-011 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-434 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), entre muchas otras.

²⁸ T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). A propósito del análisis de las normas legales que protegen este derecho para la mujer embarazada, la Corte Constitucional señaló que “(...) el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. || (...) una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. (...)” Corte Constitucional, sentencia C-470 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero). El Consejo de Estado reiteró esta posición en sentencia de junio 13 de 2002 (CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Expediente 05001-23-31-000-2001-1124-01-AC). En este caso la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso administrativo consideró que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín había incurrido en una vía de hecho al no aplicar el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el condicionamiento fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-470 de 1997. Para la Sala el argumento del Tribunal según el cual la Corte Suprema de Justicia de manera explícita se había apartado en una sentencia suya del criterio fijado por la Corte Constitucional en esta materia, no es una razón aceptable para desconocer un precedente constitucional, a su juicio en “(...) situaciones como la (...) examinada surge de bulto la consideración de que el principio de la autonomía judicial no puede ser válidamente invocada, por cuanto ello tornaría nugatorio los fines del control constitucional, asignado a la Corte Constitucional.”

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-943 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz) En este caso la Corte concedió la tutela a una señora incapacitada laboralmente en razón a una fuerte artritis reumatoidea, que al momento de volver a su trabajo, una vez terminada la incapacidad, la empleadora le comunicó que había decidido poner fin de manera unilateral a la relación de trabajo y le pagó la indemnización respectiva. La Corte encontró que la debilidad física manifiesta sumada al hecho de que la accionante era cabeza de familia exigían una especial protección a la peticionaria y en esa medida no podía ser despedida de manera unilateral en las condiciones que se encontraba. No se ordenó el reintegro porque la accionante estaba en incapacidad de laborar, pero sí la tramitación inmediata de la pensión de invalidez.

considerar la situación de invalidez de su trabajadora, para dar por terminada la relación laboral de la manera más gravosa para la empleada, también vulneró la entidad empleadora el derecho de la accionante a un trabajo en condiciones dignas y justas y, en consecuencia, los argumentos que adujo no son de recibo.³⁰

*La Corte Constitucional ha reiterado esta decisión, indicando que “[c]uando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la Corte ha encontrado que la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.*³¹”

No obstante, de conformidad con la misma jurisprudencia constitucional, para que proceda la acción de tutela no basta con demostrar la condición de trabajador discapacitado o en limitadas condiciones de salud, que merezca la especial protección constitucional. Además de ello, debe establecerse que sin la intervención oportuna del juez constitucional se causará un *perjuicio irremediable*³² y debe acreditarse la existencia de una *condición material* de procedencia que será desarrollada en el siguiente aparte y que hace referencia básicamente, a que exista una *relación de causalidad* entre las condiciones de salud del trabajador y su desvinculación, de forma tal que pueda extraerse la existencia de un *trato discriminatorio*.³³ (Destacado fuera de texto).

III. Análisis del caso en concreto.

A. Consideraciones previas.

Del análisis de los hechos y argumentos expuestos por las partes y el juez de primera instancia, considera la Sala necesario realizar algunas precisiones sobre los siguientes aspectos, a fin de delimitar el problema jurídico a resolver en esta oportunidad:

1. El accionante es una persona discapacitada de 51 años de edad³⁴.

Del acervo probatorio, y particularmente de la copia de la historia Clínica aportada por el actor (Fls. 16-59), puede apreciarse lo siguiente:

- El petente en su ojo izquierdo padece secuelas de un trauma sufrido hace

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-943 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz).

³¹ T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

³² De conformidad con la sentencia T-434 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) el análisis sobre la existencia de un perjuicio irremediable debe fundarse en criterios más amplios y menos estrictos, por cuanto está de por medio un sujeto de especial protección.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-518 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴ Teniendo en cuenta la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 13 del expediente.

38 años aproximadamente, en virtud del cual se le han practicado tres cirugías. En los diagnósticos aportados (del 16 de septiembre de 2009) se reporta que la agudeza visual del mencionado ojo es mala (Fls. 17-33).

- Según el control médico realizado el 18 de febrero del año en curso, el accionante presenta (I) una atrofia muscular severa en sus miembros inferiores como consecuencia de poliomielitis, (II) síndrome del túnel del carpo bilateral moderado, (iii) artrosis de cadera, rodillas, hombros, codo izquierdo y columna vertebral, (IV) ruptura completa supraespinoso derecho, y (V) ruptura parcial supraespinoso izquierdo (Fl. 40).

- En el control médico realizado el 16 de febrero de 2010, el médico fisiatra indica que el accionante realiza demasiada fuerza para desplazarse (mediante muletas) a nivel de sus miembros superiores, por lo que es necesario que utilice silla de ruedas (Fl. 41).

- En el control médico llevado a cabo el 19 de febrero de 2010, el ortopedista del accionante señala lo siguiente: “paciente con lesión de manguito rotador, secuelas de poliomielitis en miembros inferiores lo que hace que requiera uso de soporte externo para caminar (...) paciente que por su paresia flácida sus miembros inferiores, y su lesión crónica de manguito rotador de hombros, debe usar silla de ruedas para desplazarse, ya que de continuar con el esfuerzo que hace con soporte externo de muletas le podría producir un empeoramiento y artrosis severa en los hombros aumentando su discapacidad.” (Fl. 56).

En criterio de la Sala, los problemas de salud que padece el accionante permiten que el mismo sea considerado como una persona con discapacidad, teniendo en cuenta el criterio que en sede de revisión ha establecido la Corte Constitucional para establecer si una persona hace o no parte de este sector vulnerable de la población, sin necesidad que exista una calificación previa que acredite su condición, el cual puede apreciarse en la sentencia T-341 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, que sobre el particular reza:

“4.1. Aunque esta corporación acepta que el concepto de discapacidad no ha tenido un desarrollo pacífico³⁵, ha concluido 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**”*³⁶ (no está en negrilla en el texto original).

Bajo tal supuesto, el amparo cubre a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer *i)* deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; *ii)* discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, *iii)* minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales³⁷.”

Por las razones expuestas, para la Sala es claro que el tutelista es un sujeto de especial protección en los términos descritos en el numeral I de la parte motiva de esta providencia.

2. El accionante ocupaba provisionalmente un cargo de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

De conformidad con el informe rendido por la entidad accionada (Fls. 127-143, 167-176) y el relato de los hechos del escrito de tutela, el actor ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera de la Fiscalía General de la Nación, motivo por el cual de acuerdo al criterio establecido por esta Corporación como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, el petente no ostenta los derechos de los funcionarios de carrera que demostraron mediante un concurso de méritos que cumplen con los requisitos y condiciones establecidos por la Ley para ocupar el cargo por el cual concursaron.

Lo anterior con el fin de precisar que en esta oportunidad, no se discute que las personas que aprobaron el proceso de selección para los cargos de Fiscales ante los Jueces Especializados tienen el derecho a ocupar los mismos, y por ende, que la entidad nominadora debe proceder al nombramiento en periodo de prueba y

³⁵ En la sentencia T-198 de 2006, previamente citada, la corporación adelantó un estudio detallado de los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalidez, con fundamento en las normas internacionales, la preceptiva nacional y los antecedentes jurisprudenciales.

³⁶ T-1040 de septiembre 27 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁷ Cfr. T-196/06 previamente citada.

propiedad correspondiente, lo que implica el retiro de los servidores que en provisionalidad ocupan los cargos que serán desempeñados por los funcionarios de carrera.

Dicho de otro modo, en principio la decisión de la entidad accionada de terminar el nombramiento en provisionalidad del actor con el fin de implementar el mencionado sistema de carrera no es reprochable, porque es claro que priman los derechos de las personas que demostraron mediante el trámite concursal tener las cualidades y aptitudes para desempeñar un cargo. Sin embargo, en el caso de autos la Sala desea destacar que en el referido proceso de implementación debe brindarse un margen de protección reforzado a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, particularmente, a las personas que padecen alguna discapacidad.

3. Actualmente en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, existen 59 cargos vacantes de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Especializados.

De acuerdo a la información solicitada a la entidad accionada mediante el auto del 28 de junio de 2010 (Fls. 261-262), en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá existen 158 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, de los cuales 99 se encuentran ocupados por servidores en carrera administrativa y 59 están vacantes, es decir, que son desempeñados por provisionales.

Adicionalmente destaca la Sala, que de acuerdo al Registro Definitivo de Elegibles (Acuerdo 001 de 2010³⁸), a nivel nacional están registradas 700 personas para los cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados (el que desempeñaba el actor), pero los nombramientos en periodo de prueba correspondientes se han realizado gradualmente como se infiere del acto administrativo acusado (Fls. 1-12), por lo que aún varios de los cargos mencionados son ocupados por personas en provisionalidad.

Para la Sala que actualmente en la ciudad de Bogotá existan 59 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados ocupados por provisionales indica, que la entidad accionada al nombrar paulatinamente en periodo de prueba a las personas que aprobaron el concurso de méritos, ha tenido que decidir en la misma forma qué nombramientos en provisionalidad debe terminar y cuáles puede

38

fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/convocatorias/Fiscalia2007/acuerdo001deenero19de2010.pdf
Documento recuperado el 29 de julio de 2010.

Ver:

mantener mientras se agota el Registro Definitivo de Elegibles, atendiendo, como se presume, razones del servicio público.

Sobre el particular se destaca, que la anterior situación también fue expuesta en el escrito de tutela por el accionante, y no fue controvertida por la entidad demandada en los informes correspondientes. Es más, uno de los principales motivos de inconformidad del actor consiste, en que la Fiscalía General de la Nación, desconociendo su condición de persona discapacitada, y por ende, de sujeto de especial protección, le haya dado a otros funcionarios que no ostenta su condición especial, la oportunidad de seguir desempeñando sus cargos en provisionalidad mientras agota el mencionado registro.

4. La presunta procedibilidad de otro mecanismo judicial de defensa.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca estima que la acción de tutela es improcedente porque el accionante puede ejercer otro medio judicial de defensa contra el acto administrativo que lo retiró del servicio.

Considera la Sala que el mecanismo de defensa al que hace referencia el juez de primera instancia es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual puede controvertir la legalidad del acto que terminó su nombramiento en provisionalidad.

No obstante lo anterior, el accionante alega que en virtud de su condición de discapacitado, la enfermedad que padece su esposa, las deudas que está cancelando, y el hecho que su salario constituye su única fuente de ingresos (como lo afirma bajo la gravedad del juramento en la acción de tutela y en la declaración extrajuicio visible a folio 15), se encuentra en su situación de perjuicio irremediable, toda vez que sin su empleo sus derechos al mínimo vital y a la salud estarían en riesgo.

B. Planteamiento y resolución del problema jurídico.

Teniendo en cuenta los aspectos antes descritos, estima la Sala que el problema jurídico en el caso de autos se contrae a establecer si la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, para determinar si la entidad accionada al dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del accionante a fin de

implementar el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, vulneró o no los derechos fundamentales del actor que es un sujeto de especial protección.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta, que sólo bajo la hipótesis de la existencia de un perjuicio irremediable la respuesta al interrogante planteado sería afirmativa, porque el petente en principio puede controvertir el acto que terminó su nombramiento a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que de ser eficaz en el caso de autos, haría improcedente la acción de tutela por su naturaleza subsidiaria y excepcional.

Respecto de la presunta existencia de un perjuicio irremediable, considera la Sala que cuando se accede al amparo solicitado en virtud de esta situación, se parte de dos supuestos, el primero, que quien invoca encontrarse bajo una situación de perjuicio irremediable es titular de los derechos amenazados o vulnerados, y el segundo, que la persona demandada por su acción u omisión es responsable de garantizar éstos.

Lo anterior, porque sólo cuando se verifica que el derecho invocado efectivamente está en cabeza de quien lo alega, y que la persona demandada con su conducta desencadenó la situación que da lugar al perjuicio irremediable, es posible ordenarle a ésta que adelante todas las medidas de protección necesarias en favor de aquélla.

Sobre el primero de los aspectos señalados, es decir, si el actor es titular de los derechos invocados, éste afirma que por su condición de discapacitado tiene derecho a recibir un trato preferente frente a los demás provisionales, al momento de establecerse qué nombramientos deben terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera.

Para la Sala la anterior apreciación es correcta, porque se trata de una persona en situación de debilidad manifiesta que al terminarse su nombramiento en provisionalidad, en principio debe afrontar mayores dificultades para conseguir un trabajo, y por ende, para satisfacer sus necesidades básicas que requieren de una atención especial.

Lo expuesto no significa que un funcionario en provisionalidad cuya única fuente de ingresos sea su salario, al terminarse su nombramiento no vea afectados sus

derechos, sino que en el caso de los discapacitados por la atención especial que requieren, prima facie se advierte que el hecho de perder sus empleos acentúa su situación de vulnerabilidad, y que sus derechos fundamentales quedan expuestos a una situación de mayor riesgo de la que se puede predicar de una persona sin limitaciones físicas o mentales.

Sobre el particular se reitera como se indicó en el numeral II de la parte motiva de esta providencia, que la Corte Constitucional en caso similares ha destacado que “a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas” (sentencia T-943 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz), sobre todo tratándose de decisiones relacionadas con su permanencia en el empleo, toda vez que las primeras quedan expuestas a perder la atención médica que requieren, que es indispensable para no se agrave su estado de salud y puedan desempeñarse en condiciones de igualdad frente a los demás miembros de la sociedad.

Lo anterior, porque nuestro ordenamiento constitucional siendo consciente de la situación de las personas discapacitadas frente a los demás miembros de la población, reivindica a favor de aquéllos las medidas de discriminación positiva en aras de garantizar una igualdad material³⁹.

En ese orden de ideas la Sala estima que el actor como sujeto de especial protección, puede reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos pueden terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la entidad accionada, como en efecto lo hizo el petente ante la oficina de personal de ésta y frente al Fiscal General de la Nación (Fls. 78-82), a fin de procurar la protección de sus derechos a la igualdad, el mínimo vital y la salud.

El tratamiento preferencial que puede reclamar el accionante en el caso de autos consiste, que en atención al proceso de implementación de la carrera de la Fiscalía General de la Nación se le permita continuar en el cargo que desempeñaba en la ciudad de Bogotá hasta que respecto del mismo se agote la lista de elegibles, con el fin de brindarle por mayor tiempo la oportunidad de tener una fuente permanente de ingresos, y prever cómo procurará su congrua subsistencia y la atención especializada en salud que requiere una vez se dé por

³⁹ Ver numeral I de la parte considerativa de este fallo.

terminado su nombramiento.

Nótese que la medida de discriminación positiva a la que tiene derecho el actor no implica que en virtud de éste se posponga el nombramiento en periodo de prueba de las personas que conforman el Registro Definitivo de Elegibles (que en el caso de autos fue impulsado por una sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia), ni que en favor del mismo pueda predicarse la existencia de una estabilidad laboral similar a la reconocida a los empleados de carrera, porque el accionante no reúne los requisitos y condiciones para ser considerado como uno de ellos, sino que entre los servidores en provisionalidad cuyos nombramientos deben terminarse por las razones expuestas, se permita que el retiro del petente se produzca hasta que se agote el registro de elegibles.

Así mismo advierte la Sala, que la entidad encargada de brindar el tratamiento preferente al tutelista es la Fiscalía General de la Nación, por ser el empleador del accionante, y por tanto, quien ostenta la facultad de nombrar o remover a éste de su cargo.

Ahora bien, se reitera el actor era un funcionario en provisionalidad que no puede reclamar las garantías propias de los empleados en carrera, y que su nombramiento en provisionalidad debe darse por terminado para garantizar los derechos de las personas que conforman en el mencionado registro de elegibles, pero también se destaca, que en el caso de autos la Fiscalía General de la Nación al emitir la decisión controvertida por el accionante, debió tener cuenta su condición de sujeto de especial protección como ante se expuso.

Se resalta que la entidad demandada debió tener en cuenta la condición de discapacitado del petente, porque la Sala observa que en lugar de brindarle a éste la posibilidad de continuar desempeñando su cargo en provisionalidad, sin desconocer los derechos de las personas que aprobaron el concurso de méritos, decidió terminar su nombramiento, aunque existían (y la fecha existen) un número significativo de vacantes que el accionante podía ocupar mientras se agotaba el registro de elegibles.

Sobre el particular es importante destacar, que la facultad de la entidad accionada para decidir paulatinamente qué nombramientos en provisionalidad debe terminar para implementar el sistema de carrera, se desarrolla dentro del marco del respeto

y garantía de los derechos fundamentales, motivo por el cual al adoptar sus decisiones no sólo debe evitar vulnerar éstos, sino procurar su mayor grado de satisfacción, máxime cuando están en discusión los derechos de personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, y aún más, que de forma expresa el constituyente considera sujetos de especial protección.

Por lo tanto, lo que se reprocha en esta oportunidad es que la entidad demandada haya decidido terminar de forma inmediata el nombramiento en provisionalidad del accionante, sin advertir que éste requiere de una medida de discriminación positiva para afrontar las consecuencias de dicha decisión, que prima facie implican una mayor situación de riesgo para sus derechos a la salud y al mínimo vital de la que se puede predicar de una persona sin limitaciones físicas o mentales.

En suma evidencia la Sala, que la decisión controvertida afecta el derecho a la igualdad del petente porque la entidad accionada no le brindó a éste la protección especial consagrada en el artículo 13 constitucional, y a su vez, puso en riesgo los derechos a la salud y al mínimo vital, que se ven amenazados al privar al accionante en la forma señalada de su única fuente de ingresos.

Por las razones expuestas se estima que resulta desproporcionado exigirle al tutelista que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa de los derechos antes señalados, y espere dentro del proceso ordinario que se profiera la decisión correspondiente (la cual probablemente será emitida después de agotado el Registro Definitivo de Elegibles), cuando es evidente que la entidad accionada no tuvo en cuenta su condición de sujeto de especial protección, y que el actor requiere de forma inmediata medidas de protección para procurar su mínimo vital y que el servicio médico que recibe no se interrumpa, so pena que se deteriore su estado de salud.

En otras palabras, evidencia la Sala que aunque el accionante en principio cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que ordenó la terminación de su nombramiento, este mecanismo defensa no le permite de forma inmediata y por ende eficaz, la protección de los derechos fundamentales antes mencionados, por lo que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela en el sentido expuesto es necesario subrayar, que esta Subsección en un caso similar, donde la Fiscalía General de la Nación en virtud de la implementación del sistema de carrera dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de una Fiscal Delegada ante los Jueces Especializados, en amparo de los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y a la vida en conexidad con la salud, de una mujer cabeza de familia, próxima a pensionarse y con quebrantos de salud, confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior jerarquía en provisionalidad, sin solución de continuidad⁴⁰.

En el asunto antes descrito como en el que es objeto de estudio se evidencia, que los accionantes por diferentes circunstancias, son personas en situación de debilidad manifiesta, motivo por el cual la Subsección considera ante la evidente amenaza de sus derechos fundamentales, que el respeto de los mismos no debe condicionarse a que inicien un proceso ordinario que eventualmente haría más gravosa su situación; por el contrario, se estima que la garantía de los mismos debe realizarse integralmente en la forma que a continuación se expone:

C. De las órdenes a proferir.

En amparo de los derechos a la igualdad, salud y mínimo vital, se dejará sin efectos la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, y se ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las gestiones pertinentes para que reintegre al petente sin solución de continuidad, en la mismas condiciones en las que se encontraba a la fecha en que se produjo el retiro del servicio, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro, al cargo que venía desempeñando en Bogotá⁴¹, a fin de permitirle continuar en esa ciudad con su tratamiento médico.

⁴⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de mayo de 2010, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No. AC-25000-23-15-000-2010-00472-01. Actor: Consuelo Del Pilar Meneses Arenas.

⁴¹ Teniendo en cuenta que de acuerdo a lo informado por lo oficina de personal de la Fiscalía General de la Nación en oficio del 13 de julio de 2010 (Fls. 268-271), existen 59 vacantes para los cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados en Bogotá.

Lo anterior, sin perjuicio que el retiro se produzca una vez agotado el Registro Definitivo de Elegibles.

Adicionalmente se precisa, que el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, ordenado mediante esta providencia, en manera alguna cambia la naturaleza del nombramiento realizado al actor en provisionalidad, motivo por el cual el mismo no puede reclamar las garantías propias de los empleados de carrera, que se encuentran en una situación de hecho y derecho distinta a la del peticionario.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, el 15 de abril de 2010, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada, y en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad, salud y mínimo vital del señor Moisés Grimaldo Arteaga.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados.

TERCERO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las gestiones pertinentes para que reintegre al petente sin solución de continuidad, en la mismas condiciones en las que se encontraba a la fecha en que se produjo el retiro del servicio, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su

nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro, al cargo que venía desempeñando en la ciudad de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ